

B 2.8	<b>3. Raccomandazione del 26 settembre 2016 concernente la Prassi amministrativa del Canton Berna riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni all'attenzione di Consiglio di Stato del Canton Berna</b>
-------	--

**Raccomandazione****del 26 settembre 2016**

Oggetto Indagine ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI

concernente **la Prassi amministrativa del Canton Berna riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni**

All'attenzione di Consiglio di Stato del Canton Berna

**1 Sommario**

1. La legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02) garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Essa può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8 cpv. 3 LMI). Affinché la COMCO possa assolvere questo mandato di esecuzione, le autorità amministrative e giudiziarie le trasmettono spontaneamente una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

2. In data 30 novembre 2012 la COMCO ha reso i Cantoni attenti all'obbligo di comunicazione e li ha sollecitati a trasmettere almeno le decisioni, secondo le quali il libero accesso al mercato ad un offerente esterno è stato limitato per mezzo di oneri o condizioni. Visto che negli ultimi tre anni diversi Cantoni non hanno trasmesso alcuna decisione, la COMCO ritiene che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni sia di principio garantito senza restrizioni. Per verificarlo, la COMCO ha deciso, sulla base dell'articolo 8 capoverso 3 LMI, di condurre un'indagine in materia di diritto del mercato interno nei Cantoni di Berna, Vaud e Ticino. Attraverso queste tre indagini verrà valutato se la prassi amministrativa cantonale rispetta le condizioni della LMI per quello che riguarda l'accesso al mercato per gli offerenti extracantionali.

3. Nel Canton Berna è stata esaminata la prassi amministrativa delle autorità cantonali in relazione alle seguenti attività economiche:

- professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale;
- professioni sanitarie universitarie regolate dal diritto federale (professioni mediche e psicologiche universitarie);
- settore veterinario;

- settore alberghiero e della ristorazione;
- custodia di bambini.

4. La COMCO ha esaminato le risposte che le sono state trasmesse dal punto di vista della LMI constatando che i requisiti di legge sono stati ampiamente rispettati. In particolare, nel settore delle professioni sanitarie le autorità competenti del Canton Berna valutano le domande di coloro che esercitano legittimamente la propria attività in un altro Cantone applicando la LMI. L'unico aspetto che può essere migliorato riguarda i documenti richiesti.

Al contrario, nel settore alberghiero e della ristorazione e in quello della custodia di bambini appare chiaro che finora la LMI non è stata rispettata. Nel caso in cui la COMCO ritenga che alcune regolamentazioni, prassi o decisioni cantonali non siano in conformità con la LMI, ciò verrà comunicato al Consiglio di Stato del Canton Berna tramite la presente raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI.

5. Conformemente alla sistematica della LMI, la presente indagine distingue tra attività lucrative regolate dal diritto cantonale (cap. 2) e attività lucrative regolate dal diritto federale con esecuzione cantonale (cap. 3). I risultati e le raccomandazioni sono riassunti al capitolo 4.

**2 Attività lucrative regolate dal diritto cantonale**

6. Il capitolo 2 analizza la prassi del Canton Berna per quanto riguarda l'autorizzazione di persone provenienti da altri Cantoni a esercitare attività lucrative regolate a livello cantonale. In particolare, il capitolo 2.1 illustra i principi del diritto del mercato interno, mentre il capitolo 2.2 esamina l'applicazione di questi principi in base alla prassi in materia di autorizzazione del Canton Berna nei seguenti ambiti: professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale (2.2.1), settore alberghiero e della ristorazione (2.2.2) e custodia di bambini (2.2.3).

**2.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno****2.1.1 Principio del libero accesso al mercato**

7. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato.<sup>1</sup> Questo diritto è concretizzato dai capoversi 3 e 4 dell'articolo 2 LMI, i quali sanciscono il

<sup>1</sup> NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, n. marg. 1212 segg.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, pag. 209 segg., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, art. 2 LMI n. marg. 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2a ed., Basilea 2007, pag. 399 segg., n. marg. 34-43.

**principio del luogo d'origine.** Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonali:<sup>2</sup>

- *Libera prestazione di servizi:* ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento:* secondo l'articolo 2 capoverso 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

8. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

9. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del Canton Berna (luogo di destinazione)<sup>3</sup> possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative concernenti l'accesso al mercato di natura generale-abstracta e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalle normative del Canton Berna (confutazione della **presunzione di equivalenza** ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna condizione.<sup>4</sup> Nei casi di normative non equivalenti, le autorità del Canton Berna devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'articolo 3 LMI**, ovvero è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI).<sup>5</sup> Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

10. Oltre al principio del luogo d'origine deve essere rispettato anche il principio di riconoscimento ai sensi

dell'articolo 4 LMI. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI i certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Questa disposizione costituisce un complemento al diritto di libero accesso al mercato conformemente alle prescrizioni del luogo d'origine. Il riconoscimento reciproco dei certificati di capacità serve a garantire che per le attività lucrative soggette ad autorizzazione il mercato interno svizzero non venga indebolito da condizioni d'autorizzazione cantonali o comunali diverse.<sup>6</sup>

### 2.1.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

11. Una procedura di autorizzazione formale rappresenta per gli offerenti esterni una restrizione amministrativa all'accesso al mercato, che, a seconda delle modalità e del settore, può avere effetti proibitivi. Anche solo la preparazione della documentazione per l'inoltro della domanda (compresi vari allegati, come ad esempio l'estratto del casellario giudiziale e l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti) comporta dispendi e costi che possono ostacolare l'accesso al mercato intercantionale.<sup>7</sup>

12. Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI eventuali decisioni concernenti le restrizioni secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita comprende la procedura d'esame in quanto tale e non si limita ai casi in cui le restrizioni dell'accesso al mercato sono state prese in considerazione o intimate.<sup>8</sup> Il diritto a una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera più ampia di

<sup>2</sup> Sul principio di origine: DTF 135 II 12 (accesso al mercato per psicoterapeuti); sentenze del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 (accesso al mercato per installatori sanitari) e 2C\_844/2008 del 15.5.2009 (accesso al mercato per terapeuti di medicina complementare); dalla dottrina ad es. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, pag. 129 segg., 142 segg.; Raccomandazione della COMCO del 27 febbraio 2012, in: DPC 2012/2, 440, n. marg. 14 segg., *Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur*.

<sup>3</sup> Nelle norme relative al mercato interno viene definito come «luogo di destinazione» il luogo in cui gli offerenti esterni intendono fornire la loro prestazione.

<sup>4</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenza del TF 2C\_57/2011 del 3.5.2011 consid. 3.4 (accesso al mercato di un installatore sanitario nel Canton Argovia); Raccomandazione della COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 17 segg.

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

<sup>6</sup> Messaggio del 23 novembre 1994 concernente la legge federale sul mercato interno (LMI), FF 1995 I 1025, in particolare pag. 1061.

<sup>7</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 203 segg.

<sup>8</sup> DTF 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 (cfr. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché»); 123 I 313, 323 consid. 5; 125 II 56, 63 segg. consid. 5b. Riguardo la cosiddetta «discriminazione alla rovescia» («Inländerdiskriminierung», «discrimination à rebours») cfr. sentenza del TF 2C\_204/2010 del 24.11.2011, consid. 8.3 in combinato disposto con consid. 7.1; ZWALD (n. 1), n. marg. 76 segg.

quanto formulato nella disposizione e si estende all'intera procedura di accesso al mercato. Una deroga al principio di una procedura gratuita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è ammessa solo in determinati casi, ad esempio quando il richiedente agisce abusivamente o la sua non collaborazione causa costi maggiori.<sup>9</sup>

13. Parallelamente alle esigenze procedurali previste dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, occorre osservare che, sulla base del principio del luogo d'origine, gli offerenti esterni possono esercitare la loro attività secondo le norme del loro luogo d'origine e senza restrizioni. Nella passata giurisprudenza relativa alla LMI nella versione del 1995 (di seguito: LMI 95), il Tribunale federale aveva stabilito che gli articoli 2 e 4 LMI 95 non limitano i Cantoni nell'organizzazione della procedura formale di accesso al mercato.<sup>10</sup> A seguito dell'entrata in vigore della revisione della LMI del 2005 (di seguito: LMI 2005) questa giurisprudenza deve essere relativizzata.<sup>11</sup> Dal punto di vista formale, il principio del luogo d'origine, rafforzato dalla revisione del 2005, significa che l'accesso al mercato intercantonale deve essere possibile senza alcuna formalità. Il messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI 2005 precisa a questo proposito che «*le persone interessate non saranno tenute a chiedere un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitarvi la loro attività. Potranno infatti esercitare tale attività in virtù dell'autorizzazione rilasciata nel luogo del primo domicilio*».<sup>12</sup> Tuttavia, per permettere alle autorità del Canton Berna di valutare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se eventualmente l'accesso al mercato deve essere limitato da oneri o condizioni, esse devono essere informate sull'attività dell'offerente esterno. Inoltre, le autorità bernesi esercitano la vigilanza sugli offerenti esterni che si sono stabiliti nel Cantone (art. 2 cpv. 4 LMI). Di conseguenza, deve esistere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni a un «controllo all'ingresso» e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione. Ciò viene previsto anche dal Consiglio federale nel messaggio concernente la revisione della LMI, quando stabilisce che «*spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio e, in particolare, per poter imporre oneri*».<sup>13</sup> Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.

14. Ogni procedura formale di accesso al mercato è quindi da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI e, in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.<sup>14</sup> L'imposizione di eventuali restrizioni del libero accesso al mercato e l'esercizio dell'obbligo di vigilanza (art. 2 cpv. 4 LMI) rappresentano interessi pubblici che possono giustificare una deroga all'accesso al mercato senza formalità. Nell'esame della proporzionalità è da considerare se l'offerente esterno, nel quadro della libera prestazione dei servizi, offre un servizio nel luogo di destinazione in maniera temporanea (art. 2 cpv. 3 LMI) o se si stabilisce a lungo termine (art. 2 cpv. 4 LMI).<sup>15</sup> Concretizzando il principio della proporzionalità, l'articolo 3 capoverso 4 LMI prevede l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita (n. marg. 12).

### 2.1.3 Sintesi

15. Dalle considerazioni precedenti si deduce che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni deve avvenire secondo i seguenti principi di diritto del mercato interno:

- in virtù dell'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI l'autorità competente del Canton Berna è tenuta a esaminare l'autorizzazione di offerenti esterni sulla base delle normative vigenti nel luogo d'origine;
- l'autorità bernese competente può applicare le normative vigenti nel Canton Berna unicamente se le normative del luogo d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e le condizioni per una restrizione attraverso oneri e condizioni ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Solo a queste condizioni le normative del Canton Berna, sotto forma di oneri e condizioni, possono essere dichiarate applicabili;
- il solo fatto che nel Canton Berna vigono delle condizioni di autorizzazione diverse o eventualmente più restrittive non comporta automaticamente la confutazione della presunzione di equivalenza.<sup>16</sup> Se nel caso concreto la presunzione di equivalenza non è confutata, allora l'accesso al mercato per l'offerente esterno deve essere senz'altro garantito;<sup>17</sup>
- se la presunzione di equivalenza viene confutata in un caso concreto, le autorità del Canton Berna devono motivare, con riferimento a ogni onere e condizione, in che misura le condizioni di interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte;

<sup>9</sup> DTF 123 I 313, 323 consid. 5.

<sup>10</sup> A proposito della LMI 95, DTF 125 II 56, 63 consid. 5a (RA 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.*»; DTF 125 II 406, 408 segg. consid. 3 (Cantone Appenzello Interno); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, pag. 110 segg.

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

<sup>12</sup> Messaggio concernente la modifica della Legge federale sul mercato interno del 24 novembre 2004, FF 2005 409, in particolare pag. 428 segg.; cfr. anche la sentenza del Tribunale cantonale del Canton Argovia (OGER AR) del 22 marzo 2007 consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «*Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben*».

<sup>13</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 429.

<sup>14</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1359; Raccomandazione COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 23 segg.; di un'altra opinione: HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9a ed. 2016, n. marg. 735.

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

<sup>16</sup> Sulla giurisprudenza dei tribunali riguardante la confutazione della presunzione di equivalenza vedi DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1311 segg.

<sup>17</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II).

- le autorità del Canton Berna non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.<sup>18</sup>. Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Canton Berna non si applicano, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI). Inoltre, secondo il Tribunale federale, aggira la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI.<sup>19</sup> Questo vale sia per le condizioni professionali che per quelle personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>20</sup>

## 2.2 Analisi e raccomandazione nei settori esaminati

### 2.2.1 Professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale

16. Nel Cantone lo svolgimento della procedura di autorizzazione nell'ambito delle professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale è affidato a tre diverse autorità: l'ufficio degli anziani e dei disabili (ALBA), l'ufficio del farmacista cantonale (KAPA) e l'ufficio del medico cantonale (KAZA). Dalle risposte al questionario emerge che queste autorità esaminano le domande degli offerenti esterni tramite procedure di accesso al mercato pressoché identiche. Tutte, infatti, richiedono una copia dell'autorizzazione all'esercizio della professione rilasciata dal Cantone d'origine, una copia del certificato di capacità e un nulla osta del Cantone che ha rilasciato la prima autorizzazione. L'ALBA e il KAZA esigono inoltre un estratto originale del casellario giudiziale e la prova della stipula di un'assicurazione di responsabilità civile professionale.

17. Nei confronti dei richiedenti esterni il KAZA si basa esplicitamente sulle condizioni di autorizzazione valide nel luogo d'origine e applica le prescrizioni del Canton Berna solo nei casi di cui all'articolo 3 LMI. Per i richiedenti che provengono da altri Cantoni è previsto un modulo specifico<sup>21</sup> che tiene conto delle peculiarità della procedura di autorizzazione della LMI.

18. Tutte e tre le autorità esaminano le domande degli offerenti esterni senza riscuotere emolumenti.

19. In applicazione dei principi del diritto del mercato interno la procedura di accesso al mercato per gli offerenti esterni viene valutata come segue.

20. In base al principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) gli offerenti esterni hanno il diritto di accedere al mercato se esercitano legittimamente la loro attività nel luogo d'origine. Al fine di verificare la legittimità dell'attività svolta nel luogo d'origine, le autorità del Can-

ton Berna fanno bene a richiedere una copia dell'**autorizzazione all'esercizio della professione** rilasciata nel luogo d'origine. Questa prassi si applica sempre se l'attività nel luogo d'origine è soggetta anch'essa all'obbligo di autorizzazione. Tuttavia, il diritto di accedere liberamente al mercato sancito dall'articolo 2 capoversi 1–4 LMI sussiste anche quando nel luogo d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione.<sup>22</sup> In questo caso la legittimità è già garantita dal quadro giuridico del luogo d'origine e quindi non può essere richiesta la copia dell'autorizzazione. Ad ogni modo, se l'obbligo di autorizzazione vigente nel Canton Berna si contrappone a una norma che non prevede il rilascio di un'autorizzazione, ciò significa che, in linea di massima, le norme sull'accesso al mercato non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). In questo caso il Canton Berna può limitare l'accesso al mercato tramite oneri in base alle disposizioni dell'articolo 3 LMI (n. marg. 15).

21. Di conseguenza, in virtù dell'obbligo di garantire una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI), viene da chiedersi se sia legittimo esigere un **nulla osta**. In base al principio del luogo d'origine, tale documento non può essere utilizzato per verificare i requisiti personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione previsti dal diritto bernese. Comunque, può permettere di stabilire se il richiedente soddisfa le condizioni valide nel luogo d'origine, se l'autorizzazione è ancora valida ed eventualmente vincolata a oneri e condizioni e se è in corso un procedimento disciplinare. Dal punto di vista del diritto del mercato interno occorre ricordare che gli offerenti esterni hanno il diritto di avvalersi di una procedura di accesso al mercato gratuita. Tuttavia, per il rilascio di un nulla osta le autorità del Cantone d'origine richiedono il pagamento di una tassa quindi questa norma viene violata. Alla luce di tutto ciò occorre verificare se la richiesta di un nulla osta è giustificata oppure no.

22. In questo contesto occorre notare che, in base alla LMI, il Canton Berna è tenuto a rilasciare l'autorizzazione anche se è in corso un procedimento disciplinare nel Cantone d'origine. Il diritto di accesso al mercato sussiste a condizione che l'attività venga esercitata legittimamente nel Cantone d'origine. Un procedimento disciplinare pendente non ha alcun effetto sulla legittimità dell'attività esercitata nel Cantone d'origine. Nemmeno le misure disciplinari che non prevedono la revoca della prima autorizzazione rappresentano un motivo per rifiutare il rilascio di un'autorizzazione nel Canton Berna. Solo se l'autorizzazione rilasciata nel

<sup>18</sup> DTF 123 I 313, 320 segg. consid. 4b (Avv. 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*»; in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23.5.2000 consid. 2d (avvocato del Canton Vaud).

<sup>19</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>20</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>21</sup> <http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/gesundheitsberufe.html>.

<sup>22</sup> ZWALD (n. 1), n. marg. 48; DIEBOLD (n. 1), n. marg. 1231; Rapporto annuale COMCO 2008, DPC 2009/1 14, 15; sentenze del TF 2C 844/2008 del 15.05.2009 consid. 4.2.1.

luogo d'origine viene revocata definitivamente facendo decadere l'esercizio legittimo dell'attività nel Cantone d'origine anche il Canton Berna è tenuto a revocare l'autorizzazione rilasciata in virtù della LMI.

23. Ci si chiede dunque se il nulla osta sia necessario per verificare la validità della prima autorizzazione. In linea di massima si presume che anche un'autorizzazione concessa a tempo indeterminato sia valida e che eventuali oneri e condizioni risultino direttamente dalla decisione. Tuttavia, si potrebbe verificare il caso molto raro in cui un richiedente esterno presenti la copia di un'autorizzazione revocata per ottenere in mala fede un'autorizzazione nel Canton Berna. Per escludere questo rischio l'autorità del Canton Berna ha interesse a disporre di una conferma da parte dell'autorità del Cantone d'origine che la prima autorizzazione concessa a tempo indeterminato è ancora valida. Nel caso delle prime autorizzazioni rilasciate a tempo determinato questo rischio non sussiste poiché dopo la scadenza il titolare viene riesaminato e deve esibire la nuova autorizzazione anche nel Canton Berna.

24. Poiché la LMI prescrive che la procedura sia semplice e gratuita, è preferibile che le autorità del Canton Berna prendano contatto direttamente con l'autorità competente del Cantone d'origine e verifichino autonomamente la validità della prima autorizzazione.

Il richiedente, inoltre, dovrebbe poter scegliere se presentare un nulla osta oppure autorizzare l'autorità del Canton Berna a effettuare accertamenti presso le autorità del Cantone d'origine.

In quest'ultimo caso spetta all'autorità del Canton Berna richiedere il nulla osta all'autorità omologa nell'altro Cantone senza addebitare eventuali tasse al richiedente.

25. Tutte e tre le autorità richiedono una copia del **certificato di capacità**, come ad esempio il diploma di infermiere registrato presso la CRS, un certificato di capacità riconosciuto di droghiere diplomato SSS o un diploma di psicoterapeuta. In questo ambito si applica la giurisprudenza del Tribunale federale, secondo cui le condizioni per l'autorizzazione non devono essere riverificate (n. marg 15). Se la competenza professionale è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine, il Canton Berna non può esaminarla di nuovo in quanto si applica la presunzione di equivalenza di cui all'articolo 2 capoverso 5 LMI. Se l'attività nel Cantone d'origine può essere svolta senza qualifiche professionali,<sup>23</sup> dopo aver confutato la presunzione di equivalenza e in base alle condizioni stabilite nell'articolo 3 LMI, il Canton Berna può verificare la competenza professionale, tenendo conto in particolare della pratica acquisita di cui all'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. In sintesi la richiesta di presentare certificati di capacità è giustificata solo in alcuni casi e la domanda deve essere esaminata anche se il richiedente presenta solo la prima autorizzazione valida non accompagnata da certificati di capacità. Poiché nel modulo di domanda si richiede espressamente una copia del certificato di capacità, ciò può dissuadere gli offerenti esterni sprovvisti di tale certificato dal presentare la domanda.

26. Le stesse considerazioni valgono per l'**estratto del casellario giudiziale**, che le tre autorità richiedono in

copia originale. Secondo il Tribunale federale la presunzione di equivalenza e il divieto di riverificare non si applicano solo alle condizioni di autorizzazione professionali ma anche a quelle personali.<sup>24</sup> Se l'idoneità personale e psichica è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine, così come l'estratto del casellario giudiziale, l'autorità del Canton Berna non può riesaminare le condizioni e di conseguenza non può esigere la presentazione di un estratto del casellario giudiziale.

27. La prova della stipula di un'**assicurazione di responsabilità civile professionale** è sostanzialmente consentita<sup>25</sup>, anche se in base all'articolo 3 capoverso 2 lettera b LMI si deve tenere conto dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti al luogo d'origine. Tale condizione viene rispettata nella procedura di accesso al mercato del KAZA, che accetta anche la prova di un attestato di sicurezza equivalente a copertura dei rischi legati all'attività.

28. Tra gli aspetti positivi vi sono la messa a disposizione di un **modulo di domanda specifico** per gli offerenti esterni e il rispetto del principio di **gratuità** sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI.

29. Le **decisioni di autorizzazione** presentate per gli offerenti esterni non possono essere contestate. Occorre soltanto ricordare che oltre sull'articolo 3 capoverso 4 dell'ordinanza cantonale sulla salute (BSG 811.111) e sulla prima autorizzazione, le decisioni (cfr. allegato 1) devono basarsi anche sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (offerta di servizi) e sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).

## 2.2.2 Settore alberghiero e della ristorazione

30. Le prefetture sono competenti per l'autorizzazione degli albergatori. La procedura di autorizzazione è disciplinata dalla legge dell'11 novembre 1983 sul settore alberghiero e della ristorazione (BSG 935.11). Dalle risposte al questionario emerge che i richiedenti esterni già in possesso di un'autorizzazione in un altro Cantone vengono ammessi secondo le condizioni stabilite nella legge bernese sul settore alberghiero e della ristorazione. Una di queste condizioni prevede il possesso di un certificato di capacità, nonostante i certificati di capacità di tutti i Cantoni, il certificato di Gastro Suisse e altri titoli formativi siano riconosciuti. Oltre alla copia del certificato di capacità occorre presentare un estratto del casellario giudiziale, una copia della lista delle bevande e l'autorizzazione d'esercizio per l'attività da rilevare. La procedura di autorizzazione è a pagamento anche per i richiedenti esterni.

<sup>23</sup> Il principio del luogo d'origine sancito nell'articolo 2 capoversi 1-4 LMI si applica anche quando nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione o senza requisiti in materia di competenze professionali.

<sup>24</sup> Si veda la nota a piè di pagina 19.

<sup>25</sup> Si veda la sentenza del TF 2P.180/2000 del 22 febbraio 2001 consid. 3c.

31. La revisione della LMI del 2005 aveva anche lo scopo di introdurre la libertà di stabilimento per l'esercizio di quelle attività che sono legate a un'infrastruttura locale. In particolare il Consiglio federale faceva riferimento agli albergatori<sup>26</sup> che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla versione originaria della LMI (1995) non potevano beneficiare della libera circolazione.<sup>27</sup> Tuttavia, dal 1° luglio 2006 il principio di origine si applica anche agli albergatori (art. 2 cpv. 4 LMI). Pertanto, in virtù della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine, questi ultimi possono stabilirsi anche in un altro Cantone<sup>28</sup> secondo le normative del Cantone d'origine.

32. Di conseguenza, le prefetture del Cantone Berna possono applicare le condizioni previste nella legge sul settore alberghiero e della ristorazione ai richiedenti esterni soltanto se le stesse condizioni non sono già state verificate dall'autorità del Cantone d'origine (art. 2 cpv. 5 LMI; n. marg. 15) e se le condizioni della legge succitata sono giustificate in base ai requisiti dell'articolo 3 LMI (n. marg. 9).

33. Pertanto, la prefettura competente del Cantone Berna deve innanzitutto esigere dal richiedente esterno l'autorizzazione per la gestione di un'attività alberghiera o di ristorazione o di un locale pubblico rilasciata dal Cantone d'origine. Se il richiedente esterno dispone di una prima autorizzazione valida oppure esercita legittimamente l'attività nel luogo di origine senza autorizzazione ha il diritto di ricevere un'autorizzazione nel Cantone Berna ai sensi dell'articolo 2 capoverso 4 LMI.

34. In relazione alla procedura di autorizzazione del Cantone Berna ciò implica che è possibile richiedere agli offerenti esterni un **estratto del casellario giudiziale** solo se la buona condotta non è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine. Qualora a un richiedente esterno venga negata l'autorizzazione nel Cantone Berna in base a un estratto del casellario giudiziale, nella decisione occorre specificare che ciò era conforme al principio di proporzionalità e indispensabile per preservare un interesse pubblico (art. 3 cpv. 1 LMI). Concretamente, il reato commesso deve comportare un pericolo per un interesse pubblico connesso alla gestione di un'attività alberghiera o di ristorazione, altrimenti l'autorizzazione non può essere negata.

35. Per quanto riguarda la richiesta di un **certificato di capacità** va sottolineato che il Cantone Berna riconosce tutti i certificati di capacità cantonali, adempiendo così i requisiti dell'articolo 4 capoverso 1 LMI. Tuttavia, il principio di origine sancito dall'articolo 2 capoverso 4 LMI garantisce l'accesso al mercato anche nel caso in cui l'attività sia esercitata nel Cantone d'origine legittimamente senza certificato di capacità.<sup>29</sup> In altre parole anche gli albergatori esterni hanno il diritto di accedere al mercato del Cantone Berna qualora il loro Cantone d'origine non richieda alcun certificato di capacità. Anche se in questo caso la presunzione di equivalenza è confutabile (art. 2 cpv. 5 LMI) la prefettura competente del Cantone Berna può vincolare l'autorizzazione a oneri o condizioni solo in base alle disposizioni dell'articolo 3 LMI. Concretamente occorre dimostrare che il certificato di capacità richiesto è conforme al principio di proporzionalità e indispensabile per preservare un interesse pub-

blico (art. 3 cpv. 1 LMI). Inoltre, è necessario tenere conto dell'esperienza professionale maturata dal richiedente (cfr. art. 3 cpv. 2 lett. d LMI).

36. La richiesta di una copia della **lista delle bevande** per garantire il rispetto delle prescrizioni cantonali sulla somministrazione di bevande alcoliche non pone alcun problema. Lo stesso vale per l'**autorizzazione dell'attività da rilevare**, che deve soddisfare i requisiti del Cantone Berna.

37. Infine, rileviamo che la prassi del Cantone Berna in materia di autorizzazione non è conforme ai requisiti dell'articolo 3 capoverso 4 LMI poiché ai richiedenti esterni viene richiesto il pagamento di una **tassa**. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale per gli offerenti esterni la procedura deve essere gratuita (n. marg. 12).

### 2.2.3 Custodia di bambini

38. L'ufficio cantonale della gioventù (KJA) esercita la vigilanza sulle strutture di custodia collettiva diurna secondo l'ordinanza sulla custodia dei bambini (PVO, BSG 213.223) e secondo l'OAMin (RS 211.222.338). I requisiti sono stati specificati nelle direttive per l'autorizzazione delle strutture di custodia collettiva diurna private. Occorre presentare una domanda per il rilascio della prima autorizzazione e i documenti elencati nella lista di controllo degli allegati richiesti. Queste condizioni valgono per tutti i richiedenti, a prescindere dal loro luogo d'origine.

39. Le persone che dirigono una struttura di custodia diurna devono inoltrare una domanda corredata dei seguenti documenti:

- curriculum vitae;
- copia dei diplomi;
- prova dello svolgimento di una formazione continua per direttori;
- copia dei certificati di lavoro;
- referenze (di norma due);
- certificati medici indicati nel promemoria sull'idoneità psicofisica dei direttori di strutture di custodia diurne e dei loro collaboratori;
- estratto del casellario giudiziale: copie originali dell'estratto per privati e dell'estratto specifico per privati;
- estratto del registro esecuzioni e fallimenti (originale);
- copia del contratto di lavoro;
- descrizione del posto di lavoro;
- mansionario.

<sup>26</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 428.

<sup>27</sup> Si veda la sentenza del TF 2P.362/1998 sull'articolo 2 LMI nella versione del 1995; cfr. DIEBOLD, *Freizügigkeit* (n. 1), n. marg. 1118-1125.

<sup>28</sup> DPC 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Gastwirtschaftsbewilligung*.

<sup>29</sup> Cfr. nota a piè di pagina 22.

40. Le persone che lavorano come collaboratori di una struttura di custodia diurna devono inoltrare una domanda corredata dei seguenti documenti:

- prova della stipula di un'assicurazione contro gli infortuni secondo la LAINF (si consiglia un'assicurazione per perdita di guadagno e un'assicurazione d'indennità giornaliera);
- prova dell'iscrizione presso la cassa di compensazione per AVS/AI/IPG (non appena disponibile);
- descrizione del posto di lavoro;
- mansionario;
- copia del contratto di lavoro (se disponibile, altrimenti da inviare non appena ricevuta);
- elenco dei collaboratori con indicazione del livello di studi e del grado d'impiego (non appena noto);
- piano dei posti in organico;
- conferma scritta della direzione che tutti i collaboratori hanno inviato gli estratti del casellario giudiziale.

41. Dalle risposte al questionario emerge che finora il diritto del mercato interno non è stato rispettato. Infatti, il KJA verifica l'adempimento delle condizioni previste dall'ordinanza sulla custodia di bambini (BSG 213.223) anche nel caso dei richiedenti esterni. Inoltre, vengono riscosse le stesse tasse sia per gli offerenti cantonali sia per quelli esterni. La prima autorizzazione costa 500 franchi, mentre per eventuali modifiche (estensione della sede, nuova direzione della sede, ecc.) vengono richiesti 300 franchi.

42. La gestione di una struttura di custodia diurna è un'attività economica privata che va oltre la legge sul mercato interno (art. 1 cpv. 3 LMI). Di conseguenza, coloro che sono autorizzati a lavorare come direttori o collaboratori di una struttura di custodia diurna in un determinato Cantone hanno il diritto di essere autorizzati a esercitare la stessa attività anche nel Canton Berna secondo le prescrizioni del luogo d'origine. Si applicano dunque i principi sintetizzati nel numero marginale 15.

43. Se una persona dispone già di un'autorizzazione valida in un altro Cantone e nel Cantone d'origine valgono le stesse condizioni di ammissione personali e professionali (art. 2 cpv. 5 LMI), l'accesso al mercato del Canton Berna deve essere senz'altro garantito. Infatti, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, in questo caso non è consentito il riesame delle condizioni di autorizzazione (n. marg. 15).

44. Al contrario, se nel luogo d'origine vigono requisiti personali e/o professionali meno restrittivi per il rilascio dell'autorizzazione e se la presunzione di equivalenza può essere confutata (art. 2 cpv. 5 LMI), il Canton Berna può applicare la sua legge alle condizioni previste dall'articolo 3 LMI. Se l'applicazione del diritto bernese implica l'imposizione di un onere o di una condizione, occorre motivare nel dettaglio in che modo tale misura è conforme al principio di proporzionalità, non discriminatoria e indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 LMI). Inoltre, è necessario

tenere conto dell'esperienza professionale maturata dal richiedente (cfr. art. 3 cpv. 2 lett. d LMI).

45. Oltre alle persone fisiche anche le imprese in quanto istituzioni godono del diritto alla libera circolazione.<sup>30</sup> Nell'ambito della procedura di autorizzazione il KJA deve considerare se aspetti quali l'impostazione pedagogica, la strategia aziendale e organizzativa, le direttive igieniche, nonché le assicurazioni, lo statuto, gli opuscoli e l'attività pubblicitaria sono già stati verificati in un altro Cantone e giudicati ammissibili. In caso affermativo il KJA può imporre ulteriori oneri o condizioni solo nel rispetto dei requisiti dell'articolo 3 LMI.

46. Inoltre, occorre tenere conto del fatto che la procedura di accesso al mercato per gli offerenti esterni deve essere gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI; n. marg. 12).

### 3 Attività professionali regolate dal diritto federale (federalismo esecutivo)

47. Il capitolo 3 esamina la prassi delle autorità del Canton Berna riguardo l'autorizzazione di offerenti esterni all'esercizio di professioni regolate dal diritto federale. Al capitolo 3.1 vengono illustrati i principi del diritto del mercato interno e in seguito, al capitolo 3.2, verrà esaminata la conformità a tali principi della prassi di autorizzazione delle autorità del Canton Berna alle professioni mediche universitarie.

#### 3.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

##### 3.1.1 Principio del libero accesso al mercato

48. In diversi settori l'accesso al mercato è stato armonizzato materialmente attraverso il diritto federale (**settore armonizzato**), il quale viene applicato dai Cantoni (cosiddetto federalismo esecutivo). Eventuali differenze tra le prassi amministrative quotidiane dei Cantoni nell'applicazione del diritto federale non possono essere evitate. Ciò può risultare problematico dal punto di vista del diritto del mercato interno, in particolare se queste divergenze cantonali hanno come effetto quello di limitare l'accesso al mercato. Questo problema «atipico» di mercato interno<sup>31</sup> costituisce la *ratio legis* della proposta da parte del Parlamento in occasione della revisione della LMI nel 2005 di aggiungere la disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Questa disposizione dovrebbe assicurare che merci, servizi e prestazioni conformi al diritto federale possano circolare liberamente.<sup>32</sup> Tramite l'articolo 2 capoverso 6 LMI, in base al quale una decisione cantonale di autorizzazione è valida in tutta la Svizzera, si garantisce che nel settore armonizzato interpretazioni e applicazioni diverse del diritto federale non conducano a nuove restrizioni del libero accesso al mercato.

<sup>30</sup> NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztpraxis, DPC 2012 526.

<sup>31</sup> ZWALD (n. 1), n. marg. 51.

<sup>32</sup> DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, pag. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, pag. 319; DPC 2006/2, 221, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick.

49. A titolo comparativo, l'accesso al mercato nel **setto- re non armonizzato** è retto, come indicato precedentemente (n. marg. 9–12), dal principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) e dalla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI). La presunzione di equivalenza stabilisce che le normative concernenti l'accesso al mercato emanate nel campo di competenza dei Cantoni sono equivalenti. Questa presunzione si basa sulla convinzione che le necessità oggettive di protezione della popolazione non variano da Cantone a Cantone.<sup>33</sup> Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, la presunzione di equivalenza ha come conseguenza che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di autorizzazione personali e professionali del luogo d'origine (n. marg. 9, 15). Sarebbe contraddittorio ed incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se i Cantoni, nell'esecuzione di normative federali di **armonizzazione**, potessero generare nuove restrizioni al mercato interno attraverso interpretazioni ed applicazioni differenti tra loro.

50. Per questo motivo la LMI prevede, come complemento al principio del luogo d'origine, che una decisione cantonale secondo la quale una merce, un servizio o una prestazione lavorativa è conforme al diritto federale o ne viene autorizzato l'accesso al mercato è valida in tutta la Svizzera. Visto che nel settore non armonizzato le autorità del luogo di destinazione competenti per il rilascio dell'autorizzazione non possono riesaminare l'applicazione del diritto da parte delle autorità del luogo d'origine, tale principio deve valere a maggior ragione anche per il settore armonizzato. Durante la discussione parlamentare l'ex-consigliere nazionale DIDIER BURKHALTER aggiunse quanto segue:

*« 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".»<sup>34</sup>*

51. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI è stata discussa in Parlamento soprattutto nel quadro della prassi amministrativa di autorizzazione nel campo dei generi alimentari. Essa non può però rimanere limitata ad una specifica area di mercato, bensì deve essere applicata in modo generale, ossia anche nel campo dei servizi.

52. In concreto, l'articolo 2 capoverso 6 LMI trova applicazione ad esempio nell'ambito dell'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali, la quale è regolata a livello federale dall'ordinanza del 22 giugno 2005 sul traffico di rifiuti (OTRif; RS 814.610). Le autorità cantonali rilasciano l'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali se dalla domanda risulta che l'impresa di smaltimento è in grado di smaltire i rifiuti in modo rispettoso dell'ambiente (art. 10 cpv. 1 OTRif). L'articolo 8 OTRif stabilisce che le imprese di smaltimento necessitano di un'autorizzazione dell'autorità cantonale per ogni unità locale. Secondo il Tribunale cantonale di Basilea Campagna un'autorizzazione di un sistema di trattamento mobile rilasciata nel Canton Argovia si basa esclusivamente sul diritto federale e quindi vale in tutta la Svizzera secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI. Se la raccolta dei rifiuti speciali avviene in un altro Cantone, non deve essere richiesta un'ulteriore autorizzazione per lo smaltimento.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 417

<sup>34</sup> BU 2005 pag. 883.

<sup>35</sup> Sentenza del Tribunale cantonale di Basilea Campagna, KGer BL, 810 12 244/198 del 31 ottobre 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.



### 3.1.2 Requisiti per la procedura di accesso al mercato

53. In questo contesto si pone la questione se il non riconoscimento di una decisione cantonale ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI può essere comunque giustificato secondo l'articolo 3 LMI.

54. Secondo la giurisprudenza costante e la dottrina unanime, le restrizioni del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) nel settore **non armonizzato** possono essere giustificate se le condizioni dell'articolo 3 LMI sono soddisfatte. Come già menzionato sopra (n. marg. 49), la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI implica che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di ammissione personali e professionali del luogo d'origine. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>36</sup>

55. Dai verbali della consultazione parlamentare sulla revisione della LMI del 2005 risulta che l'idea dell'odierno articolo 2 capoverso 6 LMI è nata sulla base della presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Su richiesta dell'ex consigliere federale Burkhalter, il Consiglio federale ha esteso la presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI all'esecuzione cantonale del diritto federale e ha proposto la seguente formulazione:

*«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»<sup>37</sup>*

56. Il Consiglio degli Stati ha approvato la proposta del Consiglio nazionale e ha formulato nuovamente quella che oggi è la versione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Il consigliere agli Stati Eugen David ha dichiarato al riguardo:

*«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>38</sup>*

57. In seguito, il Consiglio nazionale ha approvato la formulazione del Consiglio degli Stati.<sup>39</sup>

58. Una decisione cantonale sulla conformità con il diritto federale di una merce, un servizio o di una prestazione di lavoro deve dunque essere valida in tutto il territorio della Confederazione. In generale, non esiste quindi la possibilità per i Cantoni di mettere in discussione l'applicazione del diritto federale da parte di un altro Cantone e di limitare così l'accesso al mercato. Proprio questo deve essere evitato grazie all'articolo 2 capoverso 6 LMI. Lo stesso vale in relazione ai prodotti e ai servizi che possono essere introdotti sul mercato senza controlli regolamentari a priori, ma che sono sottoposti a una vigilanza del mercato a posteriori. In tal senso, se

un'autorità cantonale constatata attraverso un controllo a campione che un prodotto non è conforme alle prescrizioni federali, allora questa decisione cantonale negativa secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in tutta la Svizzera. Il consigliere agli Stati Eugen David ha dichiarato al riguardo:

*«Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] 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».<sup>40</sup>*

59. Pertanto, in linea di massima una decisione cantonale secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in maniera vincolante per tutti i Cantoni. Per analogia alla prassi relativa all'articolo 2 capoverso 5 LMI un riesame della conformità con il diritto federale sarebbe possibile soltanto qualora l'offerente, a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio dell'autorizzazione, non soddisfi più i requisiti federali necessari o se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta. Poiché la normativa federale prevede un livello uniforme di protezione, non vi è spazio per restrizioni all'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.

### 3.2 Professioni sanitarie universitarie

60. La legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche (legge sulle professioni mediche, LPMed; RS 811.11) e la legge federale del 18 marzo 2011 sulle professioni psicologiche (LPPsi; RS 935.81) regolano a livello federale le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio delle professioni che sottostanno a queste leggi. Bisogna differenziare tra la procedura cantonale di autorizzazione (cap. 3.2.1) e la procedura di notifica per la prestazione di servizi intercantionali per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno (cap. 3.2.2). I principi di diritto del mercato interno si applicano solo in modo sussidiario.<sup>41</sup> In particolare, una persona che ha già ottenuto un'autorizzazione cantonale ha diritto nel Cantone di destinazione a una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

<sup>36</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; cfr. pure sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

<sup>37</sup> BU 2005 pag. 883–887.

<sup>38</sup> BU 2005 pag. 762.

<sup>39</sup> BU 2005 pag. 1620.

<sup>40</sup> BU 2005 pag. 763 segg.

<sup>41</sup> Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, in particolare pag. 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, in particolare pag. 6046; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1082–1092.

### 3.2.1 Autorizzazione all'esercizio di una professione

61. Nell'ambito delle professioni mediche universitarie le condizioni di autorizzazione per il libero esercizio della professione sono regolate a livello federale all'articolo 36 LPMed.

Il richiedente deve in particolare essere degno di fiducia e offrire la garanzia, dal punto di vista psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione (art. 36 cpv. 1 lett. b LPMed). L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio è esercitata la professione (art. 34 LPMed).

62. La LPPsi segue la stessa struttura della LPMed. Le condizioni personali e professionali sono disciplinate dall'articolo 24 LPPsi. L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio si intende esercitare la professione (art. 22 cpv. 1 LPPsi). Contrariamente alla LPMed, la LPPsi prevede all'articolo 24 capoverso 2 il principio in base al quale chi dispone dell'autorizzazione di esercitare la professione secondo la LPPsi adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione negli altri Cantoni. Questa disposizione specifica il principio di diritto del mercato interno dell'articolo 2 capoverso 6 LMI, secondo cui una decisione cantonale, che stabilisce che una persona adempie le condizioni d'autorizzazione di diritto federale, vale in tutta la Svizzera.

63. La procedura di autorizzazione per le professioni disciplinate dalla LPMed e dalla LPPsi viene svolta dall'ufficio del medico cantonale (KAZA), dall'ufficio del farmacista cantonale (KAPA) e dal servizio veterinario. Tutti e tre gli uffici richiedono alle persone in possesso di un'autorizzazione extracantonale una copia dell'autorizzazione valida nell'altro Cantone, un nulla osta e una copia del titolo formativo (diploma). Il KAZA e il servizio veterinario richiedono inoltre un estratto del casellario giudiziale e la prova della stipula di un'assicurazione di responsabilità civile professionale.

64. Il KAZA esamina le condizioni di autorizzazione del diritto federale in base al nulla osta e ai dati contenuti nel registro centrale delle professioni mediche (MedReg). Anche il servizio veterinario verifica i dati del MedReg, mentre il KAPA non riesamina le condizioni di autorizzazione.

65. Il federalismo esecutivo comporta il rischio che le condizioni che necessitano di un'interpretazione, come ad esempio la condizione di «essere degno di fiducia», vengano applicate con un rigore diverso nei vari Cantoni. Questo margine d'interpretazione non deve però condurre alla creazione di nuove restrizioni alla libera circolazione, tanto più che la libera circolazione nel settore non armonizzato a livello federale delle professioni sanitarie è garantita sulla base del principio del luogo d'origine secondo l'articolo 2 capoversi 1–5 LMI (n. marg. 7 segg.). Sarebbe contraddittorio e incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se la libera circolazione nel settore non armonizzato funzionasse meglio che nel settore armonizzato. Per questo motivo l'articolo 2 capoverso 6 LMI prevede che la decisione di un'autorità cantonale, secondo la quale un richiedente adempie le condizioni poste dall'articolo 36 LPMed, vale in maniera vincolante anche negli altri Cantoni. Da que-

sto punto di vista risulta chiaro che, oltre alle decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità professionale, l'articolo 2 capoverso 6 LMI comprende anche le decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità personale.

66. Da ciò ne deriva che il divieto di riesame, sviluppato dal Tribunale federale sulla base della presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI, deve valere a maggior ragione anche per l'articolo 2 capoverso 6 LMI (n. marg. 49). Un riesame da parte delle autorità del Canton Berna è possibile solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.<sup>42</sup> Ad esempio, a causa di una malattia grave del richiedente, la condizione di un esercizio ineccepibile della professione potrebbe non essere più adempiuta. Se le condizioni imposte dal diritto federale non sono (più) soddisfatte, allora il rilascio dell'autorizzazione nel Canton Berna deve essere negato e allo stesso tempo la prima autorizzazione deve essere revocata (art. 38 LPMed; art. 26 LPPsi). A questo scopo, le autorità cantonali competenti si garantiscono reciproca assistenza amministrativa e comunicano tra di loro sui procedimenti disciplinari (art. 42 e 44 LPMed; art. 29 e 31 LPPsi).

67. Considerato che la decisione sulla conformità al diritto federale di un'autorità cantonale è vincolante per tutti gli altri Cantoni e che il riesame delle condizioni previste dal diritto federale in linea di massima non è consentito, si pone la questione se il Canton Berna possa richiedere o meno documenti quali il nulla osta (per la problematica del nulla osta si vedano i n. marg. 21–24) o l'estratto del casellario giudiziale. Inoltre, gli articoli 42 e 44 LPMed e gli articoli 29 e 31 LPPsi prevedono l'assistenza amministrativa e lo scambio di informazioni sulla validità dell'autorizzazione e su eventuali violazioni dell'obbligo professionale. Pertanto, le autorità cantonali che hanno accesso al MedReg dispongono delle seguenti informazioni:

- persone che esercitano una professione medica con un diploma federale o estero riconosciuto;
- specializzazioni e formazioni continue;
- autorizzazioni all'esercizio della professione (solo in caso di attività indipendente);
- indirizzi degli studi medici;
- operatori sanitari stranieri che possono esercitare liberamente la professione in Svizzera per un massimo di 90 giorni per anno civile;
- *Global Location Number (GLN)*: numero di identificazione per le persone che esercitano una professione medica registrate.

<sup>42</sup> DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C\_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C\_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

68. Alla luce di tutto ciò appare chiaro che la compilazione del modulo di domanda e l'inoltro di una copia della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine sono sostanzialmente sufficienti per l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Inoltre, le informazioni accessibili tramite l'assistenza amministrativa e il MedReg bastano per verificare la correttezza dei dati del richiedente. Qualora vi sia un procedimento disciplinare pendente in un altro Cantone, il Canton Berna può rinviare il rilascio dell'autorizzazione fino alla conclusione del procedimento applicando per analogia l'articolo 43 capoverso 4 LPMed e l'articolo 30 capoverso 4 LPPsi. Se in base alle indicazioni fornite nel modulo di domanda emergono indizi secondo i quali una delle condizioni necessarie per l'autorizzazione potrebbe non essere più adempiuta, il Canton Berna può esigere dal richiedente ulteriori informazioni e documenti.

69. Non appena verrà introdotto il registro delle professioni psicologiche (PsyReg), gli stessi principi si applicheranno anche alle persone che dispongono di un'autorizzazione ai sensi della LPPsi rilasciata in un altro Cantone.

70. Inoltre, il Canton Berna potrebbe vincolare l'autorizzazione a restrizioni di natura tecnica, temporale o geografica al fine di garantire un'assistenza di qualità elevata (art. 37 LPMed; art. 25 LPPsi). Qualora il richiedente possieda già un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata da un altro Cantone, tali oneri sono subordinati ai principi di accesso al mercato della LMI. Se a un richiedente esterno viene rilasciata un'autorizzazione nel Canton Berna soggetta a oneri o restrizioni, ciò deve essere motivato sulla base di un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Secondo l'articolo 37 LPMed e l'articolo 25 LPPsi l'unico motivo in tal senso è la garanzia di un'assistenza sanitaria di elevata qualità. Inoltre, una restrizione cantonale o un onere deve applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI) ed essere conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).<sup>43</sup>

71. Infine, va detto che la procedura di autorizzazione per le persone in possesso di un'autorizzazione extra-cantonale ai sensi della LPMed o della LPPsi effettuata dal KAZA, dal KAPA e dal servizio veterinario non prevede emolumenti e rispetta quindi il principio della gratuità sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI.

### 3.2.2 Annuncio relativo ai 90 giorni

72. Sia la LPMed che la LPPsi prevedono che i titolari di un'autorizzazione cantonale possono esercitare liberamente la propria professione medica nel Canton Berna durante un periodo non superiore a 90 giorni all'anno, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione. Per questi casi esiste solamente l'obbligo annuale di annunciarsi (art. 35 cpv. 2 LPMed, art. 23 cpv. 1 LPPsi). Così facendo si evita una discriminazione nei confronti delle persone provenienti dagli Stati membri dell'UE e dell'AELS che, sulla base degli accordi di libero scambio e degli accordi AELS, hanno il diritto di esercitare la loro professione per 90 giorni all'anno in Svizzera.

73. Con l'introduzione di questa disposizione per i rapporti intercantonali non si è tenuto conto del fatto che i

titolari di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi hanno il diritto, basandosi sull'articolo 2 capoverso 6 e sull'articolo 3 capoverso 4 LMI, di ottenere un'autorizzazione non limitata nel tempo tramite una procedura semplice, rapida e gratuita. Questa procedura conforme alla LMI è meno dispendiosa di una procedura di notifica per 90 giorni di attività da ripetere ogni anno, motivo per cui quest'ultima cadrà in disuso.<sup>44</sup> Il KAZA, il KAPA e il servizio veterinario dovranno informare i richiedenti esterni che si annunciano nel Canton Berna per un'attività di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed o l'articolo 23 capoverso 1 LPPsi, che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato.

74. Inoltre, i principi di diritto del mercato interno relativi alla procedura di autorizzazione (n. marg. 61–71 possono essere applicati anche alla procedura di notifica. Di conseguenza, oltre a un modulo di annuncio e all'autorizzazione valida basata sulla LPMed o sulla LPPsi ottenuta in un altro Cantone, non potranno essere richiesti documenti supplementari.

La correttezza delle informazioni dovrà essere controllata attraverso la disposizione sull'assistenza amministrativa e il MedReg. La procedura di annuncio deve inoltre essere gratuita.

## 4 Raccomandazioni

75. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO formula le seguenti raccomandazioni.

### A. Raccomandazioni concernenti la prassi del Canton Berna in materia di autorizzazione dei richiedenti esterni alle attività lucrative regolate dal diritto cantonale (professioni sanitarie, settore alberghiero e della ristorazione, custodia di bambini).

A-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dall'autorità del Cantone d'origine e alle **prescrizioni vigenti nel luogo d'origine** (art. 2 cpv. 1–4 LMI). L'applicazione del diritto bernese presuppone che nel luogo d'origine non vi siano normative equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e che le prescrizioni del diritto bernese vengano disposte esplicitamente come oneri e motivate in base alle condizioni stabilite nell'articolo 3 LMI.

A-2. Il richiedente deve avere la possibilità di **autorizzare** le autorità del Canton Berna a effettuare accertamenti presso le autorità competenti del Cantone d'origine invece di presentare un nulla osta.

<sup>43</sup> Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, in particolare pag. 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, in particolare pag. 6046; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1091.

<sup>44</sup> DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1362.

- A-3. La domanda deve essere esaminata in base al principio del luogo d'origine anche quando il richiedente esercita legittimamente l'attività nel Cantone d'origine **senza autorizzazione o senza certificato di capacità**. Il modulo di domanda dovrebbe essere appositamente modificato. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità professionale (p. es. nessun certificato di capacità o certificato non equivalente) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.
- A-4. I **requisiti personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione** (in particolare l'estratto del casellario giudiziale) possono essere verificati solo se non sono già stati esaminati dall'autorità del Cantone d'origine. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità personale (p. es. condanna passata in giudizio) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.
- A-5. Per la procedura di autorizzazione dei richiedenti esterni non può essere riscosso **alcun** emolumento (art. 3 cpv. 4 LMI).
- A-6. Le decisioni devono **basarsi** esplicitamente sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (offerta di servizi) o sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).
- B. Raccomandazioni concernenti la prassi del Canton Berna in materia di autorizzazione dei richiedenti in possesso di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata dall'autorità competente di un altro Cantone.**
- B-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine ai sensi della LPMed o della LPPsi.
- B-2. La correttezza dei dati contenuti nel modulo di domanda deve essere verificata in base alle informazioni del MedReg e dello Psy-Reg, nonché tramite l'assistenza amministrativa presso le autorità del Cantone d'origine; non deve essere richiesto un nulla osta.
- B-3. Non devono essere richiesti estratti del casellario giudiziale e prove di altre garanzie in quanto tali documenti sono già stati forniti alle autorità del Cantone d'origine.
- B-4. I richiedenti esterni che si annunciano per un'attività di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed e l'articolo 25 capoverso 1 LPPsi devono essere informati che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato,