

| | |
|-------|--|
| B 2.8 | 2. Recommandation du 26 septembre 2016 concernant la pratique administrative du canton de Berne en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux à l'attention du Conseil-exécutif du canton de Berne |
|-------|--|

Recommandation

du 26 septembre 2016

dans le cadre de l' Enquête au sens de l'art. 8 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur

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

à l'attention du Conseil-exécutif du canton de Berne

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, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Les autorités et les tribunaux transmettent spontanément à la COMCO une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI afin que celle-ci puisse accomplir son mandat de surveillance (art. 10a al. 2 LMI).

2. Par courrier du 30 novembre 2012, la COMCO a attiré l'attention des cantons sur leur devoir de communication des décisions rendues en application de la LMI et les a priés de lui transmettre à tout le moins les décisions qui restreignent l'accès au marché. 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 extracantonaux 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 a examiné les pratiques administratives cantonales en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux sous l'angle du respect des exigences de la LMI. L'étude a porté notamment sur l'accès aux professions médicales réglées par le droit cantonal et par le droit fédéral (professions médicales universitaires et professions de la psychologie) ainsi qu'aux domaines vétérinaire, de l'hôtellerie-restauration et de la garde d'enfants.

4. La COMCO a examiné les réponses et les décisions reçues à la lumière de la LMI et constaté que le canton de Berne respecte en grande partie les exigences de cette loi. Dans le domaine des professions médicales, les autorités bernoises octroient l'accès au marché aux requérants titulaires d'une autorisation exerçant licitement d'un autre canton en application de la LMI. Sous l'angle des documents demandés toutefois, il y a un potentiel d'amélioration du point de vue du droit du marché intérieur. Dans les domaines de l'hôtellerie-restauration et de l'accueil d'enfant en revanche, les autorités bernoises n'ont jusqu'à présent pas appliqué la LMI. Si, de l'avis de la COMCO, des prescriptions, des pratiques ou des décisions cantonales ne sont pas conformes à la LMI, la COMCO le fera savoir au Conseil-exécutif du canton de Berne par une recommandation au sens de l'art. 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 exécutées par les cantons (pt 3). Les résultats et recommandations sont résumés au point 4.

2 Professions réglées par le droit cantonal

6. Le point 2 examine la pratique du canton de Berne en matière d'autorisation des personnes extracantonales à exercer une activité lucrative réglementée par le canton. Les principes du droit régissant le marché intérieur sont énumérés au point 2.1, et le point 2.2 se penche sur la pratique appliquée par le canton de Berne dans les professions médicales régies par le droit cantonal (2.2.1), la restauration (2.2.2) et la garde d'enfants (2.2.3).

2.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

2.1.1 Les principes du libre accès au marché

7. L'art. 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.¹ Le **principe du lieu de provenance** institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI

¹ NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, 2016, n° 1212 ss.; Le Mème, *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° 1 ad art. 2; THOMAS ZWALD, *Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éds), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2^e éd., Bâle 2007, p. 399 ss., n°s 34 à 43.

concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1. Ce principe s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement.²

- *Liberté de service*: aux termes de l'art. 2 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- *Liberté d'établissement*: selon l'art. 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.

8. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale 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 Berne (lieu de destination)³ 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 Berne (réfutation de la présomption d'équivalence conformément à l'art. 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 automatiquement et sans charges l'accès au marché à l'offreur externe.⁴ Dans le cas de prescriptions d'accès au marché non équivalentes, l'autorité du canton de Berne 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'intérêts publics prépondérants et respecte les principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI).⁵ Au sens de l'art. 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 suffisants;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé;

- 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. 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.⁶

2.1.2 Les 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.⁷

12. Aux termes de l'art. 3 al. 4 LMI, toute restriction au sens de l'art. 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

² 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, ZBl 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 Winterthour (en allemand uniquement), DPC 2012/2, p. 438 ss., ch. 14 ss.

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

⁴ 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 Thurgovie); recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 17 s.

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

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

⁷ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 203 ss.

des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.⁸ Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'art. 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.⁹

13. Outre les exigences de l'art. 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.¹⁰ Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle de la LMI.¹¹ Le principe du lieu de provenance, renforcé suite à 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 du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur (message revLMI)¹² est explicite à cet égard: « 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. » Toutefois, afin que les autorités du canton de Berne soient à même d'examiner si l'équivalence des prescriptions d'accès au marché est acquise 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. À cela s'ajoute que les autorités du canton de Berne exercent la surveillance des offreurs externes établis sur le territoire cantonal (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 le 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] ». ¹³ 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'art. 3 al. 1 LMI qui doit ainsi être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité.¹⁴ 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 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).¹⁵ Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'art. 3 al. 4 LMI impose en tout état de cause une procédure simple, rapide et gratuite (cf. ci-dessus, ch. 12).

2.1.3 En résumé

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

- En application de l'art. 2 al. 3 et 4 LMI, les autorités bernoises 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'art. 3 al. 1 LMI sont réunies que les autorités du canton de Berne peuvent appliquer le droit bernois. C'est uniquement dans ce cadre strict et en tant que charges ou conditions que les dispositions bernoises trouveront application.
- Le seul fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises dans le canton de Berne n'implique pas automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence.¹⁶ Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit automatiquement être accordé à un offreur externe.¹⁷

⁸ 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° 76 s.

⁹ ATF 123 I 313, consid. 5.

¹⁰ Au sujet de la LMI dans sa version de 1995, ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalman): « 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 du droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

¹¹ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1357.

¹² FF 2005 I 421 ss., 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 Saint-Gall] ohne Weiteres ausüben ».

¹³ Message revLMI (note 12), p. 440.

¹⁴ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359; Recommandation de la COMCO, Taxi (note 2), ch. 23 s.; d'un autre avis HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9^e éd., Zurich 2012, no 735.

¹⁵ DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1359.

¹⁶ Au sujet de la jurisprudence concernant la réfutation de la présomption d'innocence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n° 1311 ss.

¹⁷ ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II).

- 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'art. 3 al. 1 LMI, à savoir établir que 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 Berne ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'une documentation standard concernant des critères personnels, 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.¹⁸ En effet, les conditions d'autorisation du canton de Berne ne sont pas applicables en vertu de l'art. 3 al. 1 LMI, de sorte qu'il ne saurait être question de produire des pièces justificatives pour prouver que ces conditions bernoises sont remplies. Le contrôle systématique des prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance par les autorités bernoises 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); c'est aussi, aux yeux du Tribunal fédéral, faire fi de la présomption d'équivalence énoncée à l'art. 2 al. 5 LMI.¹⁹ 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.²⁰

2.2 Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés

2.2.1 Professions médicales régies par le droit cantonal

16. La mise en œuvre des procédures d'autorisation dans les professions médicales régies par le droit cantonal est confiée à trois autorités différentes, à savoir l'Office des personnes âgées et handicapées (OPAH), l'Office du pharmacien cantonal (OPHC) et l'Office du médecin cantonal (OMC). Il ressort des réponses fournies dans le cadre de l'enquête que ces trois autorités évaluent les demandes des offreurs extracantonaux selon des procédures d'accès au marché quasi identiques. Elles exigent en tout cas une copie de l'autorisation d'exercer établie au lieu de provenance, une copie du certificat de capacité et un certificat de bonne conduite du canton qui a établi la première autorisation. L'OPAH et l'OMC requièrent en plus un extrait original du casier judiciaire central et une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle.

17. S'agissant des requérants hors canton, l'OMC se fonde expressément sur les conditions d'autorisation applicables au lieu de provenance et n'applique les prescriptions du canton de Berne que dans les conditions prévues à l'article 3 LMI. Il dispose d'un formulaire

ad hoc²¹, qui tient compte des particularités de la procédure d'autorisation répondant aux exigences de la LMI.

18. Ces trois offices ne prélèvent ni émoluments ni frais pour le traitement des demandes d'offreurs extracantonaux.

19. En application des principes relatifs au marché intérieur énumérés en préambule, la procédure d'accès au marché pour les offreurs extracantonaux est évaluée comme suit:

20. Les offreurs extracantonaux ne disposent d'un droit d'accès au marché fondé sur le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) que dans la mesure où ils exercent leur activité conformément au droit de ce lieu. 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 du canton de Berne exigent la production d'une copie de l'**autorisation d'exercer** établie au 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'art. 2 al. 1 à 4 LMI existe même si l'activité n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance.²² 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 Berne permet toutefois de considérer que les prescriptions d'accès au marché ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). Le canton de Berne 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. 25).

21. On peut encore se demander si, eu égard à l'exigence de mettre en place une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI), il est admissible de requérir un **certificat de bonne conduite**. Compte tenu du principe du lieu de provenance, un certificat de bonne conduite ne peut servir à vérifier les conditions personnelles d'autorisation du droit bernois. Un tel document peut toutefois permettre de vérifier que le requérant remplit les conditions applicables au lieu de provenance au moment de la demande d'accès au marché, si

¹⁸ 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 »; v. également arrêt du TF 2P.316/1999 du 23 mai 2000, consid. 2d (avocat Vaud).

¹⁹ 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).

²⁰ Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); v. 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).

²¹ www.gef.be.ch/gef/fr/index/gesundheit/gesundheit/gesundheits_beru_fe.html

²² ZWALD (note 1), n° 48; DIEBOLD (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.

l'autorisation est encore valide et, le cas échéant, si elle est assortie de charges ou de conditions et, enfin, si des procédures disciplinaires sont en cours. Sous l'angle du droit du marché intérieur, il s'agit de veiller à ce que le requérant extracantonal ait en principe droit à une procédure d'accès au marché gratuite (art. 3 al. 4 LMI). Or les autorités du lieu de provenance prélèvent des émoluments pour l'établissement d'un certificat de bonne conduite, ce qui permet de contourner le principe de gratuité de la procédure. Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner si exiger un certificat de bonne conduite se justifie.

22. Relevons que le canton de Berne doit établir une autorisation fondée sur la LMI même si le requérant fait l'objet d'une procédure disciplinaire dans le canton de provenance. Le droit à l'accès au marché est lié à la condition que l'activité soit exercée légalement dans le canton de provenance. Une procédure disciplinaire en cours n'a pas encore d'effet sur la légalité de l'activité exercée au lieu de provenance. Si des mesures disciplinaires n'entraînent pas le retrait de la première autorisation, elles ne constituent pas un motif suffisant pour refuser de délivrer une autorisation d'accès au marché bernois. C'est seulement lorsque le retrait de l'autorisation établie au lieu de provenance entre en force et que l'exercice de l'activité n'y est plus conforme au droit que le canton de Berne doit lui aussi retirer l'autorisation établie selon les exigences de la LMI.

23. On peut donc se demander si un certificat de bonne conduite destiné à vérifier la validité de la première autorisation est indispensable. En principe, une autorisation de durée indéterminée est valable et indique, le cas échéant, toutes les charges ou conditions prononcées. On pourrait bien sûr imaginer qu'un requérant extracantonal présente la copie d'une autorisation révoquée pour soutirer une autorisation dans le canton de Berne. Afin d'exclure ce genre de risque, il est dans l'intérêt du canton de Berne d'obtenir une confirmation de l'autorité compétente du canton de provenance attestant que la première autorisation de durée indéterminée est encore valide. Si la première autorisation est un document de durée limitée, ce risque n'existe pas puisque le titulaire sera amené à demander une nouvelle autorisation à l'échéance de la précédente et à la présenter au canton de Berne.

24. Dans la mesure où la LMI préconise une procédure simple et gratuite, il vaut mieux que les autorités bernoises prennent directement langue avec l'autorité compétente du lieu de provenance et vérifient elles-mêmes la validité de la première autorisation. Le requérant extracantonal devrait avoir tout au moins le choix entre déposer un certificat de bonne conduite ou autoriser l'autorité bernoise à prendre des renseignements auprès de l'autorité du canton de provenance. Dans ce dernier cas, il appartient à l'autorité bernoise de solliciter un certificat de bonne conduite auprès de son homologue, sans refacturer les émoluments éventuels au requérant.

25. Les trois autorités bernoises exigent également toutes une copie du **certificat de capacité**, par exemple le diplôme d'infirmier CRS, un certificat de capacité reconnu de droguiste ou un titre postgrade en psychothérapie. La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoyant

que les conditions d'autorisation ne peuvent pas être réexaminées s'applique dans ce contexte (cf. ci-dessus, ch. 15). Si les qualifications professionnelles ont déjà été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance, l'autorité bernoise n'a pas le droit de les reconstrôler, compte tenu de la présomption d'équivalence visée à l'art. 2 al. 5 LMI. Si l'activité en question est admissible dans le canton de provenance sans conditions spécifiques²³, le canton de Berne peut vérifier les qualifications professionnelles après renversement de la présomption d'équivalence et dans les conditions visées à l'article 3 LMI; il devra toutefois tenir compte notamment de l'expérience professionnelle tel que le prévoit l'art. 3 al. 2 let. d LMI. En résumé, exiger un certificat de capacité ne se justifie que dans de rares cas, c'est-à-dire que la demande doit être examinée même si le requérant dépose uniquement la première autorisation, valide, mais pas de certificat de capacité. Exiger explicitement la copie d'un certificat de capacité dans le formulaire est propre à dissuader les offreurs externes non titulaires d'un tel certificat de déposer une demande.

26. Les mêmes considérations s'appliquent à l'**extrait du casier judiciaire**, exigé systématiquement par les trois autorités en version originale. La présomption d'équivalence et l'interdiction de contrôle s'appliquent, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, aux conditions d'autorisation tant professionnelles que personnelles.²⁴ Si les critères personnels ou spécifiques, en particulier l'extrait du casier judiciaire, ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du lieu de provenance, l'autorité bernoise n'est pas autorisée à reconstrôler ces conditions ni, par conséquent, à exiger un extrait du casier judiciaire.

27. La preuve d'une couverture d'**assurance responsabilité civile professionnelle** est en principe admissible²⁵; aux termes de l'art. 3 al. 2 let. b LMI, les attestations de sécurité et certificats fournis au lieu de provenance doivent être pris en considération. Cette condition est remplie par la procédure d'accès au marché de l'OMC, lequel accepte la preuve d'une assurance équivalente couvrant les risques découlant de l'activité professionnelle.

28. Point très positif à relever: un **formulaire séparé** est prévu pour les requérants hors canton, et le principe de la **gratuité** de l'art. 3 al. 4 LMI est respecté.

29. Il n'y a pas lieu de critiquer les **décisions rendues** pour les requérants extracantonaux. Une seule suggestion est émise: les décisions doivent s'appuyer non seulement sur l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance cantonale sur la santé publique (RSB 811.111) et la première autorisation, mais aussi sur l'art. 2 al. 3 LMI (commerce des services) ou l'art. 2 al. 4 LMI (établissement).

²³ Le principe du lieu de provenance prévu à l'article 2 alinéas 1 à 4 LMI s'applique même si l'activité au lieu de provenance est admissible sans autorisation ou sans exigences en termes de qualifications professionnelles (cf. note 22).

²⁴ Cf. note 19.

²⁵ Arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3c.

2.2.2 Hôtellerie-Restauration

30. Les préfectures sont chargées d'accorder les autorisations pour l'hôtellerie et la restauration. La procédure d'autorisation se fonde sur la loi sur l'hôtellerie et la restauration (RSB 935.11). Il ressort des réponses fournies dans le cadre de l'enquête que les requérants extracantonaux qui sont déjà titulaires d'une autorisation établie dans un autre canton en obtiennent une s'ils satisfont aux conditions de la loi bernoise sur l'hôtellerie et la restauration, dont celle de posséder un certificat de capacité; les certificats de capacité des autres cantons suisses, le certificat de GastroSuisse et d'autres diplômes sont reconnus. Outre la copie du certificat de capacité, la demande d'autorisation doit être accompagnée d'un extrait du casier judiciaire, d'une copie de la carte des boissons ainsi que de l'autorisation d'exploiter l'établissement à reprendre. La procédure d'autorisation pour les requérants extracantonaux est également soumise à une redevance.

31. La révision de la LMI de 2005 visait notamment à introduire la liberté d'établissement pour les offreurs qui sont liés à une infrastructure pour exercer leur activité lucrative. Le Conseil fédéral avait évoqué en particulier le cas des restaurateurs²⁶, qui ne pouvaient pas alors tirer parti de la libre circulation des personnes du fait de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la LMI dans sa version de 1995.²⁷ Depuis le 1^{er} juillet 2006, le principe du lieu de provenance s'applique également aux professionnels de l'hôtellerie-restauration (art. 2 al. 4 LMI), c'est-à-dire que ceux-ci peuvent s'installer dans un autre canton en produisant la première autorisation de leur canton de provenance²⁸ et en appliquant les prescriptions du canton de provenance.

32. En conséquence, les préfectures du canton de Berne ne peuvent appliquer les conditions de la loi sur l'hôtellerie et la restauration aux requérants extracantonaux que si ces conditions n'ont pas encore été examinées par l'autorité du canton de provenance (art. 2 al. 5 LMI; ci-dessus, ch. 15) et si les conditions prévues par cette loi sont justifiées en vertu des exigences de l'art. 3 LMI (cf. ci-dessus, ch. 9).

33. Au vu de ce qui précède, la préfecture bernoise compétente doit exiger principalement du requérant extracantonal l'autorisation d'exploiter établie au lieu de provenance. Si la personne requérante hors canton possède une première autorisation valable ou si elle exerce son activité licitement sans avoir besoin d'une autorisation à son lieu de provenance, l'art. 2 al. 4 LMI lui donne le droit d'obtenir une autorisation dans le canton de Berne.

34. S'agissant de la procédure d'autorisation bernoise, cela signifie qu'il n'est admis d'exiger un **extrait du casier judiciaire** des offreurs externes uniquement si leur réputation n'a pas encore fait l'objet d'un contrôle par l'autorité du canton de provenance. Si l'autorisation du canton de Berne est refusée à un requérant extracantonal en raison d'une inscription au casier judiciaire, la décision doit justifier le fait que le refus est indispensable à la protection d'un intérêt public et qu'il respecte le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). En d'autres termes, il faut qu'il y ait un intérêt public menacé par la commission d'une infraction et lié à la conduite d'un

hôtel ou d'un restaurant, sans quoi l'autorisation ne peut être refusée.

35. S'agissant de l'exigence d'un **certificat de capacité**, il y a lieu de remarquer que le canton de Berne reconnaît tous les certificats de capacité cantonaux, si bien que l'exigence de l'art. 4 al. 1 LMI est satisfaite. Toutefois, le principe du lieu de provenance visé à l'art. 2 al. 4 LMI garantit l'accès au marché même si l'activité est exercée légalement dans le canton de provenance sans certificat.²⁹ En d'autres termes, les restaurateurs extracantonaux ont librement accès au marché bernois même si leur canton de provenance n'exige pas de certificat de capacité. Même si, en pareil cas, la présomption d'équivalence est réfutable (art. 2 al. 5 LMI), la préfecture bernoise compétente peut assortir l'autorisation de charges ou conditions uniquement dans les conditions énumérées à l'article 3 LMI. Concrètement, il s'agit de justifier le fait que le certificat de capacité exigé est indispensable à la protection d'un intérêt public et qu'il respecte le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). L'expérience professionnelle acquise par le requérant extracantonal est ici un élément important à prendre considération (art. 3 al. 2 let. d LMI).

36. Exiger une copie de la **carte des boissons** pour vérifier si les prescriptions cantonales relatives à la vente d'alcool sont respectées ne pose pas de problème. Il en est de même de l'**autorisation de l'établissement à reprendre** qui doit répondre aux exigences du canton de Berne.

37. Enfin, il y a lieu de constater que la pratique actuelle du canton de Berne en matière d'autorisation ne remplit pas les exigences de l'art. 3 al. 4 LMI, dans le sens où une **redevance** est demandée aux requérants extracantonaux. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la procédure doit être gratuite pour les offreurs extracantonaux (cf. ci-dessus, ch. 12).

2.2.3 Garde d'enfants

38. L'Office des mineurs (OM) octroie des autorisations aux structures d'accueil collectif de jour privées et fonctionne à titre d'autorité de surveillance conformément à l'ordonnance réglant le placement d'enfants (OPE, RSB 213.223; OPE, RS 211.222.338). Les exigences ont été concrétisées dans les directives relatives à l'octroi d'une autorisation pour les structures d'accueil collectif de jour privées. Une demande doit être déposée pour obtenir une première autorisation, accompagnée des documents figurant sur la « Liste de contrôle: pièces à joindre à la demande ». Cette règle s'applique à tous les requérants, indépendamment de leur lieu de provenance.

²⁶ Message revLMI (note 12), 440.

²⁷ V. également arrêt du TF 2P.362/1998 relatif à l'article 2 LMI, dans la version de 1995; cf. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), n^{os} 1218 à 1225.

²⁸ Décision du 24 mars 2015 du Département de justice et police du canton de Lucerne relative à l'autorisation d'exploiter, DPC 2015/2, p. 160.

²⁹ Cf. ci-dessus, note 22.

39. Les personnes à la tête d'une structure d'accueil collectif de jour doivent déposer une demande assortie des pièces suivantes:

- curriculum vitae,
- copie des diplômes de fin de formation,
- preuve d'une formation adéquate en matière de conduite,
- copie des certificats de travail,
- références (deux en général),
- certificats médicaux conformément au mémento « État de santé requis des personnes assumant la direction de structures d'accueil collectif de jour et de leurs collaborateurs »,
- extrait actuel du casier judiciaire: extrait et extrait spécial destinés à des particuliers (originaux),
- extrait actuel du registre des poursuites (original),
- copie du contrat de travail,
- description du poste,
- cahier des charges.

40. Les personnes qui travaillent dans une structure d'accueil collectif de jour doivent déposer une demande assortie des pièces suivantes:

- preuve de l'affiliation à une assurance-accidents selon la LAA (une assurance contre la perte de gain et pour indemnités journalières en cas de maladie est conseillée),
- preuve de l'inscription à la caisse de compensation pour l'AVS/AI/APG (dès qu'elle est disponible),
- descriptifs des postes,
- cahiers des charges,
- copie des contrats de travail (s'ils ont déjà été établis; sinon, les transmettre dès qu'ils sont disponibles),
- liste des collaborateurs et mention de leur formation et de leur taux d'occupation (dès que ces informations sont disponibles),
- état des postes,
- confirmation formelle de la direction attestant que tous les collaborateurs ont transmis les extraits de leur casier judiciaire.

41. Les réponses fournies dans le cadre de l'enquête donnent à penser que la législation sur le marché intérieur n'a pas été prise en considération jusqu'ici. L'OM examine également, s'agissant de requérants extracantonaux, si les conditions prévues par l'ordonnance cantonale réglant le placement d'enfants sont remplies. Les émoluments prélevés chez les offreurs provenant de l'intérieur et de l'extérieur du canton sont les mêmes. Les émoluments pour la première autorisation s'élèvent à 500 francs, contre 300 francs pour ceux prélevés en cas de modifications des conditions (extension des locaux, nouvelle direction, etc.)

42. L'exploitation d'une structure d'accueil collectif de jour est une activité lucrative privée qui entre dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). En conséquence, les personnes habilitées à fonctionner en tant que directeur ou collaborateur d'une structure d'accueil collectif dans un canton sont également autorisées à exercer leur fonction dans le canton de Berne, selon les prescriptions en matière de provenance. Les principes résumés ci-dessus au ch. 15 sont donc applicables.

43. Si une personne est déjà titulaire d'une autorisation valable dans un autre canton et que des conditions professionnelles et personnelles équivalentes s'appliquent dans le canton de provenance (art. 2 al. 5 LMI), l'accès au marché bernois doit être accordé automatiquement. Un recontrôle des conditions d'autorisation n'est en principe pas admissible dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ci-dessus, ch. 15).

44. En revanche, si des conditions d'autorisation personnelles et professionnelles moins strictes s'appliquent au lieu de provenance et que la présomption d'équivalence est réfutable (art. 2 al. 5 LMI), le canton de Berne peut appliquer son propre droit aux conditions prévues à l'article 3 LMI. Si l'application du droit bernois donne lieu à des charges ou à des conditions, il convient de justifier en particulier dans quelle mesure ces charges ou conditions sont indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants et si les principes de proportionnalité et de non-discrimination sont respectés (art. 3 al. 1 LMI). L'expérience professionnelle acquise par le requérant extracantonale, notamment, doit aussi être prise en considération (art. 3 al. 2 let. d LMI).

45. Outre les personnes physiques, l'entreprise dispose également, en tant qu'institution, d'un droit de libre circulation.³⁰ L'OM doit faire cas, dans le cadre de la procédure d'autorisation, de l'existence, par exemple, d'un concept pédagogique, d'un plan d'exploitation et d'organisation ou d'un programme d'hygiène et tenir compte notamment des assurances, des statuts, de la publicité, des prospectus qui ont déjà été contrôlés et jugés admissibles par l'autorité d'un autre canton. Si c'est le cas, l'OM ne peut fixer d'autres charges ou conditions que dans les conditions prévues à l'article 3 LMI.

46. Enfin, il convient de souligner que la procédure d'accès au marché doit être gratuite pour les offreurs extracantonaux (art. 3 al. 4 LMI; ci-dessus, ch. 12).

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

47. Le point 3 examine l'admission par le canton de Berne 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 bernoise dans le domaine des professions médicales universitaires et de la psychologie.

³⁰ NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, in: DPC 2012/3, p. 526.

3.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

3.1.1 Le principe du libre accès au marché

48. 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 particulier lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique » du marché intérieur³¹ constitue la *ratio legis* de l'art. 2 al. 6 LMI introduit lors la révision de la LMI de 2005, 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.³² 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 sera créée par les différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

49. À 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.³³ 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 à l'art. 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**.

50. C'est pour cette raison que la LMI, en complément au principe du lieu de provenance, prévoit que les décisions cantonales qui constatent qu'une marchandise, un service ou une prestation de travail est conforme au droit fédéral ou autorisent l'accès au marché sur la base de ce droit, sont applicables 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 s'était exprimé en ces termes:

« 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.

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».³⁴

51. Même si le Parlement a principalement débattu de l'art. 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, donc aussi aux services.

³¹ ZWALD (note 1), p. 399 ss., no 51.

³² 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.

³³ Message revLMI (note 12), 430.

³⁴ BO 2005 N 883.

52. En pratique, l'article 2 al. 6 LMI déploie ses effets par exemple pour l'autorisation d'élimination de déchets spéciaux qui est réglée 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 réceptionne 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 des déchets se base exclusivement sur le droit fédéral, de sorte qu'elle est valable pour toute la Suisse en application de l'art. 2 al. 6 LMI. Si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, une autorisation d'élimination de déchets spéciaux supplémentaire n'est pas nécessaire.³⁵

3.1.2 Les exigences de la procédure d'accès au marché

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

54. 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'art. 3 LMI. Comme évoqué au ch. 49 ci-dessus, la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI a pour effet d'interdire aux autorités cantonales du lieu de destination de réexaminer les critères professionnels et personnels d'accès au marché. 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.³⁶

55. Les procès-verbaux des débats parlementaires au sujet de la révision de la LMI de 2005 font apparaître que le concept de l'actuel art. 2 al. 6 LMI est né de la présomption d'équivalence de l'art. 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 pré-suppose 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.** »³⁷

56. Le Conseil des États a accepté cette proposition de la Chambre basse et a adopté l'art. 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. »³⁸

57. Ensuite de quoi le Conseil national a adopté la proposition de la Chambre haute.³⁹

58. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit dès lors 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:

« Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [NDR: sans contrôle préalable d'une autorité] 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 Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »⁴⁰

59. Ainsi, une décision cantonale au sens de l'art. 2 al. 6 LMI est contraignante pour tous les autres cantons. Un recontrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie avec la jurisprudence relative à l'art. 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

³⁵ TC BL, 810 12 244/198 du 31 octobre 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

³⁶ Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); v. 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).

³⁷ BO 2005 N 883.

³⁸ BO 2005 E 762.

³⁹ BO 2005 N 1620.

⁴⁰ 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 Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »

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'art. 3 al.1 LMI est exclue.

3.2 Professions médicales universitaires et professions de la psychologie

60. 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 bien faire la distinction entre la procédure d'autorisation cantonale (pt 3.2.1) et la procédure d'annonce pour la libre prestation de services entre les cantons pendant une durée de 90 jours au plus par an (pt 3.2.2). A souligner à cet égard que les principes régissant le droit du marché intérieur s'appliquent à titre subsidiaire.⁴¹ En particulier, une personne déjà titulaire d'une autorisation cantonale qui a l'intention d'exercer dans un autre canton a droit, en vertu de la LMI, à une procédure d'autorisation simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

3.2.1 Autorisation de pratiquer

61. Dans le domaine des professions médicales universitaires, 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).

62. La LPsy a une structure identique à la LPMéd. Les conditions d'autorisation professionnelles et personnelles sont fixées à l'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 énoncé à l'art. 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.

63. Les procédures d'autorisation pour les professions entrant dans le champ d'application respectivement de la LPMéd et de la LPsy sont menées par l'OMC, l'OPHC et le Service vétérinaire. Ces trois offices exigent des personnes provenant d'un autre canton qui sont déjà en possession d'une autorisation une copie en cours de validité du document établi par l'autre canton, un certificat de bonne conduite et une copie du diplôme. L'OMC et le Service vétérinaire demandent en plus un extrait du

casier judiciaire et une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle.

64. L'OMC examine les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral sur la base du certificat de bonne conduite et des données figurant dans le registre des professions médicales (MedReg). Le Service vétérinaire vérifie lui aussi les informations à l'aide du MedReg, alors que l'OPHC ne réexamine pas les conditions d'autorisation.

65. Le fédéralisme d'exécution recèle le risque que des conditions sujettes à interprétation, par exemple la notion de fiabilité (« être digne de confiance »), soient appliquées plus ou moins sévèrement d'un canton à l'autre. Cette marge d'interprétation ne doit pas créer de nouvelles entraves à la libre circulation, d'autant que la libre circulation est garantie par le principe du lieu de provenance inscrit à l'art. 2 al. 1 à 5 LMI dans le domaine des professions médicales non harmonisé au niveau fédéral (cf. ci-dessus, ch. 7 ss.). Il serait en soi contradictoire et incompatible avec l'art. 95 al. 2 Cst. que la libre circulation dans les domaines non harmonisés régis par le droit cantonal fonctionne mieux que dans les domaines harmonisés. C'est pourquoi l'art. 2 al. 6 LMI prévoit que les décisions d'une autorité cantonale selon laquelle un requérant remplit les conditions de l'art. 36 LPMéd lient les autres cantons. Dès lors, l'art. 2 al. 6 LMI comprend non seulement les décisions cantonales sur la conformité des qualifications professionnelles, mais aussi la décision sur la conformité des qualifications personnelles avec le droit fédéral.

66. On peut en déduire que l'interdiction du Tribunal fédéral concernant le contrôle développé sur la base de la présomption d'équivalence prévue à l'art. 2 al. 5 LMI doit d'autant plus s'appliquer à l'art. 2 al. 6 LMI (cf. ci-dessus, ch. 49). Un contrôle des conditions d'autorisation par le canton de Berne 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 délivrance de la première autorisation ou ne les remplit plus entièrement depuis lors.⁴² Par exemple, le requérant pourrait ne plus présenter, à cause d'une maladie grave survenue dans l'intervalle, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de sa profession. Si les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral ne sont pas ou plus réunies, le canton de Berne doit refuser de délivrer l'autorisation, et la première autorisation doit être retirée (art. 38 LPMéd et art. 26 LPsy). À cet effet, les autorités cantonales compétentes s'accordent l'assistance administrative et s'informent mutuellement des cas disciplinaires (art. 42 et 44 LPMéd et art. 29 et 31 LPsy).

⁴¹ 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^{os} 1082 à 1092.

⁴² 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.

67. Puisque les décisions sur la conformité avec le droit fédéral d'une autorité cantonale lient les autres cantons et qu'un recontrôle des conditions prévues par le droit fédéral est en principe illicite, on peut se demander si le canton de Berne peut vraiment exiger des documents tels qu'un certificat de bonne conduite (au sujet de la problématique des certificats de bonne conduite, cf. ci-dessus, ch. 21 à 24) ou un extrait du casier judiciaire. Qui plus est, les articles 42 et 44 LPMéd et art. 29 et 31 LPsy contiennent une disposition réglant l'assistance administrative, qui permet aux autorités cantonales d'échanger des informations sur la validité de l'autorisation et, le cas échéant, des violations des devoirs professionnels. Ainsi les autorités cantonales ont accès aux informations suivantes figurant sur le MedReg:

- professionnels de la santé titulaires d'un diplôme fédéral ou d'un diplôme délivré à l'étranger et reconnu,
- informations concernant la formation continue ou la spécialisation,
- autorisations de pratiquer (uniquement pour les activités professionnelles exercées à titre indépendant),
- adresses de cabinet,
- professionnels de la santé étrangers autorisés à exercer leur profession à titre indépendant en Suisse pendant 90 jours au plus par année civile,
- numéro d'identification des professionnels de la santé enregistrés (*Global Location Number*, GLN).

68. Au vu de ce qui précède, il est clair qu'un formulaire de demande dûment rempli et une copie de la première autorisation établie dans le canton de provenance doivent en principe suffire pour l'autorisation prévue à l'art. 2 al. 6 LMI. Les informations qui peuvent être obtenues de l'assistance administrative et du MedReg sont suffisantes pour examiner l'exactitude des données du requérant. Si une procédure disciplinaire est en cours dans un autre canton, le canton de Berne peut en principe, par analogie avec les art. 43 al. 4 LPMéd et 30 al. 4 LPsy, reporter l'octroi de l'autorisation jusqu'à l'issue de celle-ci. Si les données figurant sur le formulaire donnent à penser qu'une condition d'autorisation pourrait ne plus être remplie dans l'intervalle, le canton de Berne peut exiger du requérant d'autres informations et pièces en vue de clarifier ce point.

69. Dès que le registre des professions de la psychologie (PsyReg) sera introduit, ces principes s'appliqueront également aux personnes titulaires d'une autorisation établie dans un autre canton en vertu de la LPsy.

70. Par ailleurs, le canton de Berne pourrait soumettre une autorisation à des restrictions temporelles, géographiques ou techniques pour garantir des soins médicaux de qualité (art. 37 LPMéd et 25 LPsy). Dans la mesure où un requérant est déjà titulaire d'une autorisation LPMéd ou LPsy délivrée par un autre canton, ces charges sont soumises aux principes de la LMI régissant l'accès au marché. Si le canton de Berne accorde une autorisation soumise à des restrictions ou assortie de charges à un requérant provenant d'un autre canton, il

doit justifier la mesure en invoquant des intérêts publics prépondérants, conformément à l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Le seul intérêt public prépondérant est la nécessité de garantir des soins médicaux fiables et de qualité (art. 37 LPMéd et 25 LPsy). En outre, les restrictions ou charges cantonales visées à l'art. 3 al. 1 LMI doivent s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 1 let. a LMI) et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI).⁴³

71. À noter enfin que l'OMC, l'OPHC et le Service vétérinaire mènent gratuitement la procédure d'autorisation pour les personnes déjà titulaires d'une autorisation délivrée par un autre canton dans les domaines entrant dans le champ d'application de la LPMéd et de la LPsy, respectant ainsi le principe de la gratuité visé à l'art. 3 al. 4 LMI.

3.2.2 Annonce pour activité de 90 jours

72. Tant la LPMéd que la LPsy prévoient que les personnes admises à pratiquer dans un autre canton peuvent être actives sur le territoire bernois pendant 90 jours sans devoir détenir une autorisation délivrée par le canton de Berne. Pour ces 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 suisses face aux personnes en provenance des États membres de l'UE et de l'AELE puisque, sur la base de l'accord sur la libre circulation des personnes et de la Convention AELE, elles ont le droit d'être actives en Suisse pendant 90 jours par an.

73. Lors de l'introduction de cette réglementation pour les rapports intercantonaux, le législateur a omis le fait que les art. 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 fastidieuse que la répétition annuelle de la procédure d'annonce pour une activité de 90 jours, de sorte que cette dernière est obsolète.⁴⁴ L'OMC, l'OPHC et le Service vétérinaire devraient attirer l'attention des requérants extracantonaux qui annoncent une activité de 90 jours au sens de l'art. 35 al. 2 LPMéd ou de l'art. 23 al. 1 LPsy dans le canton de Berne sur la possibilité qui leur est offerte de requérir purement et simplement une autorisation de pratiquer pour une durée indéterminée.

74. Dans les cas d'espèce, les principes du droit du marché intérieur évoqués plus haut (cf. ci-dessus, ch. 61 à 71) au sujet de la procédure d'autorisation ordinaire s'appliquent par analogie également à l'autorisation pour 90 jours. En conséquence, le canton de Berne ne peut requérir la production que 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

⁴³ 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.

⁴⁴ DIEBOLD, *Freizügigkeit* (note 1), n° 1362.

tout autre document. Les autorités bernoises peuvent en tout temps contrôler l'exactitude des renseignements reçus par le biais de l'assistance administrative et du MedReg (et du futur PsyReg). La procédure doit en outre être gratuite.

4 Recommandations

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

A. Recommandations concernant la pratique du canton de Berne relative à l'accès au marché de personnes externes pour l'exercice d'activités économiques régies par le droit cantonal (professions médicales, hôtellerie-restauration et garde d'enfants):

- A-1. Les autorités bernoises doivent examiner l'accès au marché en se fondant essentiellement sur l'autorisation établie par l'autorité du canton de provenance et sur les **prescriptions applicables au lieu de provenance** (art. 2 al. 1 à 4 LMI). L'application du droit bernois suppose que les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et que les prescriptions du droit bernois sont définies de manière explicite en tant que charges et justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI.
- A-2. Le canton de Berne doit permettre aux requérants externes de fournir aux autorités compétentes bernoises une **procuration**, au lieu d'un certificat de bonne conduite, afin que celles-ci puissent prendre des renseignements auprès de leur homologue du canton de provenance.
- A-3. Les autorités bernoises doivent examiner une demande selon le principe du lieu de provenance lorsque le requérant qui la dépose exerce légalement l'activité en question dans le canton de provenance, **sans autorisation ou sans certificat de capacité**. Il conviendrait d'adapter en conséquence le formulaire de demande. Lorsque les autorités bernoises refusent une autorisation pour cause de manque lié aux qualifications professionnelles (p. ex. pas de certificat de capacité ou certificat non équivalent), elles doivent le motiver conformément aux conditions de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.
- A-4. Le canton de Berne ne peut procéder à un contrôle des **conditions d'autorisation**

personnelles (en particulier par l'intermédiaire de l'extrait du casier judiciaire) que si les autorités du canton de provenance ne l'ont pas fait. Lorsque les autorités bernoises refusent une autorisation pour cause de manque lié aux critères personnels (p. ex. un jugement entré en force), elles doivent le motiver conformément aux conditions de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.

- A-5. **Aucun émolument** ne doit être prélevé pour les décisions relatives à l'accès au marché de requérants extracantonaux (art. 3 al. 4 LMI).
 - A-6. Le canton de Berne doit explicitement **fonder** ses décisions sur l'art. 2 al. 3 LMI (commerce des services) ou l'art. 2 al. 4 LMI (établissement).
- ##### B. Recommandations concernant la pratique du canton de Berne relative à 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 Berne doit examiner l'accès au marché en se fondant essentiellement sur l'autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy émise par l'autorité du canton de provenance.
 - B-2. Le canton de Berne doit contrôler l'exactitude des indications fournies sur le formulaire de demande à l'aide des informations du MedReg et du PsyReg et par le biais de l'assistance administrative auprès des autorités du lieu de provenance; il y a lieu de ne pas demander un certificat de bonne conduite.
 - B-3. Le canton de Berne ne doit demander la production ni d'extraits du casier judiciaire ni d'attestations d'assurance dans la mesure où ces pièces sont déjà en possession des autorités du canton de provenance.
 - B-4. Le canton de Berne doit attirer l'attention des personnes extracantonales qui demandent une autorisation pour une activité de 90 jours au sens des art. 35 al. 2 LPMéd ou 23 al. 1 LPsy sur la possibilité qui leur est offerte de requérir purement et simplement une autorisation de pratiquer pour une durée indéterminée.