



---

# Recommandation

**du 19 décembre 2016**

---

dans le cadre de l'

enquête 614-0005 au sens de l'article 8 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur

concernant

**la pratique du canton de Vaud en matière  
d'octroi de l'accès au marché aux offreurs  
extracantonaux**

---

à l'attention du

Conseil d'État du canton de Vaud

---

Composition

Vincent Martenet (Président),  
Andreas Heinemann, Armin Schmutzler (Vice-présidents),  
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,  
Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer,  
Danièle Wüthrich-Meyer (Membres)

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Procédure</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Professions réglées par le droit cantonal</b> .....	<b>4</b>
2.1	Conditions-cadres du droit du marché intérieur.....	4
2.1.1	Principes du libre accès au marché.....	4
2.1.2	Exigences relatives à la procédure d'accès au marché .....	6
2.1.3	En résumé.....	7
2.2	Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés .....	8
2.2.1	Professions médicales régies par le droit cantonal .....	8
2.2.2	Hôtellerie-restauration .....	11
2.2.3	Enseignement des sports de neige aux mineurs .....	13
2.2.4	Commerce d'occasions .....	14
2.2.5	Garde d'enfants.....	14
2.2.6	Services de sécurité .....	16
<b>3</b>	<b>Professions régies par le droit fédéral (fédéralisme d'exécution)</b> .....	<b>20</b>
3.1	Conditions-cadres du droit du marché intérieur.....	20
3.1.1	Le principe de l'accès libre au marché.....	20
3.1.2	Les exigences de la procédure d'accès au marché .....	22
3.2	Professions médicales universitaires et du domaine de la psychologie.....	24
3.2.1	Autorisation de pratiquer .....	24
3.2.2	Annonce pour activité de 90 jours .....	27
<b>4</b>	<b>Résultats et recommandations</b> .....	<b>27</b>

# 1 Procédure

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) garantit à toute personne – physique ou morale – 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 (art. 1 al. 1 LMI). La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes de même que les autres organes assumant de tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Afin de pouvoir accomplir son mandat de surveillance, les autorités et les tribunaux transmettent spontanément à la COMCO une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI).

2. Par courriers du 30 novembre 2012, la Commission de la concurrence (COMCO) a attiré l'attention des cantons sur leur devoir de communication des décisions rendues en application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) et les a prié de lui transmettre à tout le moins les décisions qui restreignent l'accès au marché, à savoir le refus, l'octroi moyennant des charges et/ou des conditions, ou qui mettent des frais à charge de l'offreur extra cantonal. Depuis lors, plusieurs cantons n'ont transmis aucune décision à la COMCO, raison pour laquelle il y a tout lieu de croire que l'accès au marché des offreurs extra cantonaux est en principe octroyé sans restriction. Afin de vérifier cela, la COMCO a décidé d'ouvrir une enquête au sens de l'article 8 al. 3 LMI dans les cantons de Berne, du Tessin et de Vaud.

3. Dans le cadre de ces trois enquêtes, la COMCO va examiner les pratiques administratives cantonales en matière d'octroi de l'accès au marché d'offreurs extra cantonaux sous l'angle du respect des exigences de la LMI. L'étude a porté notamment sur l'accès aux domaines des professions universitaires (LPMéd ; RS 811.11) et non universitaires de la santé, de la psychologie (LPsy ; RS 935.81), de la sécurité, de la restauration, de la garde d'enfants, de l'enseignement des sports de neige aux mineurs et du commerce d'occasion.

4. La COMCO a examiné les réponses et les décisions reçues à la lumière de la LMI. Si, de l'avis de la COMCO, des prescriptions, des pratiques ou des décisions cantonales ne devaient pas être conformes à la LMI, la COMCO le fera savoir par une recommandation au sens de l'article 8 al. 3 LMI.

5. En conformité avec la systématique de la LMI, la présente analyse distingue les activités lucratives réglées par le droit cantonal (pt 2) de celles régies par le droit fédéral mais appliquées par les cantons (pt 3). Les résultats et recommandations sont résumés au pt 4.

## 2 Professions réglées par le droit cantonal

6. Le pt 2 examine la pratique du canton de Vaud en matière d'autorisation des personnes extra cantonales à exercer une activité lucrative réglementée par le canton. Dans ce but, le pt 2.1 expose les principes du droit du marché intérieur, puis le pt 2.2 décrit la pratique vaudoise en lien avec les domaines d'activités suivants :

- professions médicales régies par le droit cantonal (pt 2.2.1) ;
- hôtellerie-restauration (pt 2.2.2) ;
- enseignement des sports de neige aux mineurs (pt 2.2.3) ;
- commerce d'occasions (pt 2.2.4) ;
- garde d'enfants (pt 2.2.5) ; et
- services de sécurité privés (pt 2.2.6).

### 2.1 Conditions-cadres du droit du marché intérieur

#### 2.1.1 Principes du libre accès au marché

7. L'article 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.<sup>1</sup> 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 1<sup>er</sup>. Le principe du lieu de provenance s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement.<sup>2</sup>

- *Liberté de service* : Aux termes de l'article 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. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- *Liberté d'établissement commerciale* : Selon l'article 2 al. 4 LMI, toute personne exerçant une activité conformément au droit est autorisée à s'établir n'importe où en Suisse afin d'exercer cette activité, conformément aux prescriptions du lieu du premier établissement. Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu de premier établissement.

---

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, n<sup>os</sup> 1212 ss ; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss, 210 ; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in : Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, n<sup>o</sup> 1 ad art. 2 ; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in : Thomas Cottier/Matthias Oesch (Éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, p. 399 ss, n<sup>os</sup> 34 à 43.

<sup>2</sup> Au sujet du principe du lieu de provenance, arrêt du Tribunal fédéral (TF) 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 (accès au marché pour les installateurs sanitaires) ; arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15 mai 2009 (accès au marché pour les thérapeutes de médecine complémentaire) ; ATF 135 II 12 (accès au marché pour les psychothérapeutes) ; dans la littérature p. ex. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 111/2010, p. 129 ss, 142 ss ; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthur (en allemand uniquement), DPC 2012/2, 438 ss, ch. 14 ss.

8. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale réfragable d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI).

9. Le droit au libre accès au marché selon les dispositions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du canton de Vaud (lieu de destination)<sup>3</sup> peut restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des charges ou des conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit tout d'abord examiner si les règles générales et abstraites régissant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance d'un offreur externe garantissent une protection équivalente des intérêts publics à celles des dispositions du canton de Vaud (réfutation de la présomption d'équivalence conformément à l'article 2 al. 5 LMI). Si les réglementations sont équivalentes, donc si la présomption d'équivalence n'est pas réfutée dans le cas d'espèce, il convient d'accorder sans autre l'accès au marché à l'offreur externe.<sup>4</sup> Dans le cas de prescriptions d'accès au marché non équivalentes, l'autorité du canton de Vaud doit expliquer dans quelle mesure la restriction d'accès au marché respecte les **conditions de l'article 3 LMI**, à savoir qu'elle est indispensable à la protection d'intérêt public prépondérant et respecte les principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art 3 al. 1 LMI).<sup>5</sup> Au sens de l'article 3 al. 2 LMI, des restrictions ne respectent pas le principe de la proportionnalité, et sont donc inadmissibles, lorsque notamment (liste non exhaustive) :

- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;
- les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisant ;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé ; et
- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

10. Le principe de la reconnaissance des certificats de capacité conformément à l'article 4 LMI complète le principe du lieu de provenance. En vertu de l'article 4 al. 1 LMI, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3 LMI. Cette disposition complète le droit au libre accès au marché conformément aux prescriptions du lieu de provenance. Selon la COMCO, cette disposition s'applique par analogie également aux certificats de capacité communaux, étant donné que la présomption d'équivalence au sens de l'article 2 al. 5 LMI concerne aussi bien les réglementations cantonales que communales en matière d'accès au marché. La reconnaissance mutuelle des certificats de capacité doit garantir que le marché suisse ne soit pas entravé par les différentes conditions d'autorisation cantonales ou communales qui régissent certaines activités lucratives.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Dans le droit du marché intérieur, le « lieu de destination » désigne le lieu où l'offreur externe fournit sa prestation.

<sup>4</sup> ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_57/2011 du 3 mai 2011 consid. 3.4 (installateur sanitaire TG) ; Recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 17 s.

<sup>5</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 189 ss ; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss, 378.

<sup>6</sup> Message concernant la loi sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994, FF 1995 I 1193 ss, 1246 s.

## 2.1.2 Exigences relatives à la procédure d'accès au marché

11. Une procédure formelle d'accès au marché constitue une entrave administrative à l'accès au marché pour l'offreur externe, qui, selon les modalités et le domaine d'activité, peut avoir un effet prohibitif. Même la préparation de la requête accompagnée de ses pièces jointes telles que des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites implique du temps et des coûts qui sont à même de limiter l'accès intercantonal au marché.<sup>7</sup>

12. Aux termes de l'article 3 al.4 LMI, toute restriction au sens de l'article 3 al. 1 LMI doit faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement lorsque des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.<sup>8</sup> Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'article 3 al. 4 LMI, c'est-à-dire pour toute procédure d'accès au marché. Il est admissible de s'écarter du principe de la gratuité de cette disposition dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles du fait de son manque de collaboration.<sup>9</sup>

13. Outre les exigences de l'article 3 al. 4 LMI, le principe du lieu de provenance permet aux offreurs externes d'exercer leur activité conformément aux dispositions applicables au lieu de provenance et ce libres de toute restriction. Dans sa jurisprudence initiale – relative à la LMI dans sa version de 1995 – le Tribunal fédéral avait jugé que les articles 2 et 4 LMI 1995 ne limitaient pas la liberté des cantons dans la conception de la procédure d'accès au marché.<sup>10</sup> Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle de la LMI.<sup>11</sup> Le principe du lieu de provenance, renforcé suite la révision de 2005, signifie désormais d'un point de vue formel, que l'accès intercantonal au marché doit se faire sans aucune formalité. Le Message revLMI est à ce sujet explicite : « les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer leur activité, puisqu'elles pourront exercer celle-ci sur la base de l'autorisation délivrée au lieu du premier établissement. »<sup>12</sup> Toutefois, afin que les autorités du canton de Vaud soient à même de d'examiner si l'équivalence des prescriptions d'accès au marché est donnée et si l'accès au marché lui-même doit être restreint par des charges ou des conditions, il est logique que celles-ci doivent être informées des activités des offreurs externes. A ceci s'ajoute que les

---

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n<sup>os</sup> 203 ss.

<sup>8</sup> ATF 123 I 313, consid. 5 ; ATF 125 II 56 consid. 5b ; ATF 136 II 470 consid. 5.3 (« Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché ») ; au sujet de la « discrimination à rebours » cf. arrêt du TF 2C\_204/2010 du 24 novembre 2011 consid. 8.3 en lien avec le consid. 7.1 ; ZWALD (note 1), n<sup>os</sup> 76 s.

<sup>9</sup> ATF 123 I 313, consid. 5.

<sup>10</sup> Au sujet de la LMI dans sa version de 1995, ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalmann) : « Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben ; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert. » ; ATF 125 II 406, consid. 3 (Avocat d'Appenzell-Rhodes Intérieures) ; DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

<sup>11</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n<sup>o</sup> 1357.

<sup>12</sup> Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 I 421 ss (Message revLMI), 440 ; de même que Obergericht AR, Jugement du 22 mai 2007, consid. 2.2, in : AR GVP 2007 114 : « Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort [canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures] eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstinverlassung ausgestellten Bewilligung [canton de St-Gall] ohne Weiteres ausüben ».

autorités du canton de Vaud exercent la surveillance des offreurs externes établis sur son territoire (art. 2 al. 4 LMI). En conséquence, la possibilité de contraindre les offreurs externes à un « contrôle d'entrée » et ainsi de prévoir une procédure d'annonce ou d'autorisation existe. Le Conseil fédéral avait prévu ce cas de figure dans son Message revLMI dans la mesure où il avait expliqué laisser aux cantons le soin de « prendre les dispositions nécessaires » pour pouvoir exercer leur prérogative de surveillance et « imposer des charges conformément à l'art. 3 [LMI] ». <sup>13</sup> Le Message ne précise en revanche pas quelles « dispositions » sont possibles et même admissibles.

14. Chaque procédure formelle d'accès au marché constitue en soi une restriction à l'accès au marché au sens de l'article 3 al. 1 LMI qui doit ainsi être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité. <sup>14</sup> La mise en œuvre d'une restriction à l'accès au marché et de l'obligation de surveillance (art. 2 al. 4 LMI) peuvent être considérées comme des intérêts publics pouvant justifier de s'écarter du principe d'un accès au marché dénué de formalités. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient de distinguer le cas de de l'offreur externe qui, usant de sa liberté de service active, fournit sa prestation au lieu de destination en s'y établissant (art 2 al.4 LMI) ou temporairement, uniquement de manière transfrontalière (art. 2 al. 3 LMI). <sup>15</sup> Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'article 3 al.4 LMI impose en tous les cas une procédure simple, rapide et gratuite (cf. ci-avant ch. 12).

### 2.1.3 En résumé

15. Vu les considérations précédentes, l'accès des offreurs externes doit obéir aux principes du droit du marché intérieur suivants :

- En application de l'article 2 al. 3 et 4 LMI, les autorités vaudoises compétentes ont l'obligation d'appliquer le droit du lieu de provenance pour accorder l'accès au marché d'un offreur externe.
- Ce n'est que dans la mesure où les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et que les conditions d'une restriction de l'accès au marché par des charges ou des conditions au sens de l'article 3 al. 1 LMI sont réunies que les autorités du canton de Vaud peuvent appliquer le droit vaudois. C'est uniquement dans ce cadre strict et en tant que charges ou conditions que les dispositions vaudoises trouveront application.
- Le seul fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises n'implique automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence. <sup>16</sup> Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit sans autres être accordé. <sup>17</sup>
- Lorsque la présomption d'équivalence peut être réfutée dans un cas concret, il incombe à l'autorité compétente du canton de Berne de motiver chacune des charges ou conditions qu'elle prononce conformément aux exigences de l'article 3 al. 1 LMI, à savoir établir que

---

<sup>13</sup> Message revLMI (note 12), p. 440.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1359 ; Recommandation de la COMCO, Taxi (note 2), ch. 23 s. ; d'un autre avis HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, n° 735.

<sup>15</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1359.

<sup>16</sup> Au sujet de la jurisprudence concernant la réfutation de la présomption d'innocence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1311 ss.

<sup>17</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II)

chacune d'elles est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant, répond au principe de la proportionnalité et est non-discriminatoire.

- Les autorités du canton de Vaud ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'une documentation standard concernant des critères personnels tels que par exemple un certificat de bonnes mœurs, un extrait du registre des poursuites et faillites ou du casier judiciaire ou autres, à l'appui d'une requête d'accès au marché.<sup>18</sup> En effet, les conditions d'autorisation du canton de Vaud ne sont pas applicables en vertu de l'article 3 al. 1 LMI, de sorte qu'il ne saurait être question de produire des pièces justificatives pour prouver que ces conditions vaudoises sont remplies. Le contrôle systématique des prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance par les autorités vaudoises n'est compatible ni avec le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI), ni avec les exigences de rapidité et de simplicité (art. 3 al. 4 LMI).<sup>19</sup> Cela vaut tant pour les conditions professionnelles que personnelles. Selon le Tribunal fédéral, un contrôle par l'autorité du lieu de destination n'est admissible que lorsqu'un indice concret indique que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>20</sup>

## 2.2 Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés

### 2.2.1 Professions médicales régies par le droit cantonal

16. Dans le canton de Vaud, deux autorités différentes sont compétentes pour la délivrance des autorisations de pratiquer les professions des domaines médical et vétérinaire régies par le droit cantonal<sup>21</sup>, à savoir l'Office du Médecin cantonal (OMC ; auquel est soumis le Pharmacien cantonal) et le Service des affaires sanitaires et vétérinaires (SCAV). Il ressort des réponses aux questionnaires que la procédure de demande d'accès au marché pour les différentes professions est largement standardisé, au point qu'elles peuvent toutes être considérées comme identique. Dans tous les cas, les documents suivants sont demandés :

- Formulaire de demande d'autorisation rempli (formulaire standard) ;
- Copie de l'autorisation de pratiquer par un autre canton ;

---

<sup>18</sup> ATF 123 I 313, consid. 4b (avocat Häberli): « Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist » ; cf. ég. Arrêt du TF 2P.316/1999 du 23 mai 2000, consid. 2d (avocat Vaud).

<sup>19</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>20</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II) ; voir également ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>21</sup> Pour le domaine médical, il s'agit des professions suivantes : ambulancier/ière, diététicien/ne, droguiste, ergothérapeute, hygiéniste dentaire, infirmier/ère, logopédiste-orthophoniste, opticien/ne ou optométriste, ostéopathe, physiothérapeute, podologue, sage-femme/maïeuticien et thérapeute de la psychomotricité.

Nous mentionnons encore ici que dans le canton de Vaud les psychologues non-thérapeutes ne sont pas soumis à autorisation.

Pour les professions du domaine vétérinaire, il est questions des activités suivantes : responsable d'une pharmacie privée de vétérinaire pour le commerce de détail (assortiment médicamenteux dont la majorité est constitué de médicaments vétérinaires) et personne en charge de la remise de médicaments vétérinaires dans un commerce zoologique ou apicole.



- Certificat de situation professionnelle (également appelé « attestation de bonne conduite » ou « Letter of Good Standing ») récente et originale, délivrée par l'autorité compétente de l'autre canton ;<sup>22</sup>
- Copie du diplôme ;
- Attestation ou copie de la police d'assurance responsabilité civile professionnelle ;
- Curriculum vitae à jour ;<sup>23</sup>
- Copie d'une pièce d'identité.<sup>24</sup>

17. L'OMC affirme ne traiter le dossier que lorsqu'il est complet. L'autorisation serait délivrée sans autre formalité, ni frais, conformément à la LMI ; c'est d'ailleurs en vertu de la LMI qu'il demande une attestation de bonne conduite. Toutefois l'OMC relève qu'il mène des procédures différentes en fonction de la provenance des requérants, ce qui peut mener à des incohérences lors du traitement des dossiers. En cas de doute, l'OMC prend contact avec son homologue au lieu de provenance à des fins de renseignements.

18. Compte tenu des principes fondamentaux du droit du marché intérieur exposé ci-avant, les procédures d'accès au marché des offreurs extracantonaux est évaluée comme suit :

19. Les offreurs extracantonaux ne dispose d'un droit à l'accès au marché en vertu du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) que dans la mesure où ils exercent leur activité de manière licite au lieu de provenance. Par conséquent, dans le but de s'assurer de la licéité de l'activité exercée au lieu de provenance, il est en principe légitime que les autorités vaudoises exigent la production d'une copie de l'**autorisation de pratiquer** délivrée par l'autorité du lieu de provenance Ceci ne vaut toutefois que lorsque l'activité en cause est également soumise à autorisation au lieu de provenance. Toutefois, le droit à l'accès au marché au sens de l'article 2 al. 1 à 4 LMI existe même si l'activité n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance.<sup>25</sup> Dans ce cas, la licéité de l'activité découle directement du droit applicable au lieu de provenance de sorte qu'aucune copie de l'autorisation ne peut être requise. L'obligation d'autorisation prévue par le canton de Vaud permet toutefois de considérer que les prescriptions d'accès au marché ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). Le canton de Vaud peut dans ce cas restreindre l'accès au marché par le prononcé de charges ou de conditions, conformément à l'article 3 LMI (cf. ci-dessous ch. 24). En outre, il est douteux que les autorités vaudoises puissent demander une **attestation de bonne conduite** (« certificat de situation professionnelle ») eu égard à l'exigence d'une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al.4 LMI). Compte tenu du principe du lieu de provenance, une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle ») ne peut servir à vérifier les conditions personnelles d'autorisation du droit vaudois. Un tel document peut toutefois permettre de vérifier si le requérant remplit les conditions d'autorisation au lieu de provenance au moment de la demande d'accès au marché, s'il l'autorisation est encore valide et le cas échéant à quelle(s) condition(s) et/ou charge(s) et si une procédure disciplinaire est pendante.

20. D'un point de vue du droit du marché intérieur, le requérant extracantonal a principe droit à une procédure d'accès au marché gratuite (art. 3 al. 4 LMI). Or, les autorités des cantons de

---

<sup>22</sup> Disponible à l'adresse : [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/sante/Professionnels/Service\\_en\\_ligne/Formulaire\\_demande\\_autorisation\\_pratiquer.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/sante/Professionnels/Service_en_ligne/Formulaire_demande_autorisation_pratiquer.pdf).

<sup>23</sup> Ce document n'est pas demandé sur le formulaire de demande d'autorisation de pratiquer pour les extracantonaux (cf. note à la page 3 du document, sous « procédure simplifiée »).

<sup>24</sup> Ce document est exigé selon les réponses aux questionnaires, mais n'est pas repris dans la liste des documents à fournir sur le site internet du Service de la santé publique du canton de Vaud.

<sup>25</sup> ZWALD (note 1), n° 48 ; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1231 ; COMMISSION DE LA CONCURRENCE (COMCO), Rapport annuel 2008 in : DPC 2009/1 29, p. 30 ; arrêt du TF 2C\_844/2008 du 15 mai 2009, consid. 4.2.1.

provenance ne délivrent des attestations de bonne conduite que contre paiement d'un émoulement ce qui a pour effet de miner le principe de la gratuité de la procédure. Il convient donc de se demander si l'obligation de remettre une telle attestation est justifiée.

21. Par ailleurs, le canton de Vaud doit établir une autorisation basée sur la LMI même si une procédure disciplinaire contre le requérant est pendante dans le canton de provenance. Le droit à l'accès au marché est conditionné par l'exercice *licite* de l'activité au lieu de provenance. Une procédure disciplinaire en cours n'a aucun impact sur l'activité exercée au lieu de provenance. Ainsi, même des mesures disciplinaires, pour autant qu'elles n'aboutissent au retrait de la première autorisation, ne constituent pas un motif suffisant pour refuser de délivrer une autorisation d'accès au marché vaudois. Ce n'est qu'une fois le retrait de l'autorisation délivrée par le lieu de provenance entrée en force, à savoir donc quand l'activité ne peut plus être exercée licitement au lieu de provenance que le canton de Vaud peut retirer son autorisation basée sur la LMI.

22. Il est donc douteux qu'une attestation de bonne conduite soit indispensable à l'examen de validité de la première autorisation. En principe, une autorisation d'une durée indéterminée est toujours valable et indique, le cas échéant, toutes les conditions et charges prononcées. Il est certes (théoriquement) possible qu'un offreur extracantonal tente d'obtenir abusivement une autorisation vaudoise sur la base d'une autorisation révoquée. Toutefois, pour exclure de tels cas, les autorités vaudoises ont un intérêt à obtenir une confirmation de la validité actuelle de la « première autorisation » de la part du canton de provenance. Pour les « premières autorisations » dont la durée est déterminée ce risque n'existe pas puisqu'à l'échéance de celle-ci le titulaire passe par une nouvelle procédure d'autorisation et qu'il devra présenter au canton de Vaud.

23. Dans la mesure où la LMI exige une procédure d'accès au marché simple et gratuite, il est préférable que les autorités vaudoises prennent directement contact avec l'autorité compétente au lieu de provenance et contrôlent ainsi directement elle-même la validité de la première autorisation. L'offreur extracantonal qui demande une autorisation d'accès au marché devrait à tout le moins avoir la possibilité de choisir entre faire parvenir une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle ») et donner au canton de Vaud une procuration afin qu'il puisse procéder à toute clarification nécessaire avec les autorités compétentes du lieu de provenance. Dans ce dernier cas, il incombe aux autorités vaudoises de demander une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle ») à leur homologue, sans pour autant pouvoir en facturer les frais au requérant.

24. Parmi les documents demandés, les autorités vaudoises demandent également une copie du **diplôme** obtenu **ou** de sa **reconnaissance**. La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les critères d'admission ne peuvent pas être réexaminés par l'autorité du lieu de destination est applicable (cf. ci-dessus ch. 15). Si les compétences professionnelles ont déjà été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance, les autorités vaudoises n'ont pas le droit de les reconstrôler, compte tenu de la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI. Lorsque l'activité en cause n'est pas soumise au respect de critères professionnels au lieu de provenance<sup>26</sup>, compte tenu du renversement de la présomption d'équivalence et conformément aux conditions de l'article 3 LMI, le canton de Vaud peut examiner les compétences professionnelles du requérant ; dans ce cas toutefois, les autorités vaudoises devront tenir compte de l'expérience tel que cela est prévu par l'article 3 al. 2 let. d LMI. En résumé, l'obligation de transmettre une copie du diplôme n'est justifiée que dans de rares cas, respectivement les autorités vaudoises doivent entrer en matière même lorsque seule la première autorisation est

---

<sup>26</sup> Le principe du lieu de provenance au sens de l'article 2 al. 1 à 4 LMI s'applique même lorsque l'activité n'est pas soumise à autorisation ou sans aucune conditions relative aux compétences professionnelles : cf. (cf. note 25).

déposée à l'appui de la requête d'accès. Dans la mesure où le formulaire de demande d'autorisation et le site internet du Service de la Santé publique vaudois sont explicites au sujet de l'obligation de fournir une copie du diplôme ou de la reconnaissance, cela peut avoir un effet rédhibitoire pour les offreurs extracantonaux qui n'en dispose pas.

25. La preuve d'une couverture d'assurance en matière **responsabilité civile professionnelle** et en principe admissible<sup>27</sup>, sous réserve de l'article 3 al. 2 let. b LMI qui impose de prendre en compte les attestations de sécurité ou certificats déjà produit par le requérant au lieu de provenance.

26. Bien que les **formulaires** téléchargés sur le site internet du Service de la santé publique aient des noms de fichiers différents selon que l'on désire un formulaire pour offreur cantonal ou extracantonal, leur contenu est identique.<sup>28</sup> Pour certaines professions médicales régies par le droit cantonal, le formulaire est complété d'une troisième page qui expose les documents demandés ; cette troisième page mentionne notamment une « procédure simplifiée » dont les documents requis correspondent aux réponses aux questionnaires. En outre, pour certaines professions<sup>29</sup>, le canton de Vaud a répondu ne pas connaître, respectivement ne pas autoriser leur exercice à titre indépendant, elles ne sont dès lors pas soumises à autorisation. Or, du point de vue du droit du marché intérieur, le fait qu'une forme d'exercice ne soit pas prévue ou n'existe pas au lieu de destination est sans importance. En effet, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer.<sup>30</sup>

27. Les **autorisations d'accès au marché** transmises par l'OMC ne permettent pas de déterminer la provenance des requérants extracantonaux de sorte que la composante extracantonale n'apparaît pas. Seul le fait qu'aucun émoulement ne soit perçu pourrait laisser penser qu'il peut s'agir d'une autorisation délivrée sur la base de la LMI. Toutefois, comme elles ne mentionnent aucune base légale, ni voie de droit, elles n'apparaissent ainsi pas, en soi, comme des décisions au sens de l'article 9 al. 1 LMI.

28. S'agissant des **décisions rendues par le SCAV** pour les activités et professions non-soumises à la LPMéd, donc régies par le droit cantonal, les décisions concernant les requérants extracantonaux sont comparativement d'excellente qualité hormis le fait qu'elle ne mentionne pas la LMI.

### 2.2.2 Hôtellerie-restauration

29. La Police cantonale du commerce (PCC) est compétente pour l'octroi des licences, des autorisations d'exercer et des autorisations d'exploiter. La procédure a lieu conformément à la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons (LADB ; RSV 935.31). Selon les réponses au questionnaire de la PCC, les documents à joindre à une demande sont listés à l'article 62 du règlement du 9 décembre 2009 d'exécution de la LADB (RLADB ; RSV 935.31). Il s'agit de copie de la carte AVS, de la carte d'identité, du certificat ou du diplôme, ainsi qu'un extrait du casier judiciaire et, s'il s'agit d'une personne morale, du numéro

---

<sup>27</sup> Cf. arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3c.

<sup>28</sup> Cf. formulaires disponibles en cliquant sur les liens pour les professions affichées à l'adresse suivante : <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/> ; notamment pour les ergothérapeutes les formulaires intitulés « Formulaire\_Romand\_Demande\_AP\_fr.pdf » pour les offreurs vaudois et « Autorisation\_de\_pratiquer.pdf » pour les offreurs extracantonaux, accessibles à l'adresse : <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisations-de-pratiquer/liste-des-professionnels/ergotherapeute/ergotherapeute-conditions-doctroi/>.

<sup>29</sup> Assistant(e) en soins et en santé communautaire (ASSC), infirmier/ère-assistante, masseur/se médical(e), technicien en analyses biomédicales, technicien/ne en radiologie médicale (TRM) et technicien en salle d'opération.

<sup>30</sup> Cf. à ce sujet, DPC 2012/3, 530 ss.

IDE et d'un extrait du registre du commerce. Pour les personnes exploitant déjà un établissement dans le canton de Vaud, une copie de l'autorisation, une attestation de l'AVS et de l'institution de prévoyance confirmant le paiement des charges sociales. La PCC a indiqué que les documents à joindre étaient les mêmes pour *tous* les requérants d'autorisation – externe ou non – et qu'elle vérifiait systématiquement si les conditions d'octroi d'une licence selon le droit vaudois étaient données. En revanche, elle ne contrôlait pas si celles du lieu de provenance étaient réunies. Finalement, la PCC a déclaré reconnaître les certificats de capacité délivrés par les autres cantons conformément à l'article 4 LMI et percevoir un émolument, quel que soit l'offreur. La PCC n'a transmis aucune décision rendue en application de la LMI, indiquant qu'elle n'aurait jamais reçu une demande d'autorisation émanant d'un offreur extracantonal.

30. La révision de la LMI en 2005 avait notamment pour but d'introduire la liberté d'établissement pour les offreurs qui sont liés à une infrastructure pour exercer leur activité économique. Le Conseil fédéral avait spécifiquement évoqué le cas des restaurateurs<sup>31</sup> qui ne pouvaient alors pas profiter du principe du lieu de provenance du fait de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI dans sa version antérieure.<sup>32</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, les restaurateurs et autres acteurs actifs dans le domaine de l'hospitalité bénéficient du principe de lieu de provenance, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'établir dans un autre canton et exercer sur la base de leur première autorisation<sup>33</sup> et selon les prescriptions de leur lieu de provenance.

31. Vu les considérants qui précèdent, la PCC ne peut appliquer les prescriptions vaudoises à des offreurs externes que lorsque l'autorité du lieu de provenance n'a pas déjà vérifié le critère contrôlé (art. 2 al. 5 LMI) et que leur application remplit les conditions de restriction de l'article 3 LMI (cf. ch. 9). En conséquence, les restaurateurs ou hôteliers extracantonaux qui viennent s'établir dans le canton de Vaud, en ouvrant un deuxième établissement, ne doivent pas être soumis à des formalités excessives. La PCC ne peut requérir la production à l'appui de leur demande que de leur première autorisation valable – ou si le requérant exerce son activité licitement sans avoir besoin d'une autorisation à son lieu de provenance – et de documents attestant de leur identité (ou celle de leur entreprise) ; l'article 2 al.4 LMI donne le droit à l'octroi d'une autorisation dans le canton de Vaud.

32. Parmi tous les documents demandés, l'**extrait du casier judiciaire** de moins de 3 mois pose problème. En effet, la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) et l'interdiction du recontrôle des conditions d'accès qui, selon le Tribunal fédéral, ne valent pas uniquement pour les critères d'autorisation professionnels, mais également pour les critères personnels. Ainsi, lorsque la procédure d'autorisation au lieu de provenance prévoit également la production d'un tel extrait, alors le canton de Vaud ne peut requérir cette pièce à l'appui d'une demande d'accès au marché vaudois.

33. Compte tenu de la prétendue pratique de reconnaissance des **certificats de capacité** délivrés par d'autres cantons, le canton de Vaud pourrait être en conformité avec l'article 4 LMI. Toutefois, rien ne permet d'étayer cette déclaration la mesure où la PCC a affirmé n'avoir jamais été confronté à un cas d'application de la LMI.

34. En outre, il apparaît que la procédure d'accès au marché vaudois pour les restaurateurs ou hôteliers extracantonaux ne respecte pas les exigences de l'article 3 LMI. D'une part, l'extrait du casier judiciaire, ne peut être demandé que dans la mesure où l'autorité du lieu de provenance ne l'aurait pas contrôlé, sous peine de violer la présomption d'équivalence (cf.

---

<sup>31</sup> Cf. Message revLMI (note 12), 484d

<sup>32</sup> Cf. arrêt du TF 2P.362/1998 relatif à l'article 2 LMI dans sa version de 1995 ; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1218 à 1225.

<sup>33</sup> Cf. Décision du 24 mars 2015 du Département de la Justice et de la Sécurité du canton de Lucerne concernant une autorisation pour restaurateur, publiée dans DPC 2015/2 160.

ch. 30), alors que les autorités vaudoises le demande à tout restaurateur en provenance d'un autre canton.

35. Finalement, le fait de prélever des **émoluments** pour le traitement d'une demande d'autorisation pour un offreur externe est manifestement en contradiction avec le principe de la gratuité de la procédure d'accès au marché. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'accès au marché doit être gratuit (cf. ch. 12).

### 2.2.3 Enseignement des sports de neige aux mineurs

36. L'autorisation pour l'enseignement des sports de neige aux mineurs, sur piste<sup>34</sup>, par des privés est délivrée par la PCC en application de la loi du 31 mars 2005 sur l'exercice des activités économiques (LAEA ; RSV 930.01). La LAEA distingue l'exercice dépendant de l'exercice indépendant dans la mesure où les attestations requises divergent<sup>35</sup> ; mais dans les deux cas un casier vierge de condamnation pour atteinte à l'intégrité corporelle ou sexuelle des mineurs. En substance, pour l'exercice indépendant, une formation plus poussée (réussite d'un examen et attestation y relative après l'une des formations suivantes : brevet fédéral de professeur de sport de neige, brevet d'instructeur délivré par Swiss Snowsports ou brevet d'instructeur de l'Association suisse des écoles de snowboard) que pour l'exercice dépendant (examen et attestation y relative après l'une des formations suivantes : « kids instructor » de Swiss Snowsports, moniteur Jeunesse et Sport catégorie sport de neige ou formation de six jours pas « Sports de neige vaudois »<sup>36</sup>) est demandée. La PCC a déclaré vérifier pour tous les offreurs la réunion des conditions posées par le droit vaudois, mais pas celles du droit du lieu de provenance. En outre, la PCC reconnaît tous les certificats délivrés par d'autres cantons, et ce gratuitement. Toute décision donne lieu à la perception d'un émoulement ; les décisions de refus sont motivées. La PCC a affirmé n'avoir pas « souvenir d'une demande d'un offreur extracantonal invoquant les conditions d'autorisations applicable à son lieu de provenance », de sorte qu'elle n'a fourni aucune décision d'accès intercantonal au marché.

37. Dans la mesure où la PCC autorise systématiquement les requérants à l'accès au marché selon le droit vaudois, et bien qu'il n'y ait que deux documents à fournir, la procédure – onéreuse – d'accès au marché n'est pas conforme à la LMI.

38. Une procédure conforme à la LMI devrait en principe prévoir uniquement la transmission de l'autorisation délivrée par le lieu de provenance ainsi que le cas échéant un formulaire rempli, ensuite de quoi l'autorisation serait délivrée gratuitement. Si au lieu de provenance aucune autorisation n'est nécessaire, alors il y a lieu de constater que les prescriptions d'accès ne sont pas équivalentes (réfutation de la présomption d'équivalence, art. 2 al. 5 LMI) et d'examiner si des restrictions, sous la forme de charge ou de conditions, peuvent être justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI ; dans ce cas toutefois, les autorités vaudoises devront tenir compte de l'expérience tel que cela est prévu par l'article 3 al. 2 let. d LMI.<sup>37</sup> S'agissant de l'exigence d'un casier vierge de toute « condamnation [...] pour des infractions contre l'intégrité corporelle ou sexuelle des mineurs », cette condition peut être aisément véri-

---

<sup>34</sup> L'activité de professeur de sport de neige pratiquée hors-piste est régie par la loi fédérale du 17 décembre 2010 sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque (RS 935.91). Selon cette loi (art. 7 à 9), les autorisations accordées par le canton de domicile de l'offreur sont valables sur tout le territoire suisse.

<sup>35</sup> Pour le détail des autorisations, cf. la tablette disponible sur le site du canton de Vaud : <http://www.vd.ch/themes/economie/police-du-commerce/activites-sportives/maitre-sports-neige/>.

<sup>36</sup> Sports de Neige Vaudois (SNVD) est une association issue de la fusion de l'AESSVD (Association des Ecoles Suisses de Ski VD), de l'AVMS (Association Vaudoise des Maîtres de Ski) et de l'IAVES (Inter-Association Vaudoise pour l'Enseignement du Ski). ; cf. [snvd.ch](http://snvd.ch).

<sup>37</sup> Sur un résumé d'une procédure d'accès au marché, cf. plus haut, ch. 15.

fiée par la Police cantonale qui, moyennant une autorisation préalable écrite, pourra directement demander un extrait du casier judiciaire en vue de vérifier l'existence d'une mention prohibée. Dans tous les cas, la procédure d'accès au marché devra être gratuite.

#### **2.2.4 Commerce d'occasions**

39. Le canton de Vaud, par la LAEA, a soumis à autorisation le commerce d'occasions. Les communes sont compétentes pour délivrer les autorisations. Celles-ci sont accordées pour un local donné, situé dans le canton. Les conditions d'autorisation, définies à l'article 69 LAEA, sont les suivantes :

- établir n'avoir jamais fait l'objet d'aucune condamnation en lien avec le commerce dans les deux années précédentes par la production d'un extrait du casier judiciaire ;
- produire un extrait du Registre des poursuites qui établit que le requérant est solvable ;
- établir que le requérant dispose des locaux nécessaires à son activité commerciale ; et
- s'il n'est pas suisse, fournir une autorisation d'établissement ou à défaut une autorisation du service de l'emploi.

40. Selon les réponses de la PCC, ces conditions sont applicables à tout offreur, externe ou local. La PCC a déclaré contrôler systématiquement si les conditions vaudoises sont remplies. Toute décision négative serait motivée. Selon la PCC, tout offreur extracantonal doit impérativement remplir les conditions fixées par la LAEA. Toutes les décisions rendues dans ce domaine sont onéreuses. La PCC a répondu ne pas avoir connaissance d'une décision concernant un offreur extracantonal.

41. La procédure applicable à une demande émanant d'un offreur extracantonal exige en premier lieu de comparer le droit vaudois au droit applicable au lieu de provenance (réfutation de la présomption d'équivalence, art. 2 al. 5 LMI), puis si elle est renversée, alors examiner, sur la base des prescriptions d'accès vaudoises, si des restrictions, sous la forme de charge ou conditions, peuvent être prononcées conformément à l'article 3 LMI.

42. Les communes vaudoises ne faisant qu'appliquer le droit cantonal – la LAEA – lorsqu'elles délivrent une autorisation pour le commerce d'occasion à des offreurs extracantonaux, cette loi devrait pour ce cas-là prévoir une procédure conforme à la LMI (cf. ch. 15).

#### **2.2.5 Garde d'enfants**

43. L'Office de l'accueil de jour des enfants (OAJE) vaudois est compétent pour l'octroi des autorisations dans le domaine de la garde d'enfant. Selon les réponses de l'OAJE, l'accueil familial de jour et l'accueil collectif préscolaire et parascolaire sont soumis au régime d'autorisation prévu par l'ordonnance (fédérale) du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants (OPE ; RS 211.222.338) et par la loi (vaudoise) du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants (LAJE ; RSV 211.22). Selon la LAJE, l'accueil familial de jour est de la compétence des communes ou des associations de communes. Toutefois, les décisions de refus doivent être transmises à l'OAJE, mais l'OAJE n'en a pas reçu « ces dernières années ». En ce qui concerne l'accueil collectif, l'OAJE est compétent mais a répondu n'avoir à ce jour pas été saisi d'une demande émanant d'un offreur extracantonal. En tous les cas, l'OAJE a déclaré que les personnes en charge de la direction ou du personnel d'encadrement doivent, comme pour les demandeurs internes au canton, produire leurs titres et diplômes, leurs certificats de travail, leur CV, un certificat médical ainsi qu'un extrait du casier judiciaire. L'OAJE contrôle ensuite si les conditions d'autorisation du droit vaudois sont réunies, en admettant ne pas « motiver clairement l'application du droit vaudois à la lumière de l'art. 3 LMI ». En revanche, l'OAJE ne contrôle pas les conditions d'accès applicables au lieu de provenance. La procédure serait gratuite pour les offreurs externes. La décision transmise par l'OAJE ne comporte aucune

composante intercantonale dans son état de fait ; elle n'est donc pas pertinente du point de vue du droit du marché intérieur.

44. En outre, l'OAJE a ajouté qu'il conçoit mal l'application de la LMI au domaine de l'accueil collectif dans la mesure où l'autorisation est « attachée à un établissement en particulier, lequel doit notamment répondre à des exigences liées aux locaux ». Il précise encore que « une grande majorité des institutions actives dans ce domaine sont exploitées par des associations à but idéal, de sorte qu'elles sont exclues [...] du champ d'application de la LMI ». Finalement, l'OAJE remarque encore que la direction et le personnel d'encadrement ne sont pas soumis concrètement à autorisation, mais doivent répondre à des exigences du « référentiel de compétences pour la direction et le personnel d'encadrement fixé par l'Office en charge de l'accueil de jour des enfants ». Ces exigences divergeant de canton à canton, l'OAJE s'interroge sur la notion de « certificat de capacité » au sens de l'article 4 LMI. L'OAJE a joint une décision, pertinente en regard de la LMI selon lui.

45. L'autorité vaudoise applique le droit du canton de Vaud aux offreurs externes, sans avoir réfuté la présomption d'équivalence, ni vérifié si les conditions de l'article 3 LMI sont réunies pour ce faire. L'OAJE applique donc à toute demande le droit vaudois.

46. L'exploitation d'une crèche (accueil collectif préscolaire) est une activité lucrative privée qui entre dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). En conséquence, les personnes qui sont autorisées à exercer en tant que directeur ou collaborateur dans un canton, ont le droit d'être admis à pratiquer la même activité dans le canton de Vaud. Les principes du ch. 15 restent entièrement applicables.

47. Le fait que l'autorisation serait rattachée à un établissement, respectivement à ses locaux, ne change rien au fait que les personnes en charge de la direction et de l'encadrement doivent faire l'objet de contrôle dont le résultat aura pour effet d'autoriser ou d'interdire l'exercice de l'activité. En conséquence cette distinction n'est pas pertinente sous l'angle du droit du marché intérieur.<sup>38</sup>

48. S'agissant de la forme de l'organisation de la personne morale qui exploite la structure d'accueil collectif, une « association à but idéal », une fondation ou une société anonyme, ces formes d'organisation n'ont aucune influence sur le champ d'application de la LMI. En effet, le « but idéal » des associations qui semble gêner l'OAJE ne rentre pas en conflit avec la notion d'« activité non régaliennne ayant pour but un gain » de l'article 1 al. 3 LMI. En effet, la LMI est applicable à toute personne, physique ou morale, ayant son siège ou un établissement en Suisse. Son champ d'application est identique à celui du principe constitutionnel de la liberté économique.<sup>39</sup> Or les personnes morales de droit privé, dont les associations proposant des services d'accueil de jour d'enfants font partie, jouissent de ce droit constitutionnel.<sup>40</sup> En conséquence, dans la mesure où les associations à but idéal qui offrent des services d'accueil collectif pré-/parascolaire ont leur siège en Suisse, que ce soit dans le canton de Vaud ou dans un autre canton, elles tombent bien dans le champ d'application de la LMI.

---

<sup>38</sup> Cf. dans ce sens : DIEBOLD (note 1), n° 1222 à 1225 ; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, *in* : Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, Bâle 2013, n°s 26 ss *ad* art. 2 I-VI LMI ; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *in* : Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), *Wettbewerbsrecht II, OF-Kommentar*, Zurich 2011, n° 3 *ad* art. 2 LMI ; Message revLMI (note 12), 437 et 440.

<sup>39</sup> Cf. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), n° 153 ss et les références citées ; Message revLMI (note 12), 505.

<sup>40</sup> Dans ce sens, ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerische Bundesstaatsrecht*, 9<sup>ème</sup> édition, Zurich 2016, n° 656 ; KLAUS A. VALLENDER, *in* : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Éds), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich 2014, n° 46 *ad* art. 27 Cst.

49. Finalement, concernant la question de l'OAJE au sujet de la notion de certificat de capacité de l'article 4 LMI, la COMCO expose ce qui suit :

50. L'article 4 al. 1 LMI prévoit que les certificats de capacité cantonaux permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI dans sa version antérieure à la révision de 2005, l'article 4 al. 1 LMI ne s'appliquait pas lorsque le canton de destination, à l'inverse du canton de provenance, ne prévoyait pas l'exercice indépendant d'une activité lucrative déterminée, ou qu'il ne le permettait qu'aux personnes titulaires d'un autre certificat de capacité.<sup>41</sup> Selon cette jurisprudence, un certificat cantonal de capacité ne peut donc déployer sa validité sur la base de l'article 4 al. 1 LMI que dans les cantons qui ont prévu un certificat équivalent. Cette disposition ne peut être invoquée que lorsqu'il existe un certificat de capacité tant au lieu de provenance qu'au lieu de destination. Si ce n'est pas le cas, le droit d'accès au marché est régi par l'article 2 al. 1 à 4 LMI qui s'applique en parallèle avec l'article 4 LMI.<sup>42</sup>

51. Ainsi, même si le canton de Vaud ne connaît pas de certificat de capacité, d'autres cantons pourraient connaître ce système. L'absence de certificat de capacité dans le canton de Vaud pour l'activité d'accueil collectif d'enfant implique uniquement que l'OAJE ne devra pas appliquer le principe de reconnaissance (qui est un cas particulier du principe du lieu de provenance – art. 4 LMI), mais le simplement le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI). En conséquence, en présence d'un offreur externe au bénéfice d'un certificat de capacité, l'OAJE devra procéder conformément au ch. 15 (ci-dessus).

52. En conclusion, en présence d'une demande d'accès au marché d'un offreur extracantonal, l'OAJE devrait comparer les conditions d'accès au lieu de provenance avec celles prévues dans le droit vaudois. Si l'OAJE arrive à la conclusion que la présomption d'équivalence n'est pas renversée, alors l'accès au marché doit être accordé sans autre formalité. A l'inverse, si l'OAJE constate que la présomption d'équivalence est réfutée, alors il peut examiner s'il y a lieu de prononcer des restrictions à l'accès au marché – sous la forme de charges ou de conditions – pour autant que les exigences de l'article 3 LMI soient respectées pour chacune d'elles (à savoir ne soit pas discriminatoire, soit indispensable à la sauvegarde d'intérêts prépondérants et respecte le principe de la proportionnalité) ; ceci dans le cadre d'une procédure simple, rapide et gratuite. Un offreur extracantonal ne devrait avoir qu'à remplir un formulaire et transmettre son autorisation<sup>43</sup>.

## 2.2.6 Services de sécurité

53. En préambule à ses réponses, le canton de Vaud a indiqué être partie au Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (C-ESéc ; RSV 935.91). En conséquence, l'application du C-ESéc est coordonnée par la Commission concordataire *ad hoc*, qui dépend de la Conférence latine des chefs de Département de Justice et Police (CLDJP). Ainsi, la Cheffe du Département des institutions et de la sécurité rappelle que l'application de la LMI par rapport au C-ESéc a déjà fait l'objet d'une évaluation, en prévision de l'entrée en vigueur de la LMI révisée (le 1<sup>er</sup> juillet 2006). Selon la Cheffe du Département ainsi que le courrier du Chef du Département fédéral de l'économie qu'elle invoque, l'article 3 al. 2 let. d LMI ne concernerait que l'examen de la compétence professionnelle. En conséquence, les offreurs en provenance de canton non partie au C-ESéc verront leurs compétences personnelles (ré)examinées, par le biais d'un contrôle dit « de police ». En outre, il serait « admis de longue date, et

<sup>41</sup> Cf. ATF 125 I 276, consid. 5c.

<sup>42</sup> NICOLAS DIEBOLD, Interkantonaler Marktzugang für fachlich selbständige Rettungssanitäter, DPC 2012/3, 530 ss., 538 n° 14 ; ZWALD, (note 1), p. 399 ss, n° 85 ; OESCH/ZWALD, note 1, n° 1 *ad art.* 4 ; le Tribunal fédéral applique également le droit à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux de l'article 4 LMI et le droit d'accès au marché de l'article 2 LMI en parallèle, cf. ATF 135 II 12, consid. 2.

<sup>43</sup> À noter que régulièrement, des documents tels que les concepts d'hygiène, éducatif, d'exploitation, d'organisation, etc. font partie intégrante de l'autorisation.



en plein accord avec la Confédération, que les principes de l'article 3 al. 4 LMI ne peuvent viser que les procédures formelles de reconnaissance de certificats et d'autorisations déjà existantes, et non les procédures dans lesquelles de nouvelles conditions personnelles, de police, sont (et doivent être) examinées par l'autorité ».

54. En réponse aux questions de la COMCO, le canton de Vaud a indiqué que pour les **offreurs externes en provenance d'un canton membre du C-ESéc le libre accès** était garanti en vertu de l'article 12 al. 1 C-ESéc. S'agissant des offreurs en provenance de cantons non-membres du C-ESéc, il y a lieu de distinguer le régime applicable aux maîtres-chiens et leur bête de celui applicable aux autres offreurs extracantonaux. Concernant les maîtres-chiens, le canton de Vaud a répondu appliquer les articles 10a (maîtres-chiens extracantonaux et leur chien) et 9 C-ESéc (autres offreurs extracantonaux) en vertu de l'article 10 al. 1 de ce même concordat, à savoir reconnaître les certificats de compétences délivrés par d'autre autorités pour ces offreurs de service.

55. Pour le canton de de Vaud, le fait de reconstrôler les conditions personnelles de police permet de placer les offreurs « extraconcordataires » sur un pied d'égalité. Selon la réponse donnée, l'autorisation délivrée en vertu du C-ESéc ne constitue pas un certificat au sens de l'article 4 LMI dans la mesure où les conditions examinées sont uniquement personnelles et que l'expérience telle que prévue par l'article 3 al. 2 let. d LMI ne constitue pas un critère pris en considération par le C-ESéc. En conséquence, à l'exception des maîtres-chiens et des chiens qui sont soumis à un examen et à d'autres conditions spécifiques et à la réussite d'un test d'aptitude (cf. art. 10a C-ESéc), la prise en compte de l'expérience ne serait ainsi pas nécessaire. De plus, pour ces derniers, comme le concordat régit la reconnaissance des tests d'aptitude, l'article 4 al. 1 et 3 LMI ne trouverait pas application compte tenu du 4<sup>e</sup> alinéa de cette même disposition qui dispose que les accords intercantonaux qui prévoient la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité l'emportent sur la LMI.

56. Le Canton de Vaud n'a fourni aucune décision à l'appui des réponses au questionnaire.

57. L'article 10 al. 1 C-ESéc prévoit que les agents des entreprises qui n'ont ni siège, ni succursale, dans l'un des cantons concordataires ne peuvent y exercer qu'après autorisation délivrée aux conditions des articles 9 et 10a C-ESéc. En outre, si l'entreprise exerce tout ou en majeure partie son activité sur le territoire des cantons concordataire, le chef d'entreprise ou un responsable désigné par lui doit en outre remplir les conditions prévues par l'article 8 al. 1 let. f C-ESéc (réussite d'un examen portant sur la connaissance de la législation). À l'inverse, pour un engagement ponctuel, respectivement ne représentant pas plus de 50 % de l'activité de l'entreprise, cette condition ne doit pas être remplie.

58. En substance, l'article 9 C-ESéc prévoit qu'une autorisation ne peut être délivrée qu'aux personnes physiques :

- a. de nationalité suisse, ressortissante d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange ou, pour les ressortissants d'autres États, titulaires d'un permis d'établissement ou d'un permis de séjour depuis deux ans au moins ;
- b. ayant l'exercice des droits civils ;
- c. solvables ou n'ayant pas fait l'objet d'actes de défaut de biens définitifs ; et

d. offrant, par leurs antécédents, de par son caractère et son comportement, toute garantie d'honorabilité concernant la sphère d'activité envisagée, selon une directive<sup>44</sup> de la Commission concordataire.

59. A teneur de l'alinéa 2 de cette disposition, le chef d'entreprise ou de succursale doit également avoir passé avec succès l'examen de l'article 8 al. 1 let. f C-ESéc.

60. Conformément à l'article 10 al. 3 C-ESéc, lorsqu'un offreur en provenance d'un canton hors concordat demande accès au marché vaudois (qui est dans l'espace du C-ESéc), l'autorité compétente pour le canton de Vaud procède à l'examen de l'équivalence de l'autorisation et détermine si, au vu des attestations produites, l'offreur doit à nouveau démontrer la réalisation des conditions personnelles (de polices<sup>45</sup>) des autorisations (à savoir celles prévues par l'article 9 C-ESéc).

61. Selon l'article 10a C-ESéc, l'usage d'un chien pour l'exécution des activités régies par le concordat doit être au bénéfice d'une autorisation qui n'est accordée que s'il est démontré par un test d'aptitude que le maître-chien est apte à conduire son chien et que le chien utilisé est formé. Pour les maîtres-chiens et leur chien, si le canton de provenance les a déjà autorisés, l'autorité compétente vaudoise examine la reconnaissance de l'autorisation ou de l'attestation d'aptitude et détermine si le requérant doit repasser tout ou partie le test d'aptitude prévu par le C-ESéc, respectivement dans une directive de la Commission concordataire (art. 10a al. 4 C-ESéc).

62. Le C-ESéc ne contient que des critères (personnels) d'accès au marché, mais aucune disposition sur la procédure d'accès au marché ; il se contente de renvoyer à une directive de la Commission concordataire relative aux « modalités de la reconnaissance ». Toutefois, l'examen du site internet de la police cantonale vaudoise<sup>46</sup> n'a pas permis d'identifier une directive spécifique. De plus, dans la mesure où le canton de Vaud n'a transmis aucune décision, il n'est pas possible d'examiner sa pratique d'octroi de l'accès au marché dans le domaine des services privés de sécurité.

63. S'agissant de la LMI, il convient à titre préliminaire d'examiner son application en regard du C-ESéc. Du point de vue du droit du marché intérieur, lorsqu'un concordat règle la reconnaissance des certificats de capacité (et par là la libre-circulation des titulaires de tels actes) alors son application prime la LMI (art. 4 al. 4 LMI). En revanche, si ledit concordat n'accorde pas à tout le moins des droits identiques à ceux de la LMI, alors celle-ci s'applique subsidiairement en tant que standard minimal.<sup>47</sup> Dans le cas présent, la libre-circulation et les reconnaissances des autorisations et certificats de capacité au sein de l'espace concordataire n'est pas en cause. À l'inverse, pour les offreurs externes au territoire du C-ESéc, la LMI est et reste applicable.

64. À la lumière des réponses du canton de Vaud, il apparaît que les autorités vaudoises compétentes pour l'application du C-ESéc n'appliquent pas la LMI aux offreurs extracantonaux, respectivement « extraconcordataires ». En pratique, en présence de tels offreurs l'autorité compétente vaudoise doit concrètement comparer les prescriptions applicables au lieu de provenance avec celle du C-ESéc et examiner si la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI est réfutée. La présomption d'équivalence concerne tant les conditions d'accès au

---

<sup>44</sup> Cf. pt 2.3.1 de la Directive du 28 mai 2009 concernant le concordat du 18 mai 1996 sur les entreprises de sécurité (Directive générale ; disponible à l'adresse : [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/organisation/dse/polcant/fichiers\\_pdf/12a.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dse/polcant/fichiers_pdf/12a.pdf)) ainsi que pt I et II de la Directive du 3 juin 2004 concernant l'exigence d'honorabilité (disponible à l'adresse : [http://www.vd.ch/fileadmin/user\\_upload/themes/securite/police/fichiers\\_pdf/exigence\\_honorabilite.pdf](http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/securite/police/fichiers_pdf/exigence_honorabilite.pdf)).

<sup>45</sup> Comme le canton de Vaud l'a fait remarquer dans sa réponse.

<sup>46</sup> En particulier l'adresse : <http://www.vd.ch/themes/securite/police/entreprises-de-securite/>.

<sup>47</sup> Cf. ATF 136 II 470, consid. 5.1 s., 5.2.

marché personnelles que professionnelles. Par ailleurs, c'est uniquement si la présomption d'équivalence est réfutée et que les conditions de l'article 3 LMI sont respectées, compte tenu des attestations de sécurité et certificats (art. 3 al. 2 let. b LMI) et de l'expérience (art. 3 al. 2 let. d LMI), que des conditions et des charges peuvent être prononcées, telles que par exemple la réussite d'un examen.

65. S'agissant des **conditions professionnelles**, si le canton de provenance prévoit également des conditions professionnelles d'accès au marché, la présomption d'équivalence ne peut pas être réfutée. En conséquence aucune restriction relative à des conditions professionnelles, sous la forme de charge ou de condition, ne peut être prononcée. Par ailleurs, s'il appert qu'au lieu de provenance l'autorisation délivrée correspond à un **certificat de capacité** (cf. p. ex. art. 10a C-ESéc pour les maîtres-chiens et leur bête), alors l'autorité vaudoise compétente pourra la reconnaître sur la base de l'article 4 LMI, mais devra dans tous les cas accorder l'accès au marché sans autre formalité que la production de ladite autorisation, sur la base du principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI).

66. En revanche, si aucun examen n'est prévu au lieu de provenance alors les prescriptions d'accès ne sont pas équivalentes à celles du C-ESéc et la présomption d'équivalence peut être réfutée. Toutefois, conformément à l'article 3 al. 2 let. d LMI, l'expérience du requérant extracantonal, respectivement « extraconcordataire », devra être prise en compte. Ainsi, l'autorité vaudoises en charge de l'application du C-ESéc pourra restreindre l'accès au marché par le biais de charges et de conditions relative à la formation professionnelle aux requérants en provenance de tels cantons. Toutefois de telles restrictions devront également concerner les offreurs locaux (« intraconcordataires »), être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Une restriction est en soit disproportionnée au sens de l'article 3 al.2 let. d LMI lorsqu'une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être assurée par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance. Dans le cas présent, cela signifie que l'autorité vaudoise d'application du C-ESéc ne pourra pas prononcer de restriction d'accès au marché lorsque l'agent de sécurité indépendant ou employé en provenance d'un tel canton dispose de suffisamment d'expérience professionnelle.<sup>48</sup> Du point de vue de la COMCO, trois ans suffisent.<sup>49</sup>

67. S'agissant des **conditions personnelles**, si le canton de provenance prévoit aussi des conditions personnelles d'accès au marché, la présomption d'équivalence ne peut pas être réfutée. Dans ce cas, l'autorité vaudoise ne pourra ni examiner l'application des dispositions du C-ESéc, ni procéder à un réexamen des conditions personnelles d'accès au marché, ni demander une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle » ou « Letter of Good Standing »). Une exception doit néanmoins être examinée pour la demande d'une telle attestation, malgré des prescriptions d'accès au marché. En effet, cela peut être justifié dans la mesure où le canton de Vaud, respectivement le C-ESéc prévoit le réexamen périodique des conditions personnelles cruciales pour l'exercice de l'activité et limite dans le temps l'autorisation, alors que le canton de provenance (« extraconcordataire »), lui, ne prévoit qu'un examen unique lors de la délivrance de la première décision pour une durée indéterminée. En conséquence, afin de pouvoir appliquer ce réexamen périodique, il peut être justifié d'admettre que les autorités vaudoises en charge de l'application du C-ESéc puissent requérir des offreurs une attestation de bonne conduite et émettre une décision limitée dans le temps.

68. En revanche, si le canton de provenance ne prévoit aucune condition personnelle d'accès au marché, les prescriptions pourront être considérées comme non équivalentes et le prononcé de charges ou de conditions conformément à l'article 3 LMI sera possible.

---

<sup>48</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1102.

<sup>49</sup> Expertise de la COMCO du 5 décembre 2016 sur l'admission des offreurs externes de prestations de sécurité sur le territoire des cantons partie au Concordat du 12 novembre 2010 sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées.

69. Finalement, pour garantir l'aptitude personnelle des personnes en provenance d'un canton qui ne prévoit aucune obligation d'autorisation pour les services de sécurité privés, dans la mesure où le canton de Vaud pourra alors partir du principe que la présomption d'équivalence est réfutée, les autorités d'application du C-ESéc pourront restreindre l'accès au marché par le biais de charges ou de conditions. Concrètement, les requérants devront requérir de leur commune de domicile ou de leur siège, la mise en œuvre d'un examen de leur probité (bonne conduite et bonnes mœurs) conformément aux directives adoptées en application du C-ESéc. Cette charge vaut aussi pour les personnes en provenance des cantons parties au C-ESéc (art. 3 al. 1 let. a LMI) et vise à la protection de la sécurité publique (art. 3 al. 1 let. b LMI). Le contrôle de l'aptitude personnelle est en principe apte et indispensable à garantir la protection de la sécurité publique du risque engendré par des fournisseurs de prestations de sécurité privés inapte d'un point de vue caractériel. Cet examen par l'autorité de la probité pour les offreurs qui exercent à leur lieu de provenance extracantonal (et « extraconcordataire ») et désirent exercer dans le canton de Vaud, respectivement dans l'espace concordataire du C-ESéc, est tout à fait tolérable. Afin de respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI), un requérant devra dans tous les cas être autorisé lorsque l'autorité compétente de son lieu de provenance a attesté de son impeccable probité. En outre, le principe de la proportionnalité doit aussi être respecté dans l'exercice du pouvoir d'appréciation. L'autorisation ne peut qu'exceptionnellement être refusée, lorsque l'attestation de bonne conduite de l'autorité compétente du lieu de provenance mentionne des manquements concrets qui sont de nature à mettre en danger la sécurité publique et permettent de douter de la capacité du requérant à exercer sa profession d'agent de sécurité.<sup>50</sup>

70. Dans tous les cas, la procédure d'accès au marché devra être simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

71. En conclusion, les autorités vaudoises compétentes, ou les organes concordataires du C-ESéc, devraient examiner pour chaque canton non membre du concordat les conditions applicables à l'exercice des activités soumises au C-ESéc afin d'établir pour chaque canton de provenance un guide ou une procédure standard d'accès au marché (concordataire) conforme à la LMI (cf. ci-dessus, ch. 64 ss). Cette mesure est rendue indispensable par l'exigence d'une procédure d'accès au marché simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI) compte tenu des grandes divergences des prescriptions d'accès à l'exercice des activités soumises au C-ESéc.

### **3 Professions régies par le droit fédéral (fédéralisme d'exécution)**

72. Le point 3 examine l'admission par le canton de Vaud des personnes en provenance d'autres cantons pratiquant une activité régie par le droit fédéral. Dans cette optique, le point 3.1 explique les principes du droit du marché intérieur et le point 3.2, la pratique vaudoise dans le domaine des professions médicales universitaires et de la psychologie.

#### **3.1 Conditions-cadres du droit du marché intérieur**

##### **3.1.1 Le principe de l'accès libre au marché**

73. Dans certains domaines, l'accès au marché est matériellement harmonisé par le droit fédéral (**domaines harmonisés**) et mis en application par les cantons (fédéralisme d'exécution). Dans la pratique quotidienne des administrations cantonales des différences entre cantons sont inévitables, ce qui pose problème du point de vue du droit du marché intérieur, en

---

<sup>50</sup> Expertise de la COMCO du 5 décembre 2016 (note 49), ch. 99 ; Recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 47 s.

particulier lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique » du marché intérieur<sup>51</sup> constitue la *ratio legis* de l'article 2 al.6 LMI introduit lors la révision de 2005 de la LMI, sur proposition du parlement. Cette disposition devait assurer que les marchandises, les services et les prestations de travail conformes au droit fédéral puissent circuler librement.<sup>52</sup> Dans la mesure où une décision cantonale sur l'accès au marché est valable dans toute la Suisse, cela garantit, pour les domaines harmonisés, qu'aucune barrière ne soit engendrée par les différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

74. A titre de comparaison, l'accès intercantonal au marché dans les **domaines non-harmonisés** repose sur le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 2 à 4 LMI, cf. ci-dessus ch. 9 à 12) et sur la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI). Cette dernière signifie que les prescriptions d'accès au marché édictées par les cantons et entrant dans leur domaine de compétence sont équivalentes. Cette présomption se base sur la conviction que les besoins de protection de la population ne varient pas d'un canton à l'autre.<sup>53</sup> Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la présomption d'équivalence a pour effet d'interdire aux autorités du canton de destination de reconstruire les conditions professionnelles et personnelles d'autorisation applicable au lieu de provenance (cf. ci-dessus, ch. 9 et 15). En conséquence, il serait en soi contradictoire et non conforme avec l'article 95 al. 2 Cst. que les cantons puissent créer de nouvelles barrières au sein du marché intérieur du fait d'interprétations ou d'applications de critères divergents dans le cadre de l'exécution du droit fédéral **harmonisé**.

75. C'est pour cette raison que la LMI, en complément du principe du lieu de provenance, prévoit que les décisions cantonales qui constatent qu'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail est conforme au droit fédéral ou en autorise l'accès au marché sur la base de ce droit, sont applicable dans toute la Suisse. Si, dans les domaines non-harmonisés, l'autorité du lieu de destination ne peut pas revoir l'application du droit par l'autorité du lieu de provenance, alors cela vaut d'autant plus pour les domaines harmonisés. Lors des débats parlementaires, l'ancien Conseiller national DIDIER BURKHALTER avait expliqué que :

« Mais ce principe du "Cassis de Dijon" [...] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantionales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.

Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.

1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.

2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.

---

<sup>51</sup> ZWALD, (note 1), p. 399 ss, n° 51.

<sup>52</sup> DAVID HERREN, *Das Cassis de Dijon-Prinzip*, 2014, p. 220 ; YVONNE SCHLEISS, *Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten*, 2014, p. 319 ; Secrétariat de la COMCO, *Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés*, DPC 2006/2, p. 223 s.

<sup>53</sup> Message revLMI (note 12), 474

On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantionales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.

Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du "Cassis de Dijon" à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.

Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.

[...]

J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération "veille à créer un espace économique suisse unique". »<sup>54</sup>

76. Même si le parlement a principalement débattu de l'article 2 al. 6 LMI dans le domaine de l'admission des denrées alimentaires sur le marché, cette disposition ne se limite clairement pas à cette seule sphère, mais s'applique de manière générale, à savoir aussi aux services. En pratique, l'article 2 al. 6 LMI déploie ses effets par exemple pour l'admission sur le marché des prestataires de service d'élimination de déchets spéciaux qui est réglé au niveau fédéral par l'ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD ; RS 814.610). L'autorité cantonale octroie l'autorisation s'il ressort de la demande que l'entreprise d'élimination est en mesure d'éliminer les déchets de manière respectueuse de l'environnement (art. 10 al. 1 OMoD). L'article 8 OMoD précise en outre que toute entreprise d'élimination qui collecte des déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle doit disposer, pour chacun de ses sites d'exploitation, d'une autorisation de l'autorité cantonale concernée (al. 1). Selon le Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne, l'autorisation obtenue dans le canton d'Argovie pour l'exploitation d'une installation mobile de retraitement de déchet se base exclusivement sur le droit fédéral, de sorte qu'elle est valable pour toute la Suisse en application l'article 2 al. 6 LMI. Si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, une autorisation supplémentaire n'est pas nécessaire.<sup>55</sup>

### 3.1.2 Les exigences de la procédure d'accès au marché

77. La question de savoir si le refus de reconnaître une décision cantonale au sens de l'article 2 al. 6 LMI peut être justifié aux conditions de l'article 3 LMI se pose.

78. Selon une jurisprudence constante et la doctrine unanime les restrictions au principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) dans les domaines **non-harmonisés** peuvent être justifiées aux conditions de l'article 3 LMI. Comme évoqué au ch. 74 ci-dessus, la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI a pour effet d'interdire aux autorités cantonales du lieu de

---

<sup>54</sup> Cf. BO 2005 N 883

<sup>55</sup> TC BL, 810 12 244/198 du 31 Octobre 2012, *in* : URP 2013, 164 ; BR 2013, 278.

destination de réexaminer les critères d'accès au marché professionnels et personnels. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un recontrôle n'est admissible qu'en présence d'indices concrets indiquant que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.<sup>56</sup>

79. Les procès-verbaux des débats parlementaires au sujet de la révision de la LMI de 2005 font apparaître que le concept de l'actuel article 2 al. 6 LMI est né de la présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI. C'est sur demande de l'ancien Conseiller national BURKHALTER que le Conseil national a étendu la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) à l'application du droit fédéral par les cantons (fédéralisme d'exécution) et proposé la formulation suivante :

« L'application des principes indiqués ci-dessus présuppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons** »<sup>57</sup>

80. Le Conseil des États a accepté cette proposition de la Chambre Basse et a adopté l'article 2 al. 6 LMI dans sa teneur actuelle. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a alors expliqué :

« Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt. »<sup>58</sup>

81. Ensuite de quoi le Conseil national a adopté la proposition de la Chambre Haute.<sup>59</sup>

82. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit donc être valable dans toute la Suisse. Il n'y a donc en principe aucune marge de manœuvre pour mettre en doute l'application du droit fédéral par une autorité d'un autre canton et ainsi restreindre l'accès au marché. C'est précisément ce que l'article 2 al. 6 LMI vise à empêcher. Il en va de même pour les produits et services qui ne sont pas contrôlés avant leur mise sur le marché, mais qui sont uniquement soumis à une surveillance *a posteriori*. Lorsqu'à l'occasion d'un contrôle par échantillonnage, une autorité cantonale constate qu'un produit n'est pas conforme au droit fédéral, alors sa décision d'interdiction (décision négative) est également valable pour toute la Suisse en application de l'article 2 al. 6 LMI. Le Conseiller aux États EUGEN DAVID a expliqué :

« Lorsqu'un chimiste cantonal constate qu'un produit est mis sur le marché [NDR : sans contrôle préalable d'une autorité], mais ne respecte pas la législation sur les denrées alimentaires, il est de son devoir et de droit et de sa responsabilité d'interdire ce produit sur la base du droit des denrées alimentaires. Cette décision vaut toutefois pour toute la Suisse [...]. La personne concernée par cette décision devra alors se tourner vers l'autorité de recours. [...] L'autorité de recours décidera alors – elle aussi pour toute la Suisse – ce qu'il en est. C'est le fondement du concept de cette norme ; elle vaut donc également pour les décisions négatives. »<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II) ; cf. ég. ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II) ; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

<sup>57</sup> BO 2005 N 883.

<sup>58</sup> BO 2005 E 762.

<sup>59</sup> BO 2005 N 1620.

<sup>60</sup> BO 2005 E 763 s. ; traduction libre de « Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz. [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden. [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die

83. Ainsi, une décision cantonale au sens de l'article 2 al. 6 LMI est contraignante pour tous les autres cantons. Un nouveau contrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie à la jurisprudence relative à l'article 2 al. 5 LMI, tout au plus admissible lorsque, sur la base d'un fait nouveau, postérieur à la première décision de conformité, l'offreur ne remplit plus les conditions requises par le droit fédéral, ou lorsque l'autorité du lieu de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral. Toutefois dans la mesure où le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme, une restriction de l'accès au marché au sens de l'article 3 al.1 LMI est exclue.

## 3.2 Professions médicales universitaires et du domaine de la psychologie

84. La loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd ; RS 811.11) et la loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie, LPsy ; RS 935.81) définissent au niveau fédéral les conditions d'accès aux professions qui y sont soumises. Il convient de distinguer les procédures cantonales d'octroi des autorisations de pratiquer (pt 3.2.1) des procédures d'annonce dans le cadre de la circulation des prestations de services jusqu'à une durée de 90 jours par an (pt 3.2.2). Dans ces cas, les principes du droit du marché intérieur s'appliquent de manière subsidiaire.<sup>61</sup> En particulier, une personne titulaire d'une autorisation cantonale de pratiquer qui désire être active dans un autre canton a le droit selon la LMI a une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al.4 LMI).

### 3.2.1 Autorisation de pratiquer

85. Dans le domaine des professions médicales, les conditions d'admission à l'exercice indépendant de la profession sont réglées au niveau fédéral à l'article 36 LPMéd. Cette disposition exige entre autres que le requérant soit digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (art. 36 al. 1 let b LPMéd). L'autorisation, délivrée par l'autorité du canton où l'activité est exercée, n'est valable que sur le territoire de celui-ci (art. 34 LPMéd).

86. La LPsy a une structure identique à la LPMéd. Les conditions d'autorisation professionnelles et personnelles y sont fixées à son article 24. La délivrance et la validité de l'autorisation obéissent aux mêmes principes que pour la LPMéd (art. 22 al. 1 LPsy). Toutefois, à la différence de la LPMéd, la LPsy contient le principe selon lequel toute personne titulaire d'une autorisation de pratiquer délivrée conformément à cette loi est présumée remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Cette disposition concrétise le principe général du droit du marché intérieur de l'article 2 al. 6 LMI qui prévoit que les décisions cantonales sur la conformité au droit fédéral, dans le cas de la LPsy que les conditions d'autorisation sont remplies, sont applicables dans toute la Suisse.

87. Les procédures d'accès au marché pour les **professions** entrant dans les champs d'application de la **LPMéd** et de la **LPsy** sont menées par l'Office du médecin cantonal<sup>62</sup> assisté du pharmacien cantonal et par le SCAV<sup>63</sup> pour les professions du domaine vétérinaire. Ces deux offices requièrent la production des documents suivants à l'appui d'une demande d'accès

---

Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »

<sup>61</sup> Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210 ; Message du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277 ; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n<sup>os</sup> 1082 à 1092.

<sup>62</sup> Rattaché au Département de la santé et de l'action sociale (DSAS).

<sup>63</sup> Rattaché au Département de du territoire et de l'environnement (DTE).



au marché : formulaire de demande d'autorisation, copie de l'autorisation délivrée par le canton de provenance (« première autorisation »), curriculum vitae actuel, copie du/des diplômes et autres titres postgrades et certificats, copie d'une pièce d'identité (pour le SCAV avec photo visible ; le site internet de l'Office du médecin cantonal ne mentionne toutefois pas ce document<sup>64</sup>), attestation de couverture d'assurance responsabilité civile professionnelle. L'Office du médecin cantonal exige en outre la transmission d'une attestation de bonne conduite (« Letter of Good Standing ») délivrée par l'autorité compétente du canton de provenance. Le SCAV demande quant à lui un extrait original du casier judiciaire, un certificat médical attestant de l'aptitude à exercer la profession ainsi que le cas échéant, la copie du permis de séjour et les adresses des différents lieux d'activité prévus.

88. L'Office du médecin cantonal a déclaré contacter l'autorité compétente du lieu de provenance en cas de doute et que la procédure était gratuite.

89. Le SCAV a quant à lui expliqué que la procédure était gratuite mais qu'aucune autorisation n'était délivrée tant que l'ensemble des conditions ne sont pas remplies.

90. L'Office du médecin cantonal n'a pas fourni de réponse en ce qui concerne les documents à joindre à une demande d'accès au marché pour les **psychothérapeutes non-médecins** qui désirent exercer à titre indépendant. Selon le site internet de l'Office du médecin cantonal<sup>65</sup>, il est nécessaire de transmettre un formulaire de demande d'autorisation, la copie de l'autorisation du canton de provenance, la copie du diplôme, un curriculum vitae ainsi qu'une attestation de bonne conduite établie par l'autorité compétente du lieu de provenance. La procédure est gratuite.

91. Le fédéralisme d'exécution comporte le risque que des conditions d'accès au marché, telles que la notion d'être « digne de confiance », soient interprétées et appliquées de manière différente entre les cantons. Cette marge d'interprétation ne doit pas conduire à établir des entraves à la libre circulation, d'autant plus que la libre circulation est garantie par le principe du lieu de provenance de l'article 2 al. 1 à 5 LMI dans le domaine des professions de la santé non harmonisées par du droit fédéral (cf. à ce sujet, ch. 7 ss, ci-dessus). Il serait en soi contradictoire et non conforme à l'article 95 al. 2 Cst. que la libre circulation dans les domaines non harmonisés régis par le droit cantonal, la libre circulation fonctionne mieux que les domaines harmonisés par le droit fédéral. C'est pour cette raison que l'article 2 al. 6 LMI prévoit que les décisions d'une autorité cantonale selon laquelle un requérant remplit les conditions de l'article 36 LPMéd lient les autres cantons. En conséquence, il apparaît que l'article 2 al. 6 LMI comprend non seulement les décisions sur la conformité au droit fédéral des conditions d'accès au marché professionnelles, mais également personnelles.

92. Il découle de ce qui précède que l'interdiction du recontrôle présomption d'équivalence de l'article 2 al. 5 LMI imposée par le Tribunal fédéral doit valoir d'autant plus pour les cas d'application de l'article 2 al. 6 LMI (cf. ch. 74, ci-dessus). Un (re)contrôle *a posteriori* des conditions d'autorisation par le canton de Vaud n'est possible qu'en présence d'éléments concrets indiquant que la personne ne remplissait pas les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral au moment de la première décision ou qu'elle ne les remplit plus depuis lors.<sup>66</sup> A titre d'exemple, le fait que le requérant soit entre temps tombé gravement malade pourrait amener à considérer que les conditions d'un exercice irréprochable ne soient pas (plus) données. Si les conditions fédérales ne sont pas (plus) réunies, alors le canton de Vaud peut refuser d'octroyer une autorisation et dans le même temps retirer la première autorisation (art. 38 LPMéd

---

<sup>64</sup> Cf. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisation-de-pratiquer/liste-des-professionnels/medecin/pratiquer-a-titre-independant-ou-dependant/>.

<sup>65</sup> Cf. <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/autorisation-de-pratiquer/liste-des-professionnels/psychotherapeute-non-medecin/psychotherapeute-non-medecin-conditions-doctroi/>, lettre C).

<sup>66</sup> Arrêt du TF 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 ; ATF 135 II 12, consid. 2.4 ; arrêt du TF 2C\_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3.

et art. 26 LPsy). Les autorités cantonales se doivent de s'accorder l'entraide administrative et se renseigner mutuellement pour les cas disciplinaires (art. 42 et 44 LPMéd, art. 29 et 31 LPsy).

93. Puisque les décisions sur la conformité au droit fédéral d'une autorité cantonale lient tous les autres cantons et qu'un (re)contrôle *a posteriori* des conditions fédérales d'autorisation est illicite, il convient de poser la question du droit du canton de Vaud de demander des documents tels qu'une attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle » ; au sujet de la problématique de ce type de document, cf. ch. 19 à 23, ci-dessus), un extrait du casier judiciaire ou un certificat médical. À cela s'ajoute que la LPMéd (art. 42 et 44) et la LPsy (art. 29 et 31) contiennent toute deux une clause d'entraide administrative autorisant les autorités compétentes cantonales à échanger des informations sur la validité de l'autorisation ou toute autre violation des devoirs professionnels. De plus les autorités cantonales ont accès au Registre des professions médicales (« MedReg », <https://www.medregom.admin.ch>) qui leur fournit les informations suivantes :

- Personne des professions médicales avec diplôme fédéral ou étranger reconnu ;
- Informations au sujet de la formation postgrade/spécialisation ;
- Autorisations de pratiquer (uniquement pour les praticiens indépendants) ;
- Adresse des cabinets ;
- Personnes des professions médicales étrangères qui ne peuvent exercer à titre indépendant en Suisse pendant maximum 90 jours par an ;
- Global Location Number (GLN) : numéro d'identification de la personne des professions médicales enregistrée.

94. Ainsi, un formulaire de demande rempli et une copie de l'autorisation de pratiquer délivrée par le canton de provenance (« première autorisation ») devraient en principe être suffisants pour juger de l'octroi de l'accès au marché au sens de l'article 2 al. 6 LMI. Les informations accessibles par le biais de l'entraide administrative et de MedReg sont suffisantes pour contrôler la véracité des indications fournies par le requérant. Dans le cas où une procédure disciplinaire est pendante dans un autre canton, le canton de Vaud peut ajourner sa décision jusqu'à droit connu dans ladite procédure, en application par analogie des articles 43 al. 4 LPMéd et 30 al. 4 LPsy. En outre, s'il s'avérait, sur la base des indications du formulaire de demande d'accès au marché, qu'une condition d'autorisation pourrait ne plus être remplie, alors le canton de Vaud serait légitimé à demander au requérant d'autres informations et documents.

95. Dès l'entrée en fonction du registre des professions de la psychologie (PsyReg<sup>67</sup>), les mêmes principes que ci-dessus s'appliqueront sans autres aux personnes qui dispose d'une autorisation délivrée sur la base de la LPsy par un autre canton.

96. Par ailleurs, le canton de Vaud pourrait restreindre une autorisation aux points de vue temporel, géographique et/ou technique (art. 37 LPMéd et art. 25 LPsy) aux fins d'assurer une des prestations « fiables et de qualité ». Dans le mesure où un requérant disposerait déjà d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par un autre canton, de telles restrictions sont soumises aux principes de l'accès au marché de la LMI. Lorsque le canton de Vaud entend délivrer une autorisation assortie d'une ou plusieurs charges et/ou conditions à un requérant extracantonal, alors, conformément à l'article 3 al. 2 let. b LMI, les autorités cantonales doivent justifier chacune d'elles par un intérêt public prépondérant. En tant que tel, il ne peut s'agir que de garantir des prestations « fiables et de qualité ». Au surplus, toute restriction (charge et/ou condition) au sens de l'article 3 al.1 LMI doit s'appliquer de la même

---

<sup>67</sup> Cf. <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00411/?lang=fr>.

façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 2 let. a LMI) et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 2 let. c LMI).<sup>68</sup>

97. Finalement, la gratuité appliquée tant par l'Office du médecin cantonal que par le SCAV aux procédures d'accès au marché des personnes titulaires d'une autorisation de pratiquer délivrée sur la base de la LPMéd et la LPsy par un autre canton est conforme à l'article 3 al. 4 LMI.

### 3.2.2 Annonce pour activité de 90 jours

98. Tant la LPMéd que la LPsy prévoient que les personnes admises à pratiquer dans un autre canton peuvent être actives sur le territoire vaudois pendant 90 jours sans devoir détenir une autorisation délivrée par le canton de Vaud. Pour des cas, seul suffit le devoir de s'annoncer annuellement (art. 35 al. 2 LPMéd et art. 23 al. 1 LPsy). Cette réglementation vise à éliminer une discrimination à rebours des offreurs confédérés face aux personnes en provenance des États membres de l'UE et de l'AELE puisque, sur la base de l'Accord de libre circulation et l'Accord AELE, elles ont le droit d'être actives en Suisse pendant 90 jours par an.

99. Lors de l'introduction de cette réglementation pour les rapports intercantonaux, le législateur a omis le fait que les articles 2 al. 6 et 3 al. 4 LMI confèrent aux titulaires d'une autorisation LPMéd ou LPsy le droit d'en obtenir une autre dans un autre canton, d'une durée indéterminée, par le biais d'une procédure simple, rapide et gratuite. Cette procédure d'autorisation conforme à la LMI est moins contraignante que la répétition annuelle de la procédure d'annonce pour une activité de 90 jours, de sorte que cette dernière est obsolète.<sup>69</sup> L'Office du médecin cantonal et le SCAV devrait attirer l'attention des requérants d'une autorisation dans le canton de Vaud pour activité durant 90 jours au sens des articles 35 al. 2 LPMéd ou 23 al. 1 LPsy sur leur droit à requérir une autorisation pour une durée indéterminée.

100. Dans les cas d'espèce, les principes du droit du marché intérieur évoqué ci-dessus (cf. ch. 85 à 93) au sujet de la procédure d'autorisation ordinaire s'appliquent par analogie également à l'autorisation pour 90 jours. En conséquence, le canton de Vaud ne peut requérir la production uniquement d'un formulaire de demande d'accès au marché et de la décision basée sur la LPMéd ou la LPsy du canton de provenance, à l'exclusion de tout autre document, sauf juste motif (cf. ch. 94 *in fine*). Les autorités vaudoises peuvent en tout temps contrôler la véracité des renseignements reçus par le biais de l'entraide administrative et le registre MedReg (ainsi que le futur PsyReg). La procédure doit en outre être gratuite.

## 4 Résultats et recommandations

101. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO parvient aux conclusions suivantes :

### A. **Recommandations quant à la pratique du canton de Vaud concernant l'accès au marché de personnes externes au canton pour les activités économiques régies par le droit cantonal (professions de la santé, restauration, enseignement des sports de neige aux mineurs, commerce d'occasions, garde d'enfants et services de sécurité) :**

A-1. Les autorités compétentes vaudoises doivent en premier lieu examiner l'accès au marché sur la base de la **décision du lieu de provenance ainsi que sa législation** (art. 2 al. 1 à 4 LMI). D'une part, l'application du droit vaudois implique dans

---

<sup>68</sup> Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210 ; Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277 ; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1091.

<sup>69</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1362.

tous les cas que les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). D'autre part, elle n'aura lieu qu'en tant que charges et/ou conditions justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI.

- A-2. En lieu et place d'attestation de bonne conduite (« certificat de situation professionnelle » ou « Letter of Good Standing »), le canton de Vaud doit permettre aux requérants à l'accès au marché de **fournir une procuration** aux autorités compétentes vaudoises afin qu'elles puissent se renseigner auprès de leur homologue du canton de provenance.
- A-3. Les autorités vaudoises doivent examiner une requête d'accès au marché même lorsque le droit du lieu de provenance ne prévoit pas soumet **pas à autorisation** ou à l'obtention d'un **certificat de capacité** l'exercice de l'activité concernée. Les formulaires de demande d'accès au marché devront en conséquence être adaptés. Lorsque les autorités vaudoises refusent une autorisation pour cause de lacune au niveau des critères professionnels (p. ex. : pas de certificat de capacité ou certificat non équivalent), elles devront le motiver conformément aux conditions de l'article 3 al. 1 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.
- A-4. Le canton de Vaud ne peut procéder à un contrôle des conditions personnelles d'autorisation (en particulier par le biais d'un extrait du casier judiciaire) uniquement lorsque le canton du lieu de provenance ne les a pas déjà contrôlées. À chaque fois que les autorités vaudoises compétentes refusent une autorisation pour cause de manquement au niveau des critères personnels (p. ex. : jugement entré en force), elles devront le motiver conformément aux conditions de l'article 3 al. 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.
- A-5. Les autorités compétentes du canton de Vaud ne peuvent prélever absolument aucun émolument pour les décisions relatives à l'accès au marché sur la base de la loi sur le marché intérieur (art. 3 al. 4 LMI).
- A-6. Le canton de Vaud doit explicitement fonder ses décisions sur l'article 2 al. 3 LMI (libre circulation des prestations) ou l'article 2 al. 4 LMI (liberté d'établissement).
- A-7. L'autorité cantonale vaudoise compétente devrait établir des directives sur la procédure d'accès au marché conforme à la LMI des prestataires de services de sécurité en provenance de cantons non-membres du C-ESéc.

**B. Recommandations relatives à la pratique du canton de Vaud au sujet de l'accès au marché des personnes titulaires d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par les autorités d'un autre canton :**

- B-1. Le canton de Vaud doit en premier lieu examiner le droit à l'accès au marché à la lumière de la décision basée sur la LPMéd ou la LPsy émise par l'autorité du lieu de provenance.
- B-2. Le canton de Vaud doit contrôler l'exactitude des indications fournies sur le formulaire *ad hoc* à l'aide des informations des registres MedReg et PsyReg de même que par le biais de l'entraide administrative auprès des autorités du canton de provenance ; il doit en outre renoncer à demander un certificat de situation professionnelle (« Lettre of Good Standing »).
- B-3. Le canton de Vaud doit renoncer à demander à la production d'extraits du casier judiciaire et d'attestations d'assurance responsabilité civile professionnelle dans la mesure où les autorités du canton de provenance sont déjà en possession de tels documents.

- B-4. Le canton de Vaud doit rendre les personnes qui demandent une autorisation pour une activité de 90 jours au sens des articles 35 al. 2 LPMéd ou 23 al. 1 LPsy attentives au fait qu'elles peuvent demander sans autre une autorisation illimitée.

## **COMMISSION DE LA CONCURRENCE**

Prof. Dr Vincent Martenet  
Président

Dr Rafael Corazza  
Directeur