

04.078

Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur

du 24 novembre 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous soumettons à votre approbation le projet de révision de la loi sur le marché intérieur.

Nous vous demandons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

2000 P 00.3407 Mise en œuvre de la loi sur le marché intérieur. Droit de recours de la Commission de la concurrence (N 5.6.01, Commission de gestion CN; E 14.3.02)

2000 P 00.3409 Mise en œuvre de la loi fédérale sur le marché intérieur. Droit de recours des associations de défense des consommateurs (N 15.12.00, Commission de gestion CN)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

24 novembre 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

En modifiant la loi sur le marché intérieur, le Conseil fédéral poursuit trois objectifs majeurs:

- *un objectif économique général*

La révision doit permettre d'améliorer le fonctionnement du marché par la suppression des entraves cantonales et communales à l'accès au marché. La loi en vigueur n'a apporté, à cet égard, que peu d'améliorations. Le principe fondamental de libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, qui aurait dû favoriser cette suppression, est doublement restreint dans ses effets. D'une part, les cantons et les communes disposent d'une grande latitude par rapport aux conditions à remplir pour légitimer des restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3 de la loi sur le marché intérieur). D'autre part, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce principe n'est pas applicable à l'établissement commercial. Pour pouvoir atteindre l'objectif mentionné, il faut améliorer l'accès au marché. La révision prévoit par conséquent de restreindre encore le régime d'exception de l'art. 3 et d'étendre à l'établissement commercial la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance.

- *un objectif relevant de la liberté individuelle*

La révision entend renforcer la liberté d'exercer une profession et éviter que des citoyens suisses ne se trouvent défavorisés par rapport à ceux de l'UE (discrimination des ressortissants suisses). Les entraves cantonales et communales à l'accès au marché prêteraient non seulement le bon fonctionnement du marché, mais aussi la liberté d'exercice d'une profession et son corollaire, la mobilité professionnelle. De sorte qu'en renforçant le libre accès au marché, on sert l'intérêt économique général tout en favorisant la liberté individuelle dans l'exercice d'une profession.

L'accord entre l'UE et la Suisse sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, risque d'entraîner une discrimination des ressortissants suisses en raison de la pratique en matière de reconnaissance intercantonale des certificats de capacité cantonaux. Pour éviter cela, la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité concernant des métiers entrant dans le cadre de l'accord sur la libre circulation devra s'effectuer à l'avenir conformément aux dispositions de l'accord (procédure de reconnaissance européenne). L'harmonisation des règles facilitera par ailleurs les modalités d'exécution et renforcera la sécurité du droit. Les accords intercantonaux plus libéraux portant sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études resteront toutefois réservés.

-
- *et un objectif institutionnel*

Face aux exigences du système fédéral de répartition des compétences et aux impératifs de marché intérieur, il importe qu'une autorité fédérale indépendante, non soumise aux instructions du Conseil fédéral, puisse intervenir devant les tribunaux cantonaux. Concrètement, la révision consolidera la fonction de surveillance de la Comco en lui permettant – contrairement à la loi actuelle – de formuler davantage que des recommandations (non contraignantes) aux autorités cantonales et communales. Vu la portée limitée de ces recommandations, il importe de conférer désormais à la Commission de la concurrence un droit de recours lui permettant de contester les décisions administratives qu'elle juge contraires à la loi.

Table des matières

| | |
|--|------------|
| Condensé | 422 |
| 1 Partie générale | 426 |
| 1.1 Point de départ | 426 |
| 1.1.1 Les grandes lignes de l'actuelle loi sur le marché intérieur | 426 |
| 1.1.2 Pratique actuelle | 427 |
| 1.1.3 Constat | 427 |
| 1.2 Interventions parlementaires | 427 |
| 1.3 Nécessité de la révision | 428 |
| 1.4 Actes préparatoires | 430 |
| 1.4.1 Travaux d'experts | 430 |
| 1.4.1.1 Groupe d'experts | 430 |
| 1.4.1.2 Avis de droit Auer/Martenet | 431 |
| 1.4.1.3 Les grandes lignes de l'avant-projet | 431 |
| 1.4.1.4 Points non couverts par la révision | 431 |
| 1.4.1.4.1 Marchés publics | 432 |
| 1.4.1.4.2 Monopoles cantonaux ou communaux | 432 |
| 1.4.1.4.3 Aides de l'Etat | 432 |
| 1.4.1.4.4 Harmonisation au niveau fédéral des règles de police du commerce | 433 |
| 1.4.2 Procédure de consultation | 433 |
| 1.4.2.1 Ouverture | 433 |
| 1.4.2.2 Evaluation globale | 433 |
| 1.4.2.3 Extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance | 434 |
| 1.4.2.4 Durcissement du régime de restrictions à la liberté d'accès au marché | 434 |
| 1.4.2.5 Reconnaissance des certificats de capacité selon la procédure de reconnaissance de l'UE | 435 |
| 1.4.2.6 Droit de recours de la Commission de la concurrence | 435 |
| 1.4.2.7 Autres requêtes exposées lors de la procédure de consultation | 436 |
| 2 Contenu de la révision | 437 |
| 2.1 Extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance | 437 |
| 2.2 Renforcement et extension de l'art. 3 LMI | 437 |
| 2.3 Reconnaissance des certificats de capacité selon la procédure de reconnaissance de l'UE | 437 |
| 2.4 Droit de recours de la Commission de la concurrence | 438 |
| 2.5 Autres points de la révision | 438 |
| 2.5.1 Précision du champ d'application matériel | 438 |
| 2.5.2 Présomption d'équivalence des réglementations cantonales et communales | 438 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 2.5.3 | Transfert de l'exploitation de monopoles cantonaux ou communaux à des entreprises privées, au moyen d'un appel d'offres | 438 |
| 2.5.4 | Abrogation de l'obligation de la Confédération de consulter et d'informer les cantons | 439 |
| 2.5.5 | Entraide administrative | 439 |
| 2.5.6 | Obligation de renseigner pour les personnes concernées et sanctions possibles | 439 |
| 2.5.7 | Publication par la Commission de la concurrence et obligation administrative de communiquer les décisions | 439 |
| 2.6 | Commentaire article par article | 439 |
| 3 | Conséquences | 446 |
| 3.1 | Conséquences financières et répercussions sur l'effectif du personnel | 446 |
| 3.1.1 | Pour la Confédération | 446 |
| 3.1.2 | Pour les cantons et les communes | 447 |
| 3.2 | Conséquences économiques | 447 |
| 3.2.1 | Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat | 447 |
| 3.2.2 | Conséquences pour les différentes catégories sociales | 448 |
| 3.2.2.1 | Conséquences pour les actifs | 449 |
| 3.2.2.2 | Conséquences pour les clients | 449 |
| 3.2.2.3 | Conséquences pour les autorités de surveillance | 449 |
| 3.2.3 | Conséquences pour l'économie dans son ensemble | 450 |
| 3.2.3.1 | Expertise Sheldon | 450 |
| 3.2.3.2 | Autres considérations | 451 |
| 3.2.4 | Autres réglementations envisagées | 451 |
| 3.2.5 | Aspects pratiques de l'exécution | 452 |
| 4 | Relations avec le programme de la législature | 452 |
| 5 | Relations avec le droit européen | 452 |
| 6 | Bases légales | 453 |
| | Loi fédérale sur le marché intérieur (<i>Projet</i>) | 461 |

Message

1 **Partie générale**

1.1 **Point de départ**

1.1.1 **Les grandes lignes de l'actuelle loi sur le marché intérieur**

La loi sur le marché intérieur (LMI) fait partie intégrante, conjointement avec la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart)¹, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC)² et la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)³, du programme de revitalisation de l'économie lancé par le Conseil fédéral à la suite du rejet de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE).

Elle vise à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes. Elle entend faciliter la mobilité professionnelle et les échanges en Suisse et renforcer la compétitivité de l'économie suisse. Conçue comme une loi-cadre, elle n'entend pas harmoniser les réglementations des différents domaines, mais se limite à fixer les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.

Elle définit avant tout les principes régissant la liberté d'accès au marché (art. 2 ss LMI). Toute personne ayant son établissement et toute entreprise ayant son siège en Suisse a le droit de proposer des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse; l'accès au marché est régi par les prescriptions du lieu de provenance (art. 2 LMI). Parallèlement, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse (art. 4 LMI). Enfin, le droit afférent à la liberté d'accès au marché englobe aussi les marchés publics des cantons et des communes (art. 5 LMI).

La liberté d'accès au marché n'est toutefois pas absolue. Elle peut être restreinte pour les offreurs externes selon les prescriptions applicables au lieu de destination. De telles restrictions ne sont toutefois autorisées qu'à certaines conditions.

La Commission de la concurrence (Comco) est chargée de veiller, sur le plan institutionnel, au respect de la LMI. Cette mission l'autorise à adresser aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants et à établir des expertises (art. 8 et 10 LMI). À la différence de la loi sur les cartels, la LMI ne confère pas à la Comco un droit de décision contraignant. La mise en œuvre judiciaire de la liberté d'accès au marché est l'affaire des particuliers concernés. La LMI leur octroie un droit de recours contre les restrictions à l'accès au marché (art. 9 LMI).

¹ RS 251

² RS 946.51

³ RS 172.056.1

1.1.2 Pratique actuelle

Premier point: les conséquences de la LMI sur la législation des cantons et des communes ne sont pas négligeables. On peut se féliciter de l'accord administratif sur les activités commerciales réglementées, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999 dans les cantons de l'Espace Mittelland, qui régit, par-delà les frontières linguistiques, la reconnaissance des certificats de capacité dans les domaines des services de taxis, des professions de l'hôtellerie et de la restauration, des régisseurs et courtiers en immeubles et du commerce itinérant notamment. Diverses adaptations du droit cantonal ont été influencées, du moins indirectement, par la LMI. La Comco, en sa qualité d'autorité de surveillance, a soutenu la mise en œuvre de la LMI par le biais de recommandations et d'expertises, dans le domaine des marchés publics en particulier, ainsi que dans le cadre de différents projets de réglementation relevant de la police du commerce (voir annexe 1)⁴.

Deuxième point: au travail législatif s'ajoute la jurisprudence. En ce domaine, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts précisant ponctuellement certaines dispositions de la LMI (voir annexe 2). Il a particulièrement insisté sur la portée du principe de la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI) et sur le droit à une procédure (de contrôle) gratuite en cas de restrictions à l'accès au marché. En ce qui concerne l'accès au marché, le Tribunal fédéral (ATF 125 I 276) a décidé d'exclure la liberté d'établissement du principe de liberté d'accès au marché (art. 2 LMI). En d'autres termes, quiconque souhaite exercer dans un autre canton une activité commerciale qui requiert qu'il s'établisse professionnellement sur place ne peut pas se prévaloir des dispositions du canton de provenance. En ce qui concerne la procédure de contrôle, le Tribunal fédéral estime que le droit à une procédure gratuite ne s'étend pas seulement à la reconnaissance du certificat de capacité (extra)cantonal lui-même (art. 4, al. 2, LMI), mais aussi à l'octroi de l'autorisation d'exercer (ATF 125 II 56).

1.1.3 Constat

Force est de reconnaître qu'il y a un fossé entre les objectifs et les effets de la LMI. Ce constat ressort du rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) relatif aux effets de la loi fédérale sur le marché intérieur sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse (FF 2000 5603). Il a été dressé sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (rapport de travail du 11 février 2000 remis à la CdG-N: «Evaluation: Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?», FF 2000 5616).

1.2 Interventions parlementaires

La révision de la LMI a fait l'objet de quatre interventions parlementaires.

- Motions de la Commission de gestion du Conseil national (00.3407/00.3408): dans ces deux motions, la CdG-N exige du Conseil fédéral qu'il octroie à la Comco un droit de recours à l'encontre de toutes les formes de restrictions de droit public à la liberté d'accès au marché et un

⁴ Pour les conséquences sur la législation fédérale, se reporter au ch. 3.2.4.

droit d'être entendue par le Tribunal fédéral. La première motion a été transmise sous forme de postulat, la seconde a été rejetée.

- Postulat de la Commission de gestion du Conseil national (00.3409): la CdG-N a demandé au Conseil fédéral d'étudier l'opportunité de créer un droit de recours autonome pour les associations de défense des consommateurs. Le postulat a été transmis au Conseil fédéral.
- Interpellation Imhof (02.3292): concernant la LMI: l'auteur souhaitait notamment savoir si le Conseil fédéral estimait qu'il fallait agir et s'il entendait procéder à une adaptation de cette loi dans le sens des propositions de la CdG-N.

1.3 Nécessité de la révision

L'évaluation effectuée par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration a montré que la LMI n'a pas induit à ce jour d'ouverture notable du marché intérieur. Les branches qui étaient fortement segmentées avant l'entrée en vigueur de la loi le sont encore (p. ex. les installateurs sanitaires et les services de taxi). Trois facteurs expliquent principalement ce bilan en demi-teinte:

Premièrement, le Tribunal fédéral a privilégié dans sa jurisprudence le principe du fédéralisme par rapport à celui du marché intérieur. L'exclusion de la liberté d'établissement du champ d'application de la loi est particulièrement importante à cet égard. Dans un arrêt de principe (ATF 125 I 276), le Tribunal fédéral a débouté un prothésiste dentaire de Zurich qui interjetait un recours de droit public contre une décision du tribunal administratif grison, qui avait refusé au recourant, détenteur d'un certificat de capacité cantonal, l'autorisation d'exercer sa profession dans le canton des Grisons au motif que le droit cantonal interdit l'exercice en indépendant de l'activité de prothésiste dentaire.

Le Tribunal fédéral a motivé son arrêt comme suit:

«...La loi sur le marché intérieur régit le statut juridique d'offreurs externes sur le plan intercantonal ou intercommunal, pas celui des offreurs locaux (...). Elle se réfère en d'autres termes à la libre circulation des marchandises et des services: est déterminant à ce propos, sous réserve de l'art. 3 LMI, le principe du lieu de provenance, c'est-à-dire le droit du canton de provenance. En revanche, le libre accès ne s'applique pas à l'établissement. Quiconque souhaite s'établir dans un canton doit se conformer au droit en vigueur dans celui-ci et ne peut se prévaloir d'autres règles qui s'appliqueraient dans un autre canton pour un tel établissement. Ceci ressort également de l'art. 3, al. 1, LMI, qui ne porte que sur les restrictions applicables aux offreurs externes – c'est-à-dire qui ne sont pas établis dans le canton – (...)

Certes, il ressort parfois de la doctrine que le principe du lieu de provenance peut aussi s'appliquer à la liberté d'établissement (...). Or ceci est en contradiction avec le libellé sans équivoque de l'art. 2 LMI, comme du reste avec les principes généraux relatifs au champ d'application territorial de différentes réglementations. Cette approche conduirait à une inégalité de traitement entre les agents économiques au sein d'un canton, selon qu'ils ont déjà exercé l'activité considérée dans un autre canton ou non. (...) Cette inégalité de traitement au sein d'un même canton serait

encore moins acceptable que les inégalités entre cantons, qui sont propres à un Etat fédéraliste. (...)

Quand bien même l'interdiction d'exercer en indépendant l'activité de prothésiste dentaire protégerait les dentistes de la concurrence, il ne faudrait pas y voir une protection spécifique des dentistes grisons, mais des dentistes en général. La LMI ne vise toutefois pas tous les effets potentiellement importants des règlements de police économique sur la concurrence, mais spécifiquement les rapports entre les cantons.

En outre, le règlement contesté en l'espèce ne peut guère restreindre de façon importante la libre circulation intercantonale des services: pour exercer leur profession, les prothésistes dentaires doivent disposer de certains équipements qui sont généralement fixes. Dès lors, la profession ne peut être exercée qu'au lieu de l'établissement. Dans ces circonstances, la libre circulation intercantonale des services signifie essentiellement qu'un prothésiste dentaire peut également traiter des patients du canton des Grisons dans un laboratoire sis hors du canton. En revanche, dès lors qu'il souhaite ouvrir un laboratoire dans le canton des Grisons, il ne s'agit pas d'une question de libre circulation intercantonale des services, mais d'une problématique interne au canton qui – sous réserve de l'art. 4 LMI – ne tombe pas sous le coup de la loi sur le marché intérieur...» [traduction]

L'argumentation du Tribunal fédéral pour refuser l'extension de la liberté d'accès au marché à l'établissement s'appuie essentiellement sur les dispositions des art. 2, al. 1 et 3, et 3 LMI. En d'autres termes, l'obstacle à une extension de la liberté d'accès au marché se trouve dans la loi elle-même. Le législateur a donc la possibilité de procéder à cette extension par une adaptation appropriée de la loi.

Deuxièmement, les cantons et les communes peuvent restreindre la liberté d'accès au marché conformément à l'art. 3 LMI. Cette disposition permet aux autorités du lieu de destination de restreindre l'accès au marché des offreurs externes, dans la mesure où ces restrictions remplissent les trois conditions cumulatives suivantes: 1) elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et 3) elles répondent au principe de proportionnalité (art. 3, al. 1, LMI). Cette disposition témoigne des efforts déployés pour concilier des principes divergents, à savoir le principe du fédéralisme, d'une part, et le principe du marché intérieur, d'autre part.

La marge de manœuvre en matière de restrictions de la liberté d'accès au marché, favorisée par le penchant fédéraliste de la jurisprudence du Tribunal fédéral, est relativement importante. Ainsi, les autorités du lieu de destination peuvent dans certaines circonstances, lorsque les conditions légales sont remplies, refuser purement et simplement l'accès au marché. Cela concerne notamment les cas où l'exercice d'une certaine activité économique est interdit afin de protéger des biens d'intérêt général ou est tributaire d'une certaine formation professionnelle ou d'un certificat de capacité. La jurisprudence du Tribunal fédéral admettait par exemple (avant que ne soit édictée la LMI) l'interdiction de l'exercice à titre indépendant de la profession d'hygiéniste dentaire, étant donné que cette activité présente certains risques pour la santé qui ne peuvent être correctement maîtrisés sans formation médico-dentaire complète (ATF 116 la 118).

L'ouverture du marché attendue de la présomption d'équivalence des prescriptions cantonales en matière d'autorisation ne s'est que peu ou pas concrétisée. C'est d'autant moins satisfaisant que l'on peut admettre que le besoin de protection de la population, pris objectivement, ne diffère guère d'un canton à l'autre.

Troisièmement, le droit de recours n'a pas joué le rôle de «moteur» de la concrétisation et de la mise en œuvre de la LMI qui lui était assigné. Peu de recours ont été interjetés, la durée et les coûts de procédure – dont l'issue est par ailleurs incertaine – ayant un caractère dissuasif. Les avantages retirés d'un recours sont sans commune mesure avec les moyens investis. Ce constat est particulièrement patent lorsqu'il s'agit de petits marchés comme les services de taxis ou le secteur des installations sanitaires. Ce n'est que chez les avocats qu'on a constaté une plus grande propension à faire usage du droit de recours.

Du fait de la retenue des personnes lésées, la jurisprudence n'a jusqu'ici pu aborder la question de la liberté d'accès au marché que de façon fragmentée et sur des aspects plutôt secondaires. On manque donc de véritable pratique judiciaire en ce domaine. L'absence de directives contraignantes qui en découle a aussi pour conséquence que les cantons et les communes ne sont guère poussés à mettre leurs réglementations en conformité avec la législation sur le marché intérieur.

La nécessité de la révision découle finalement aussi des règles en vigueur concernant la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux (art. 4 LMI). L'accord entre l'UE et la Suisse sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, oblige les cantons à traiter les certificats de capacité européens, pour les professions réglementées sur le plan cantonal, selon la procédure de reconnaissance européenne. Il existe dès lors un risque qu'un ressortissant suisse puisse être moins bien loti qu'un ressortissant européen en raison de divergences dans les règles de reconnaissance cantonales. Concrètement, un Danois ayant obtenu un diplôme au Portugal pourrait être favorisé par rapport à un Suisse ayant achevé des études aux Etats-Unis.

1.4 Actes préparatoires

1.4.1 Travaux d'experts

1.4.1.1 Groupe d'experts

Le DFE a mis en place un groupe d'experts en décembre 2002 et l'a chargé d'élaborer un projet de révision compatible avec la Constitution en vigueur. Le groupe d'experts, qui a commencé ses travaux fin janvier 2003, était composée, côté Confédération, de représentants des offices suivants: Secrétariat général du Département fédéral de l'économie (SG DFE), Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco), Secrétariat d'Etat à l'économie (seco), Office fédéral de la justice (OFJ). Les représentants, côté cantons, étaient la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) et la Conférence des chefs des départements cantonaux de l'économie publique (CDEP). Le groupe d'experts était placé sous l'égide du SG DFE.

1.4.1.2 Avis de droit Auer/Martenet

Le SG DFE a commandé un avis de droit afin de mieux cerner la portée de l’art. 95, al. 1 et 2, de la Constitution du 18 avril 1999 (Cst.)⁵, d’analyser la constitutionnalité de l’extension à l’établissement commercial de la liberté d’accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance et de déterminer s’il est admissible, sur le plan constitutionnel, de compenser le non-respect de conditions d’accès au marché au lieu de destination par une expérience professionnelle acquise au lieu de provenance. Les deux experts mandatés, Messieurs Andreas Auer et Vincent Martenet, respectivement professeur et chargé de cours à la faculté de droit de l’Université de Genève, ont répondu par l’affirmative aux deux derniers points cités⁶.

Un avis complémentaire, commandé par le SG DFE, a étudié la question suivante: est-il admissible du point de vue constitutionnel de restreindre, par une disposition spéciale contenue dans la LMI, les conditions reconnues par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d’instauration de monopoles cantonaux et communaux? Les deux experts ont conclu au caractère anticonstitutionnel d’une telle disposition.⁷

1.4.1.3 Les grandes lignes de l’avant-projet

L’avant-projet du groupe d’experts se fondait essentiellement sur le besoin avéré d’apporter des correctifs (voir ch. 1.3) et visait, par le biais de mesures d’amélioration ponctuelles, à conférer à la loi une plus grande efficacité. Les éléments clés de la révision sont: l’extension à l’établissement commercial du droit à la liberté d’accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, le durcissement du régime d’exception à la liberté d’accès au marché pour les autorités du lieu de destination, l’application des règles communautaires à la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité et l’introduction d’un droit de recours de la Comco contre les décisions administratives restreignant indûment l’accès au marché.

L’avant-projet prévoyait également la précision du champ d’application matériel de la loi, la collaboration de la Comco avec les cantons et les services fédéraux concernés dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de reconnaissance de l’UE et l’inscription dans la loi de l’entraide administrative et de l’obligation de renseigner pour les particuliers.

1.4.1.4 Points non couverts par la révision

Dans le cadre de ses travaux, le groupe d’experts a envisagé divers correctifs complémentaires pour stimuler le marché intérieur; ils sont évoqués ci-après. Ils ont toutefois dû être abandonnés car la révision de la LMI aurait alors dépassé les besoins de révision reconnus par l’une des chambres du Parlement en transmettant un postulat. Il en découle que la LMI a des prétentions économiques moins ambitieuses que le programme de marché unique de l’UE. Pour disposer d’un véritable

⁵ RS 101

⁶ Pour plus de détails, se référer à la revue «Droit et politique de la concurrence» (DPC), 2004/1, p. 277 ss.

⁷ Pour plus de détails, se référer à la revue «Droit et politique de la concurrence» (DPC), 2004/1, p. 314 ss.

programme de marché intérieur, la Suisse devrait procéder à des travaux législatifs supplémentaires et à certaines modifications constitutionnelles.

1.4.1.4.1 Marchés publics

L'avant-projet éludait volontairement la question d'une éventuelle révision de l'art. 5 LMI, qui prescrit un accès non-discriminatoire aux marchés publics des cantons et des communes. Ceci s'explique notamment par le fait que cette disposition joue le rôle intégrateur qu'on lui avait attribué. Comparativement à la libre circulation des services et des personnes, le potentiel de la LMI a été mieux exploité dans le domaine des marchés publics⁸. Ainsi, les exigences minimales formulées à l'art. 5 LMI en matière d'accès non-discriminatoire au marché ont trouvé un écho dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics (RS 172.056.4). Ce dernier, dans sa version révisée, fixe les seuils à partir desquels un appel d'offres doit se dérouler selon une procédure d'adjudication ouverte ou sélective, à un niveau plus bas que ne l'exigent les engagements internationaux contractés par la Suisse eu égard aux cantons.

Par ailleurs, la législation sur les marchés publics est en cours de révision. En raison de la connexité matérielle de ces domaines, il importe de se prononcer sur une éventuelle révision de l'art. 5 LMI à l'occasion de cette révision-là.

1.4.1.4.2 Monopoles cantonaux ou communaux

L'idée d'assujettir les monopoles cantonaux et communaux à la LMI et de durcir leurs conditions de mise en œuvre par rapport à la jurisprudence du Tribunal fédéral a aussi été abandonnée. Une réglementation plus restrictive stimulerait indéniablement la concurrence et le marché intérieur mais soulèverait par contre de sérieux problèmes constitutionnels, ce que confirme un avis de droit sur la question (voir ch. 1.4.1.2).

1.4.1.4.3 Aides d'Etat

Pour des raisons similaires à celles ayant trait aux monopoles cantonaux et communaux, la question de l'introduction d'une possibilité de contrôle des aides cantonales et communales n'a pas été examinée.

⁸ Cf. le rapport final du 14 mars 2002 de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil national intitulé «L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique», <http://www.pd.admin.ch/i/ed-pa-aufsichtskommission-2002-10.pdf>

1.4.1.4.4 Harmonisation au niveau fédéral des règles de police du commerce

Enfin, une harmonisation, au niveau fédéral, des règles cantonales ou communales de police du commerce n'est pas non plus entrée en ligne de compte, puisque la LMI, de par sa conception (fédéraliste) même, ne vise justement pas à harmoniser ces réglementations, mais à favoriser leur reconnaissance mutuelle. Quoi qu'il en soit, le législateur dispose aux termes de l'art. 95 Cst. d'une alternative: il peut substituer aux règles cantonales et communales des règles fédérales spécifiques à un secteur.

1.4.2 Procédure de consultation

1.4.2.1 Ouverture

Le 10 mars 2004, le Conseil fédéral a chargé le DFE de mettre en consultation l'avant-projet de loi concernant la révision de la loi sur le marché intérieur (AP LMI). La consultation s'est achevée fin juin 2004. Les 68 prises de position adressées se décomposent comme suit:

- cantons (22) et organes intercantonaux (2);
- villes (3);
- partis politiques (6);
- associations faîtières de l'économie et autres organisations intéressées (32);
- commissions fédérales (2) et Tribunal fédéral (1).

1.4.2.2 Evaluation globale

Les résultats de la procédure de consultation ont été majoritairement positifs. Ainsi, sur les 22 prises de position émanant des cantons, une majorité a avalisé le projet (BE, AG, SO, BS, SG, AI, NW, OW, SZ, UR, NE, TI). Les cantons de ZH, SH, GR et ZG ont approuvé la plupart des points du projet. L'avant-projet a été rejeté par les cantons de VD, GE, VS, TG, AR mais aussi, dans une large mesure, par le canton de FR. Enfin, alors que la Conférence des directeurs cantonaux de la santé (CDS) s'est prononcée contre la révision, la Conférence des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) l'a approuvée dans sa majeure partie.

Les partis gouvernementaux ont soutenu l'avant-projet; l'UDC a toutefois rejeté la proposition d'introduction d'un droit de recours de la Comco. Si le PCS s'est lui aussi exprimé en faveur du projet, le PES l'a rejeté.

La plupart des associations faîtières de l'économie ont également approuvé soit l'intégralité (économiesuisse, Union suisse des paysans, Travail.Suisse), soit la majeure partie des propositions avancées (Union suisse des arts et métiers). Bien que l'Union syndicale suisse n'ait pas rejeté le projet, elle a critiqué la plus grande libéralisation de l'accès au marché et a exprimé ses doutes quant à l'utilité de la loi sur le marché intérieur.

Les réactions des organisations commerciales ou spécifiques à une branche sont allées de l'approbation de la majeure partie des propositions avancées (Union suisse des professions libérales, Fédération suisse du tourisme, constructionsuisse notamment) au rejet (Centre Patronal et GastroSuisse notamment). Les critiques formulées ont porté principalement, voire parfois exclusivement, sur la plus grande libéralisation de l'accès au marché.

1.4.2.3 Extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance

Certains cantons (GE, VD, FR et TG) ont refusé l'extension de la liberté d'accès au marché à l'établissement, estimant qu'elle aurait pour effet pervers un nivellement par le bas de la réglementation. Cette crainte était partagée par l'Union suisse des professions libérales et par la Fédération des Entreprises Romandes.

L'extension proposée est essentielle pour rendre la loi plus efficace en renforçant le principe du marché intérieur. L'extension a été maintenue pour cette raison et parce qu'il est possible d'imposer des restrictions à la liberté d'accès au marché au lieu de destination pour protéger des intérêts publics prépondérants (art. 3 LMI).

1.4.2.4 Durcissement du régime de restrictions à la liberté d'accès au marché

Plusieurs organisations professionnelles (Union suisse des arts et métiers, Union suisse des professions libérales, Fédération suisse du tourisme, GastroSuisse, Société Suisse des Entrepreneurs, Société suisse des ingénieurs et des architectes, Fédération des Entreprises Romandes, Union Suisse des Installateurs-Electriciens) ont critiqué le fait que, désormais, l'expérience professionnelle puisse suppléer à une formation jugée insuffisante par le canton de destination. Elles ont demandé que, pour protéger des intérêts publics prépondérants, des standards minimaux de formation soient fixés et/ou que la preuve d'une expérience professionnelle soit apportée.

L'obligation de tenir compte de l'expérience professionnelle limite la capacité des autorités du lieu de destination à restreindre l'accès au marché et renforce ainsi le principe du marché intérieur. À ceux qui craignent que les intérêts publics ne soient menacés, on peut objecter que le besoin de protection de la population est similaire, voire identique, dans les différents cantons, ce qui justifie le durcissement envisagé du régime des restrictions.

Partant, il n'apparaît pas nécessaire non plus d'opter pour une certification de l'expérience professionnelle. Par ailleurs, qui dit certification dit davantage de bureaucratie et risque potentiel d'aller à l'encontre de l'objectif initial, qui est de faciliter l'accès au marché par un durcissement du régime des restrictions. Cela accroîtrait aussi le risque de discrimination des ressortissants suisses.

Enfin, des questions de principe s'opposent à la fixation de standards minimaux. La loi sur le marché intérieur règle uniquement l'accès intercantonal au marché, pas l'accès au marché à proprement parler (premier accès au marché). La réglementation

du premier accès au marché en tant que tel doit intervenir par le biais de dispositions sectorielles spécifiques.

1.4.2.5 Reconnaissance des certificats de capacité selon la procédure de reconnaissance de l'UE

La CDIP, la CDS et le canton de FR se sont déclarés opposés à la levée, liée à l'introduction de la procédure de reconnaissance de l'UE, de la réserve légale en faveur des accords intercantonaux, étant donné que les règles intercantionales en matière de reconnaissance des diplômes sont plus avantageuses (reconnaissance automatique) que celles de l'UE.

Cette critique s'avère justifiée, d'autant que le maintien de la réserve en faveur d'accords intercantonaux n'est pas en contradiction avec l'objectif recherché par la révision, à savoir éviter que des ressortissants suisses ne se trouvent défavorisés par rapport à ceux de l'UE. Par conséquent, la demande des participants à la procédure de consultation a été agréée.

1.4.2.6 Droit de recours de la Commission de la concurrence

Certains participants à la procédure de consultation (les cantons de VD, GE, VS, TG, AR, GR, la CDS et l'UDC) ont rejeté l'instauration d'un droit de recours de la Comco, jugé inutile et bureaucratique. Enfin, le canton de ZH a rejeté l'idée d'un droit de recours en matière de marchés publics, arguant que les particuliers peuvent en faire grand usage et qu'il risque de retarder inutilement les procédures liées aux marchés publics. Le Tribunal fédéral a souligné la surcharge de travail qui en découlerait.

Pour garantir le respect de la LMI, la Comco dispose d'un simple droit de recommandation, ce qui affaiblit sa fonction de contrôle. Le seul instrument légal permettant de concrétiser la liberté d'accès au marché est le droit de recours; or les particuliers confrontés à des restrictions à l'accès au marché en font un usage assez inégal. L'introduction d'un droit de recours peut à la fois asseoir la fonction de surveillance de la Comco et optimiser l'efficacité de cet instrument. Cette condition est essentielle si l'on veut atteindre l'objectif fixé: rendre la LMI plus efficace.

Il a été tenu compte de la demande d'exclusion des marchés publics dans la mesure où le droit de recours est soumis, dans ce domaine, à certaines restrictions (cf. ch. 2.6, commentaire de l'art. 9, al. 2^{bis}). En outre, le droit de recours de la Comco se limite uniquement à la garantie d'un accès non discriminatoire aux marchés publics (art. 5 LMI). Enfin, l'exercice de ce droit par la Comco doit être parfaitement ciblé. Pour toutes ces raisons, la réglementation proposée – élément fort de la révision – a été maintenue.

1.4.2.7

Autres requêtes exposées lors de la procédure de consultation

Certaines requêtes ont été exposées dans le cadre de la procédure de consultation. Ainsi, l'Union suisse des arts et métiers et la Société suisse des ingénieurs et des architectes ont demandé que l'on inscrive dans la loi le principe de subsidiarité de l'activité économique de l'Etat. Cette demande n'a pas été satisfaite car le rôle de la loi sur le marché intérieur n'est pas de redéfinir le cadre de l'activité économique de l'Etat.

Economiesuisse et la Comco ont demandé que les cantons et les communes soient tenus par la loi de recourir à des appels d'offre lorsqu'ils entendent transférer l'exploitation de leurs monopoles à des entreprises privées. L'avant-projet indique seulement que le secteur public est tenu au principe de non-discrimination lors de tels transferts. Cette demande a été satisfaite, car elle facilite voire garantit un accès au marché non discriminatoire et renforce la concurrence, sans pour autant remettre en cause la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique.

Le PRD et economiesuisse ont demandé que l'on examine la question de l'instauration d'un droit de décision en faveur de la Comco comme alternative au droit de recours prévu, lequel coûte du temps et de l'argent. Même s'il est plus efficace qu'un droit de recours, un droit de décision serait difficilement conciliable avec l'idée d'une loi sur le marché intérieur conçue comme une loi-cadre. On assisterait notamment à un transfert des voies de droit des instances cantonales vers les instances fédérales. Cette requête n'a par conséquent pas été satisfaite.

Economiesuisse a par ailleurs demandé que l'on oblige les cantons à présenter, tous les ans à la Comco, un rapport sur les adaptations – intervenues ou envisagées – de leur législation aux prescriptions de la LMI. Une telle obligation s'avère inutile, puisque la Comco peut recourir au nouvel outil d'entraide administrative (art. 8a LMI) pour connaître l'état de la législation cantonale. Pour la même raison, il n'a pas été donné suite à la demande du Canton de Fribourg de créer un «Observatoire des activités réglementées», qui serait composé de représentants des cantons et de la Confédération.

Par ailleurs, certains cantons ont demandé la suppression de l'obligation d'entraide administrative (VD, VS, TG, GR et ZG) ou un dédommagement pour le travail fourni dans ce cadre (SZ et SH). La Comco est tributaire de l'aide des cantons et des communes pour exercer sa fonction de surveillance, d'autant que ceux-ci sont destinataires de la loi. L'obligation d'entraide administrative, qui est également inscrite dans d'autres lois fédérales (loi sur les cartels p. ex.), a d'ores et déjà trouvé un certain écho dans la pratique, malgré l'absence de base légale à cet égard dans la LMI actuelle. Une obligation de dédommagement ne paraît pas justifiée, puisqu'il s'agit de concrétiser des principes constitutionnels qui concernent tant la Confédération que les cantons. Il ne s'agit pas d'une aide des cantons à l'exécution de tâches dévolues à la Confédération. La requête des cantons susmentionnés n'a par conséquent pas été satisfaite.

Enfin, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union suisse des professions libérales, la Société suisse des ingénieurs et des architectes ont aussi demandé qu'un droit de recours soit aménagé en faveur des diverses organisations professionnelles. Comme les organisations de ce type ne sont pas concernées directement par les restrictions à

l'accès au marché et ne peuvent se prévaloir de l'intérêt public au bon fonctionnement du marché intérieur, l'instauration d'un droit de recours (pour les associations) n'est pas nécessaire. Il convient de rappeler à ce propos que les organisations professionnelles peuvent toujours faire appel à la procédure du recours collectif pour se défendre contre des ingérences inadmissibles dans la liberté économique d'une majorité de leurs membres. De plus, l'instauration d'un droit de recours des associations a aussi été rejetée lors de l'adoption de la loi sur les cartels. La requête des participants à la consultation n'a par conséquent pas été satisfaite.

2 Contenu de la révision

2.1 Extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance

L'un des éléments clés de la révision est l'extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance. L'extension envisagée rejoint au demeurant les objectifs de la LMI. Entre autres choses, la loi entend en effet faciliter la mobilité professionnelle en Suisse (art. 1, al. 2, let. a, LMI) et renforcer la compétitivité de l'économie suisse (art. 1, al. 2, let. c, LMI). L'interprétation restrictive que fait le Tribunal fédéral de l'art. 2 LMI, destiné à concrétiser ces buts, est un frein tant à la mobilité qu'à la concurrence. Des catégories professionnelles entières, tributaires d'équipements fixes sur le lieu d'exécution de la prestation, n'ont jusqu'ici pas pu s'appuyer sur la LMI pour revendiquer la liberté d'accès au marché.

2.2 Renforcement et extension de l'art. 3 LMI

Le durcissement du régime d'exception de l'art. 3 LMI constitue un autre point majeur de la révision. Les autorités du lieu de destination ne pourront en principe plus refuser l'accès au marché. Il faudra soumettre les restrictions à l'accès au marché à de plus hautes exigences en matière de proportionnalité. Un changement de profession ou l'abandon d'une activité lucrative indépendante à la suite d'un changement de domicile doit demeurer une exception. Un examen juridique approfondi des restrictions imposées en fonction de la situation concrète des personnes concernées doit y veiller. On renforce ainsi le principe du marché intérieur par rapport au principe du fédéralisme.

2.3 Reconnaissance des certificats de capacité selon la procédure de reconnaissance de l'UE

À l'avenir, la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux devra s'effectuer selon la procédure de reconnaissance de l'UE, les accords intercantonaux restant réservés. Pour ce qui est de la reconnaissance non réglée sur le plan cantonal, les mêmes règles s'appliqueront sur le plan externe (UE) et interne (entre cantons). L'harmonisation des règles de reconnaissance empêche notamment une éventuelle

discrimination des Suisses par rapport aux ressortissants européens. Elle concourt à renforcer la sécurité du droit et facilite l'exécution par les autorités cantonales.

2.4 Droit de recours de la Commission de la concurrence

Le dernier élément phare de la révision est l'introduction d'un droit de recours de la Comco contre les décisions restreignant indûment l'accès au marché. Ce nouvel instrument, qui s'appuie sur les projets de loi relatifs à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (cf. ch. 2.6, commentaire de l'art. 9, al. 2^{bis}) et qui est souhaité par les Chambres fédérales (cf. ch. 1.2), permet de faire clarifier par les tribunaux les questions clés encore ouvertes concernant l'accès au marché et de faire avancer la concrétisation du marché intérieur.

2.5 Autres points de la révision

2.5.1 Précision du champ d'application matériel

Actuellement, le champ d'application matériel de la LMI (art. 1, al. 3, LMI) englobe toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique, selon la nouvelle terminologie⁹). Les autorités de la concurrence ont constaté qu'il existe un certain flou quant à la classification des activités commerciales exercées dans le cadre du secteur public. Pour des raisons de sécurité du droit et de transparence, il faut donc détailler davantage l'art. 1, al. 3, LMI.

2.5.2 Présomption d'équivalence des réglementations cantonales et communales

Le principe de liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance se fonde sur la présomption (réfragable) d'équivalence des prescriptions cantonales et communales. Cette dernière doit être inscrite explicitement dans la loi.

2.5.3 Transfert de l'exploitation de monopoles cantonaux ou communaux à des entreprises privées, au moyen d'un appel d'offres

Les cantons et les communes peuvent transférer à des entreprises privées l'exploitation de leurs monopoles en recourant à des concessions. À l'avenir, cette opération devra impérativement passer par un appel d'offres. Cette obligation de soumission à appel d'offres répond à l'objectif fixé par la loi; elle renforce en effet la concurrence et permet à un véritable marché intérieur des activités soumises à concession de voir le jour.

⁹ Art. 27 Cst.

2.5.4 Abrogation de l'obligation de la Confédération de consulter et d'informer les cantons

Aux termes de l'art. 7 LMI, le Conseil fédéral informe et consulte régulièrement les cantons sur les développements du droit public, du droit international, du droit de l'intégration et du droit fédéral qui, dans le cadre de la présente loi, sont importants pour la mise en place du marché intérieur par les cantons et les communes. L'obligation qu'a la Confédération de consulter et d'informer étant inscrite dans d'autres textes légaux, cette disposition n'a pas de raison d'être.

2.5.5 Entraide administrative

L'inscription de l'entraide administrative dans la loi doit garantir la collaboration des autorités concernées, laquelle a d'ores et déjà trouvé un certain écho dans la pratique, malgré l'absence de base légale à cet égard dans la LMI actuelle, et permettre de l'asseoir solidement sur le plan juridique.

2.5.6 Obligation de renseigner pour les personnes concernées et sanctions possibles

L'inscription de l'obligation de renseigner dans la loi a pour vocation de garantir la collaboration des personnes concernées dans le cadre des investigations effectuées par la Comco. Afin que cette obligation soit suivie d'effet, il faut que les cas de non-respect ou de violation puissent être sanctionnés. La loi doit par conséquent prévoir cette possibilité.

2.5.7 Publication par la Commission de la concurrence et obligation administrative de communiquer les décisions

La Comco doit être autorisée par la loi à publier ses recommandations, ses expertises ainsi que les décisions administratives et judiciaires concernant la LMI dans la revue «Droit et politique de la concurrence» (DPC).

Ce mandat de publication, de même que l'exercice du droit de recours (voir ch. 2.4), présupposent que les autorités et tribunaux concernés transmettent leurs décisions à la Comco, d'où la nécessité de prévoir une obligation de communication dans la loi.

2.6 Commentaire article par article

Art. 1, al. 3

La disposition précise que les prestations commerciales fournies dans le secteur public doivent elles aussi être assujetties à la liberté économique et donc tomber dans le champ d'application matériel de la loi. Sont concernées les activités qui sont aussi proposées sur le marché (enseignement, p. ex.). Cette approche correspond, d'une part, à la doctrine récente en matière constitutionnelle, qui soumet les activités

de ce type au champ d'application matériel de la liberté économique. Le message concernant la loi sur le marché intérieur (FF 1995 I 1193) a déjà abordé ce point. D'autre part, cette nouvelle précision garantit, comme le souhaitent certains participants à la consultation, la conformité du texte avec l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 entre l'Union européenne et la Suisse¹⁰. Enfin, un ajustement terminologique intervient: le concept de «liberté du commerce et de l'industrie» est remplacé par celui de «liberté économique».

Art. 2, al. 4 à 6

Aux termes de l'al. 4, le principe de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance s'appliquera désormais aussi à l'établissement. En conséquence, quiconque s'établit quelque part afin d'y exercer son activité peut se prévaloir des prescriptions du lieu du premier établissement. Ainsi, les catégories professionnelles qui, du fait de la nature de leur activité commerciale, doivent s'établir sur le lieu de la prestation (hôteliers, p. ex.) bénéficieront de la liberté d'accès au marché. Concrètement, cela signifie que 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. C'est une solution judicieuse, eu égard notamment aux succursales. Les restrictions à la liberté d'accès au marché sont autorisées dans les limites de l'art. 3 LMI.

Pour des raisons de souveraineté cantonale (art. 3 Cst.), on conçoit aisément que le contrôle du respect des prescriptions du premier établissement incombe à l'autorité du lieu de destination. Le fait que l'autorité du lieu de destination puisse, aux termes de l'art. 3 LMI, soumettre l'accès au marché à des charges plaide également contre la solution inverse. Il incombe assurément à l'autorité du lieu d'appliquer son propre droit sur son propre territoire. L'abandon de l'activité au lieu du premier établissement ne modifie en rien la situation juridique, les personnes concernées pouvant continuer d'exercer leur activité selon les prescriptions du premier établissement.

La pratique devra apporter des réponses à diverses questions soulevées par la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. Quelques-unes d'entre elles seront esquissées ci-après, sans prétention à l'exhaustivité.

Par son statut juridique, le deuxième établissement dépend du premier. Aucune autorisation spécifique ne doit être requise pour le deuxième établissement. Il incombe aux cantons de prendre les dispositions nécessaires pour exercer la surveillance du deuxième établissement sur leur territoire et pour pouvoir, en particulier, imposer des charges conformément à l'art. 3 du projet. Le lien de dépendance juridique qu'il y a entre le deuxième et le premier établissement trouve notamment son écho dans l'application du droit du canton de premier établissement au deuxième établissement. Cela implique aussi, par exemple, que des modifications du droit du canton du premier établissement doivent être appliquées par le canton du deuxième établissement. Dès lors, il peut s'avérer nécessaire, en fonction du cas, de coordonner la pratique de surveillance des cantons concernés.

¹⁰ RS 0.142.112.681. Aux termes de l'art. 10, annexe 1 à l'accord, le ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée ne peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique que dans la mesure où ce dernier est lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques.

Le lien juridique existant entre le deuxième et le premier établissement doit toutefois permettre au deuxième établissement de perdurer en cas d'abandon du premier établissement (art. 2, al. 4, deuxième phrase du projet). Dans ce cas, il convient d'examiner les motifs conduisant à l'abandon de l'activité au lieu du premier établissement. Si le bénéficiaire de l'établissement abandonne le premier établissement pour des motifs ne concernant pas les conditions juridiques de son autorisation, il n'y a pas lieu de remettre en cause le maintien du deuxième établissement. En revanche, si le premier établissement est abandonné parce que les conditions juridiques d'autorisation ne sont plus remplies et que ces mêmes conditions ne concernent pas seulement le premier mais également le deuxième établissement, ce dernier doit dès lors être également abandonné.

Les remarques concernant le statut juridique du deuxième établissement s'appliquent par analogie à tout autre établissement supplémentaire.

L'al. 5 fixe explicitement dans la loi la présomption (réfragable) d'équivalence des réglementations cantonales et communales, qui est à la base de la liberté d'accès au marché. Le changement n'entraîne pas de modification du droit actuel. Toutefois, l'inscription du principe d'équivalence dans la loi lui confère plus de poids.

L'al. 6 oblige les autorités cantonales et communales qui transfèrent à des entreprises privées l'exploitation de leurs monopoles à suivre une procédure d'appel d'offres. Cette obligation facilite l'accès mutuel au marché sans pour autant remettre en cause la compétence, limitée sur le plan constitutionnel, des cantons et des communes dans le domaine des pratiques économiques monopolistiques¹¹. Les autorités concernées fixent les modalités d'appel d'offres. Bien entendu, les règles d'attribution des marchés publics peuvent être appliquées par analogie.

Art. 3

Aux termes de l'al. 1, les autorités du lieu de destination ne peuvent en règle générale plus refuser l'accès au marché à des offreurs externes, tout au plus peuvent-elles le restreindre au moyen de charges. L'expression «en principe» signifie qu'un refus reste possible pour les cas où les règles d'accès au marché divergent de façon très marquée.

L'al. 2 est abrogé car il n'est pas nécessaire de préciser quels intérêts publics entrent en ligne de compte pour restreindre l'accès au marché. Ils sont, d'une part, identiques à ceux admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de restrictions à la liberté économique. D'autre part, insinuer à l'art. 3, al. 2, que les règles au lieu de provenance pourraient avoir totalement ignoré les questions de protection de l'intérêt public contreviendrait à la présomption d'équivalence des réglementations cantonales d'accès au marché, nouvellement introduite à l'art. 2, al. 5. Les difficultés surgissent en cas d'importantes disparités: lorsque les cantons jugent certaines questions dignes de protection ou qu'ils font appel à d'autres mécanismes d'application (p. ex. en faisant intervenir le contrôle non au lancement d'une activité, mais

¹¹ Aux termes de l'art. 94, al. 4, Cst, les dérogations au principe de la liberté économique sont notamment admises si elles sont fondées sur les droits régaliens des cantons (monopoles «historiques»). En outre, les cantons et les communes sont autorisés à instaurer de nouveaux monopoles, pour autant qu'ils soient justifiés par l'intérêt public et qu'ils respectent le principe de proportionnalité. A cet égard, la notion de bien public est prise en compte, mais pas les considérations d'ordre économique ou fiscal (ATF 128 I 110).

durant son exercice). Enfin, l'abrogation de l'al. 2 satisfait au principe de l'allègement de la législation.

L'al. 3 oblige les autorités à tenir aussi compte de l'expérience professionnelle que l'offreur a acquise au lieu de provenance lorsqu'elles procèdent à un examen sous l'angle de la proportionnalité. La prise en compte de l'expérience professionnelle n'est prévue, dans le droit actuel, que dans le contexte de la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4, al. 3, LMI). Ainsi, jusqu'ici, les cas où l'accès au marché au lieu de destination est assujéti à la possession d'un certificat de capacité – alors qu'un tel certificat n'est pas exigé au lieu de provenance pour l'exercice de l'activité considérée (dans le secteur de la restauration, p. ex.) – ne sont pas pris en considération. L'autorité du lieu de destination devra désormais tenir compte de l'expérience professionnelle que la personne concernée a acquise au lieu de provenance, indépendamment de l'existence d'un certificat de capacité. D'où la question soulevée également lors de la procédure de consultation: qu'entend-on au juste par protection suffisante des intérêts publics? Eu égard à l'accord administratif du 12 mars 1999 de l'Espace Mittelland sur les activités commerciales réglementées, qui fixe des règles d'accès (facilité) au marché sur une base de réciprocité entre les cantons concernés, le fait d'avoir dûment exercé une activité professionnelle pendant trois années consécutives peut être considéré comme suffisant¹². La reconnaissance de l'expérience professionnelle n'est pas seulement importante dans les cas où aucun titre n'est exigé dans le canton de provenance, mais aussi dans ceux où l'accès au marché du lieu de provenance a été acquis avec un titre qui ne peut donner lieu à une reconnaissance aux termes de l'art. 4 LMI. En arguant de l'expérience professionnelle, il sera possible de contrer le refus d'accès au marché sans devoir déposer, dans le même temps, une demande de reconnaissance d'équivalence des diplômes. C'est particulièrement pertinent lorsqu'un domaine professionnel n'est accessible, dans sa pleine dimension, qu'aux titulaires d'un titre universitaire (médecins, p. ex.) et que, néanmoins, certaines parties du domaine d'activité peuvent être ouvertes, moyennant charges, à des diplômés de filières non universitaires, sans que le canton ne crée explicitement de nouvelles catégories professionnelles (p. ex. acupuncteurs sans examen fédéral de médecine).

L'al. 4 substitue à l'expression «obstacle déguisé aux échanges» l'expression «barrière déguisée à l'accès au marché». Cette modification n'apporte aucun changement au fond. L'idée est simplement de souligner que l'expression ne se limite pas à la libre circulation des marchandises.

L'al. 5 oblige les autorités du lieu de destination à soumettre les décisions relatives aux restrictions à l'accès au marché à une procédure simple, rapide et gratuite. On comble ainsi une lacune dans la législation en vigueur, laquelle ne prévoit, pour l'intéressé, de droit à une telle procédure qu'en cas de restriction découlant de la non-reconnaissance d'un certificat de capacité (art. 4, al. 2, LMI).

Art. 4, al. 2 et 3^{bis}

L'al. 2 peut être abrogé du fait de l'extension, introduite à l'art. 3, de la règle à toutes les restrictions à l'accès au marché (voir ci-dessus, commentaire de l'art. 3, al. 5).

¹² Art. 3 de l'accord administratif

L'al. 3^{bis} soumet la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au plan cantonal à de nouvelles bases pour les métiers dont la reconnaissance n'est pas couverte par l'Accord intercantonal du 18 février 1993 sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études¹³. La reconnaissance s'effectuera dorénavant conformément à l'Accord bilatéral du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes entre l'Union européenne et la Suisse, soit conformément à la procédure de reconnaissance mise en place au sein de l'UE. Les bases légales reposent à l'heure actuelle sur une série de directives spécifiques à certaines professions (métiers de la santé notamment) et sur trois directives générales¹⁴. La nature de ces bases sera fonction de l'évolution du droit européen en ce domaine et de la reprise du futur droit européen dans l'accord sur la libre circulation des personnes. Il convient à ce propos de mentionner la proposition de directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, qui opère une consolidation des 15 directives existantes et qui devrait entrer en vigueur début 2006 dans toute l'UE¹⁵. Grâce à la reprise de la procédure communautaire, les mêmes règles s'appliqueront sur les plans interne et externe, ce qui permet d'éliminer le risque que des ressortissants suisses ou d'Etats tiers pouvant invoquer la LMI du fait d'une domiciliation fassent l'objet de discriminations par rapport à ceux de l'UE. Le fait que l'équivalence d'un certificat de formation acquis dans l'UE ou dans un Etat tiers doive être examinée n'a pas d'importance par ailleurs. Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si les certificats de capacité entrent dans le champ d'application de l'accord sur la reconnaissance des diplômes, mais si les activités lucratives protégées par assujettissement à un certificat de capacité y entrent.

La portée de l'al. 3^{bis} dépendra toutefois de l'usage que fera la Confédération, dans le cadre de l'application de la nouvelle loi sur la formation professionnelle, de ses prérogatives en matière de réglementation.

La portée de l'art. 4, al. 1 et 3, LMI, sera considérablement restreinte pour la reconnaissance intercantonale à la suite de la reprise de la procédure de reconnaissance de l'UE.

Art. 7

Compte tenu de l'implication des cantons dans le cadre de la procédure de consultation afférente aux actes normatifs de la Confédération et compte tenu de la loi du 22 décembre 1999, promulguée depuis, sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération¹⁶, qui permet à ces derniers de collaborer à la préparation des décisions de politique extérieure qui concernent leurs compétences ou touchent à leurs intérêts prépondérants, il apparaît que cette disposition n'a plus lieu d'être. Elle peut donc être abrogée eu égard au principe de l'allègement de la législation.

¹³ L'accord intercantonal porte sur les métiers éducatifs, sociaux et artistiques et sur les métiers de la santé non universitaires.

¹⁴ La directive 89/48/CE régit la reconnaissance des diplômes nécessitant une formation universitaire d'une durée minimale de trois ans; la directive 92/51/CE régit la reconnaissance de diplômes pour des métiers nécessitant une formation de 1 à 3 ans; la directive 99/42/CE régit la reconnaissance de diplômes pour des métiers ne nécessitant pas de formation spécifique. Ces textes prévoient notamment des délais de traitement pour la reconnaissance des certificats de capacité.

¹⁵ COM (2002) 119 final.

¹⁶ RS 138.1

Art. 8, al. 4

Le nouvel al. 4 entend garantir la bonne exécution de l'art. 4, al. 5, LMI. Compte tenu de la nécessaire coordination entre la Confédération et les cantons pour la reconnaissance des certificats de capacité et des diplômes et afin d'en garantir l'«exécutabilité», il est judicieux que la Comco collabore avec les cantons et les services fédéraux chargés des questions de reconnaissance (Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, OFFT, et Bureau de l'intégration, IB) lors de l'élaboration de recommandations d'exécution *ad hoc* adressées aux services cantonaux concernés. Cette solution est simple et efficace.

L'intervention de la Comco est recommandée en raison de son indépendance par rapport aux autorités administratives. Elle n'est liée aux instructions ni du Conseil fédéral ni des différents départements. La Comco n'est rattachée qu'administrativement au Département fédéral de l'économie (DFE). Le président de la commission exerce la haute surveillance sur les activités du secrétariat.

Art. 8a

Cette nouvelle disposition oblige les services fédéraux, cantonaux et communaux à coopérer dans le cadre des investigations de la Comco. Cette obligation, qui présuppose une demande *ad hoc* de la Comco ou de son secrétariat, se justifie, d'une part, du fait que la Comco est souvent tributaire de l'aide d'autres autorités pour établir l'état de fait dans le cadre de ses enquêtes et pour élaborer ses recommandations. D'autre part, cet instrument doit permettre à la Comco de s'informer de l'état des prescriptions cantonales et communales. En d'autres termes, il s'agit de garantir que la Comco puisse remplir son mandat légal. Lorsqu'elle recourt à l'entraide administrative, la Comco doit se conformer au principe de proportionnalité.

Art. 8b

L'obligation, pour les personnes concernées, de renseigner et de produire des pièces poursuit le même objectif que l'entraide administrative. Par «personnes concernées», on entend les personnes physiques ou morales victimes de restrictions à l'accès au marché ou, inversement, tirant profit de ces restrictions. Conformément au principe de proportionnalité, l'obligation se limite à la fourniture des renseignements et à la production des documents nécessaires aux investigations de la Comco.

Art. 8c

L'al. 1 prévoit que quiconque n'aura pas rempli son obligation de renseigner, ou ne l'aura fait qu'en partie, sera puni d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 000 francs. Cette mesure entend garantir le respect effectif de cette obligation. L'amende touche en premier lieu les personnes physiques, mais en second lieu aussi les personnes morales lorsque, concrètement, l'amende que risque une personne physique ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête la concernant impliquerait des mesures d'instruction disproportionnées (art. 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif¹⁷). Pour ce qui est du montant des amendes, il convient, d'une part, de tenir compte du fait que la LMI se focalise sur les restrictions à la concurrence induites par l'Etat et non pas, à l'image de la loi sur les cartels, sur les restrictions à la concurrence induites par des particuliers. D'autre part, on ne doit pas oublier que les organisations et associations professionnelles (privées) ont une

¹⁷ RS 313.0

influence majeure, du fait de leur savoir-faire, sur la réglementation de leur secteur spécifique. Fixer à 10 000 francs l'amende maximale est donc à la fois approprié et conforme au principe de proportionnalité.

Al. 2: la sanction envisagée revêt un caractère pénal au sens de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cela implique que la procédure de sanction soit régie par les prescriptions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

Art. 9, al. 2^{bis}

La nouvelle disposition confère le droit à la Comco de faire constater par voie de recours qu'une décision (cantonale ou communale) restreint indûment l'accès au marché. La proposition s'appuie sur les projets de loi relatifs à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale¹⁸. Selon ce projet, les recourants pourront contester les décisions concernant l'application de la LMI prises en dernière instance par une autorité judiciaire cantonale en interjetant non plus un recours de droit public, mais un recours au sens de l'art. 77 et suivants du projet de nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (P-LTF). Ont qualité pour recourir non seulement les particuliers concernés, mais aussi les départements de la Confédération ou, dans la mesure où le droit fédéral le prévoit, les offices qui leur sont subordonnés à condition que le dossier contesté touche à leurs tâches (art. 84 P-LTF). L'art. 9, al. 2^{bis}, dispose par conséquent qu'outre les autorités visées par l'art. 84 P-LTF, la Comco se voit conférer, par des dispositions de lois fédérales – et non plus seulement par des ordonnances (cf. message, FF 2001 4128), la qualité pour recourir.

Pour toutes les autres questions relatives au droit de recours, les règles générales de la future loi sur le Tribunal fédéral s'appliqueront. Cela signifie en particulier que la Comco, dès lors qu'elle a qualité pour recourir, peut faire usage des voies de recours cantonales et être partie à une procédure devant n'importe quelle instance cantonale (cf. art. 104, al. 2, P-LTF). Dans la mesure où d'éventuels recours auprès d'instances communales peuvent être qualifiés généralement de «voies de droit cantonales» au sens de cette disposition, la Comco est assurée de disposer aussi d'un droit de recours contre les décisions de première instance. Par ailleurs, en se fondant sur l'art. 105, al. 4, P-LTF, le Conseil fédéral déterminera par voie d'ordonnance les décisions devant être communiquées à la Comco par les instances cantonales et communales. Enfin, il convient de rappeler que le droit de recours sera restreint dans le domaine des marchés publics. En l'état actuel des examens parlementaires, le droit de recours devrait être limité aux décisions soulevant des questions juridiques d'importance fondamentale et concernant des marchés excédant les valeurs seuils déterminantes (pour la procédure ouverte et la procédure sélective).

Fonder le droit de recours de la Comco sur la future loi sur le Tribunal fédéral implique que pour exercer ce droit, on devrait attendre l'entrée en vigueur de celle-ci (prévue pour début 2007) si la LMI révisée entre en vigueur plus tôt. Ceci devrait être le cas au mieux début 2006, aussi une éventuelle attente paraît-elle acceptable.

¹⁸ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000.

Le droit de recours de la Comco complète celui des particuliers concernés qui, bien qu'inscrit dans la loi, est rarement utilisé. La Comco se voit donc dotée d'un instrument apte à faire progresser le marché intérieur en portant devant les tribunaux les questions clés encore ouvertes en rapport avec l'accès au marché.

Un droit de recours limité à la seule constatation tient compte du fait qu'en restreignant la liberté d'accès au marché on touche d'abord aux intérêts privés et ensuite seulement aux intérêts publics, dont la concurrence efficace. Il faut rappeler, à ce propos, que la loi entend avant tout renforcer la composante intégratrice de la liberté économique. Dès lors, selon le droit en vigueur, les particuliers concernés peuvent toujours interjeter recours de droit public auprès du Tribunal fédéral contre des décisions cantonales de dernière instance.

Un recours des autorités visant une décision formatrice ne serait pas justifié par rapport aux intérêts en cause et serait même contraire à la maxime de disposition en vigueur dans la procédure administrative s'il permettait à un tiers d'obtenir par voie judiciaire un avantage qu'il n'entendait pas (ou plus) faire valoir.

La Comco peut exercer son droit de recours indépendamment d'un éventuel recours privé visant le respect de la liberté d'accès au marché. L'aval des particuliers concernés n'est pas nécessaire. Le recours de la Comco n'interrompt pas le délai pour le dépôt d'un recours individuel. Si deux recours sont interjetés parallèlement, le tribunal compétent devrait, par souci d'économie judiciaire, joindre les causes.

Art. 10a

En autorisant la Comco à publier ses recommandations et ses expertises (al. 1), on consacre dans la loi la pratique adoptée en matière de publication. Cette disposition potestative laisse à la Comco la liberté de renoncer de cas en cas à une publication.

L'al. 2 étend l'autorisation de publier aux décisions et aux jugements des autorités et des tribunaux. L'obligation de communication prévue à cet effet vise uniquement les décisions pour lesquelles il n'y a pas déjà, sur la base de la future loi sur le Tribunal fédéral, d'obligation de communication à la Comco en relation avec son droit de recours (cf. commentaire ci-dessus relatif à l'art. 9, al. 2^{bis}). Du fait du nombre plutôt restreint de décisions de ce type, on peut admettre que l'obligation de communication n'engendrera pas de travail et de frais excessifs pour les services concernés.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et répercussions sur l'effectif du personnel

3.1.1 Pour la Confédération

L'objectif premier de la révision est de consolider la fonction de surveillance de la Comco. Pour y parvenir, la Comco disposera désormais d'un droit de recours contre les décisions administratives restreignant indûment la liberté d'accès au marché. Pour que la fonction de surveillance puisse déployer pleinement ses effets, il faut, par ailleurs, que la législation cantonale et communale et la jurisprudence concernant la LMI soient, à l'avenir, systématiquement prises en compte. C'est une condi-

tion *sine qua non* pour pouvoir adresser des recommandations ciblées aux autorités compétentes et faire avancer le processus d'adaptation.

Le secrétariat de la Comco ne dispose actuellement d'aucune ressource pour la mise en œuvre de la LMI. Le personnel nécessaire, correspondant à un poste à plein temps, est pris sur les ressources définies dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 1995 pour l'exécution de cette dernière.

Pour pouvoir mettre en œuvre efficacement la révision, il faut que trois postes à plein temps et à durée indéterminée soient créés au secrétariat de la Comco, ce qui implique des dépenses de personnel supplémentaires d'un montant de 450 000 francs environ par an, cotisations de l'employeur incluses. Le besoin supplémentaire en bureaux peut être couvert par l'infrastructure existante.

3.1.2 Pour les cantons et les communes

Pour les cantons et les communes, la révision engendrera de faibles coûts supplémentaires, résultant notamment de l'extension de la gratuité de la procédure concernant les restrictions à l'accès au marché et de l'obligation de soumettre à appel d'offres le transfert de l'exploitation de monopoles à des entreprises privées. Il convient toutefois de relativiser ce dernier point eu égard à l'effet de limitation des coûts découlant du renforcement de la concurrence entre ces entreprises.

L'obligation d'entraide administrative ne devrait pas occasionner de coût supplémentaire – ou tout au plus un coût négligeable – étant donné qu'elle est déjà pratiquée dans une certaine mesure par les cantons et les communes, malgré l'absence de base légale. Il est difficile d'évaluer l'ampleur du travail que nécessite l'adaptation des prescriptions cantonales et communales à la LMI car elle varie d'un endroit à l'autre.

3.2 Conséquences économiques

3.2.1 Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat

La création d'un marché intérieur était un principe fondateur de l'Etat fédéral, incluant dès 1848 la liberté d'établissement, même si quelques ordonnances locales restaient en vigueur dans certains cantons. La liberté d'exercice d'une profession a été ajoutée explicitement en 1874, ainsi notamment qu'une garantie de libre circulation des professions académiques inscrite dans l'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale. Depuis, le contexte juridique a changé. Davantage de barrières à l'accès – motivées par des questions de police du commerce – s'appliquant aussi aux professions non académiques ont été créées. Par ailleurs, la disposition transitoire évoquée a bien fait l'objet de décisions du Tribunal fédéral, mais n'a jamais été concrétisée dans une loi fédérale. La LMI et, dans un domaine spécifique, la loi sur les avocats ont comblé ces lacunes. L'expérience a toutefois montré qu'en formulant des règles de droit générales et abstraites sans harmonisation, telles que la LMI ou les dispositions transitoires de l'ancienne Constitution, on ne peut garantir en toutes circonstances la mobilité professionnelle.

Aujourd'hui, après l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE, il est nécessaire que l'Etat intervienne, notamment pour éviter un risque de discrimination des ressortissants suisses. Il est tout aussi nécessaire de répondre à la plus grande mobilité des échanges et à l'accession accrue des femmes aux professions qualifiées. Cette évolution augmente en effet le risque d'inégalités entre hommes et femmes dans l'accès à l'exercice de leur profession.

Il n'y a pas de risque de défaillance de l'Etat. La libéralisation n'entraîne pas de nivellement par le bas des réglementations, qui survient lorsque aucun canton n'ose plus édicter de règles de police du commerce restrictives par peur de dissuader les acteurs économiques de s'implanter chez lui. L'art. 3 prévient suffisamment ce risque. En fait, la diversité cantonale (sous réserve de la présomption d'équivalence des conditions) présente un plus grand potentiel d'innovation que la centralisation des compétences.

La mondialisation de l'économie impose de rendre compatibles des ordres juridiques bien au-delà du marché national. Les cloisonnements cantonaux, en revanche, empêchent les entreprises d'atteindre une taille critique suffisante et mènent à un renchérissement des prestations. Ils grèvent la compétitivité des entreprises actives tant au plan national qu'international, qui n'ont souvent pas d'autre choix, pour des raisons juridiques ou pratiques, que de recourir aux prestations de professionnels locaux exerçant une profession protégée par un règlement cantonal, et qui occupent de ce fait une position de puissance sur le marché. Outre ces gains statiques, l'ouverture favorise, grâce à une meilleure mobilité professionnelle, l'innovation, laquelle résulte souvent du choc entre le connu et le nouveau. Un arrêt du Tribunal fédéral s'appuyant sur la LMI a ainsi favorisé la combinaison de méthodes d'acupuncture et de médecine traditionnelle (ATF 125 I 335).

3.2.2 Conséquences pour les différentes catégories sociales

D'après le recensement 2000, les professions réglementées concernent près de 15 % de la population active. Cette estimation se fonde sur le postulat selon lequel toutes les professions réglementées le sont également dans l'ensemble des cantons. Premier point: comme tel n'est pas le cas, le nombre de personnes concernées est souvent à relativiser (difficultés d'aller exercer dans certains cantons). Deuxième point: il convient de faire une distinction entre les professions protégées et les activités protégées. Certes, dans le tableau de l'annexe 2, c'est la plupart du temps au professionnel qualifié qu'il est demandé d'apporter la preuve de ses qualifications; toutefois, occasionnellement, les prescriptions ne portent que sur le travailleur indépendant ou sur la structure (cabinet médical, p. ex.) et il est alors demandé à une personne au moins de la société de justifier qu'elle possède les qualifications requises. Troisième point: telles que retenues par la statistique, les catégories professionnelles peuvent contenir aussi bien des professions réglementées que non réglementées¹⁹. Nous estimons dès lors, en tenant compte de ces réserves, que les personnes occupées dans des professions réglementées représentent *grasso modo* 7 % (250 000 personnes) de la population active occupée. Outre les enseignants

¹⁹ On se base sur la nomenclature professionnelle à cinq chiffres. Dans bien des cas, seuls les indépendants sont soumis à une réglementation (ainsi que les collaborateurs qui souhaitent se mettre à leur compte).

(145 000), les catégories les plus touchées sont les professions de la santé (88 000), les ingénieurs et architectes (43 000), les hôteliers et restaurateurs (35 000), les installateurs (sanitaires, électriciens, chauffagistes), les médecins (21 000), etc. À titre de comparaison, la loi fédérale sur la libre circulation des avocats concerne moins de 7000 personnes.

3.2.2.1 Conséquences pour les actifs

La LMI renforce la liberté professionnelle. C'est un gain pour la liberté individuelle, tout d'abord en ce qui concerne l'exercice d'une profession, mais aussi dans un sens plus large (choix du lieu de domicile). La LMI facilite l'exercice d'une profession à titre indépendant en donnant davantage de poids à la qualification des personnes désirant s'établir et en leur évitant de plus en plus de devoir accepter un poste chez un employeur local.

Comme l'indique le tableau de l'annexe 2, les personnes occupées dans des professions réglementées sur le plan cantonal, représentant près de 15 % des actifs, sont nombreuses. Même si le nombre des personnes réellement intéressées est sensiblement plus faible que le nombre des personnes potentiellement concernées, le champ d'application de la LMI est plus large que celui d'autres lois fédérales.

3.2.2.2 Conséquences pour les clients

Les clients sont gagnants du fait de la stimulation de la concurrence. Qui dit concurrence dit aussi plus grande diversité de l'offre, et pas seulement conditions plus avantageuses. Si l'on s'en tient aux résultats empiriques d'une analyse comparative, effectuée au plan international par l'Institut des hautes études de Vienne²⁰, sur les conséquences de la densité réglementaire dans quatre professions libérales, il apparaît que la libéralisation de l'accès au marché se traduit par un accroissement de la taille et donc de l'efficacité des entités économiques et, partant, par un gain de productivité. Gagner en productivité permet d'améliorer les prestations envers la clientèle et d'assurer un revenu à l'offreur.

3.2.2.3 Conséquences pour les autorités de surveillance

Les exigences s'accroissent pour les autorités, vu qu'elles doivent se familiariser avec d'autres régimes juridiques qu'elles ne connaissent guère à ce jour, et plus encore eu égard à l'application de l'accord sur la libre circulation des personnes. Elles doivent également veiller à ce que la proportionnalité des charges imposées au migrant ne le favorise pas par rapport aux offreurs locaux. La solution peut ici aussi consister à libéraliser des dispositions cantonales excessives (motivées la plupart du temps par un protectionnisme local).

²⁰ Iain Paterson, Marcel Fink, Anthony Ogus et al.: Wirtschaftliche Auswirkungen einzelstaatlicher Regelungen für freie Berufe, Untersuchung des Instituts für höhere Studien (IHS) für die GD Wettbewerb der Europäischen Kommission, Wien, Januar 2003.

3.2.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

3.2.3.1 Expertise Sheldon

Une expertise a été commandée au professeur Sheldon afin d'évaluer les conséquences économiques²¹. Elle s'appuie sur les salaires ou les revenus des indépendants recensés par l'enquête suisse sur la population active (ESPA). Elle s'est intéressée aux quelque 1,2 % d'emplois qui sont réglementés dans certains cantons mais pas dans d'autres. Les disparités salariales existant entre cantons protégeant ou non une profession fournissent de précieuses indications sur le gain économique réalisé lorsque le canton de domicile peut être librement choisi et que seuls des motifs autres que la protection d'une profession par restriction cantonale justifient des différences de revenus. La situation géographique en zone urbaine entre par exemple en ligne de compte. Le nombre d'observations exploitables pour l'ensemble des 83 professions considérées s'élève à 2133 sur les 51 000 observations récoltées²² au total dans le cadre de l'EPSA; comme l'on ne peut s'appuyer, la plupart du temps, pour les diverses professions réglementées, que sur quelques rares cas, aucune conclusion spécifique à une profession n'est possible.

Les salaires s'avèrent plus bas dans les cantons pratiquant une réglementation professionnelle. En appliquant les fonctions dites de Mincer en vue de déterminer le revenu attendu, on constate toutefois que le revenu des actifs exerçant localement une profession réglementée serait encore inférieur hors du cadre protégé du fait de leur profil personnel (formation, âge, expérience, etc.). Même constat après correction du biais de sélection (la main-d'œuvre disposant de compétences personnelles particulièrement adaptées à une activité donnée exerce de préférence la profession concernée). Le cloisonnement du marché par les restrictions d'accès aboutit dès lors à des situations protégées en termes de revenus et il y a fort à parier que ces restrictions d'accès ne tiennent pas toutes leurs promesses en matière de qualité. La conséquence de la protection d'une profession sur le niveau des revenus est des plus appréciables: on l'évalue à 4,3 % du salaire. Toutefois, l'intervalle de confiance à 95 % est de -8,6 % à +18,7 %. Pour les travailleurs indépendants, si l'impact est plus important (8,1 %), l'intervalle de confiance s'avère néanmoins plus large, ce qui peut s'expliquer, outre par le nombre d'observations, par la propension qu'a eue cette catégorie à répondre aux questions.

Vu sous l'angle comparatif-statique, il apparaît que la perte de bien-être économique (résultant de la protection de certaines professions) sur l'ensemble de l'économie est relativement modeste (5,5 millions pour les 1,2 % des personnes occupées sondées). Le fait que le nombre d'emplois diminue dans les secteurs protégés en raison du niveau élevé des salaires n'a qu'une légère incidence économique car l'on peut admettre que les personnes «écartées» retrouvent un emploi relativement facilement et sans grande perte de salaire. On peut donc se réjouir que seuls quelque 15 % des actifs exercent une profession réglementée dans un grand nombre de cantons, voire dans tous. À elle seule, cette dernière constatation ne peut qu'inciter à être vigilant en matière de réglementation de l'accès à certaines professions, à éviter le cloison-

²¹ Sheldon, George (2004): Die gesamtwirtschaftlichen Kosten der unvollständigen Verwirklichung der Ziele des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM). Expertise à l'intention du DFE
http://www.evd.admin.ch/imperia/md/content/dossiers/marche_interieur/d/endberichtrev.pdf

²² La subdivision retenue dans l'étude est plus fine que celle du tableau de l'annexe 2.

nement entre cantons et à limiter au strict nécessaire les dispositions pratiques indispensables à la protection des biens publics, tels que la santé et la sécurité personnelle.

3.2.3.2 Autres considérations

Les aspects dynamiques renforcent cet argument. On est en droit de supposer (cf. ci-dessous) que la protection de certains marchés incite à ne pas toujours choisir les tailles critiques efficaces et que les synergies entre les domaines d'activité professionnels ne sont pas ou pas suffisamment exploitées. Du coup, l'innovation s'en trouve freinée et les prestations trop chères en amont nuisent à l'efficacité des secteurs en aval. C'est ce qui ressort des évaluations du modèle dynamique Interlink de l'OCDE²³. La simulation de l'OCDE intègre notamment comme donnée une baisse du niveau des prix de 10 % pour les professions libérales. Cela correspondrait à environ 5 à 10 % des effets initiaux globaux estimés du programme de libéralisation, lequel devrait accroître, après dix ans, le produit intérieur brut de 8 %.

Il vaut dès lors vraiment la peine sur le plan économique – et non pas seulement individuel – de garantir la mobilité géographique des actifs et de soumettre les conditions de réglementation de certaines professions à un examen efficace sous l'angle de la proportionnalité.

3.2.4 Autres réglementations envisagées

Une alternative pourrait consister à centraliser au niveau fédéral les règles de police du commerce. Cette voie, envisageable sans révision constitutionnelle, aurait l'avantage de conférer au droit en vigueur en Suisse une meilleure lisibilité, y compris au niveau international. La mobilité croissante et l'harmonisation internationale du droit qui en découlent nécessiteront toujours plus le recours aux compétences fédérales. La LMI peut d'ores et déjà servir de catalyseur de l'harmonisation au niveau fédéral en supprimant le potentiel de cloisonnement et en obligeant les cantons à procéder à des examens d'équivalence (loi sur le commerce itinérant, loi sur les avocats, compétences fédérales pour les professions des domaines de la santé, professions sociales et artistiques via la loi sur la formation professionnelle).

Certes, la solution fédérale apporte un peu plus d'égalité de droit, mais pas tant que cela, car l'Accord sur la libre circulation des personnes conduira à coup sûr des personnes ayant un cursus professionnel différent à exercer au sein du marché intérieur suisse. L'unification des règlements au niveau fédéral a un prix: une perte de diversité et donc de potentiel d'innovation. Cet aspect va à l'encontre d'une centralisation systématique et dans le sens d'un renforcement, au travers de la LMI, du principe de reconnaissance mutuelle des actes de puissance publique des cantons. L'expérience de l'UE et au niveau mondial plaide aussi pour cette voie (dans laquelle on est passé de l'harmonisation à la «nouvelle approche globale»). Il s'ensuit que la suppression des diverses barrières à la liberté des échanges – paraissant parfois peu significatives – passe avant tout par la reconnaissance mutuelle des

²³ OECD Economic Surveys, Switzerland, Supplement No. 2 – January 2004, Paris.

actes de puissance étatiques («*mutual recognition agreements*»). La portée de ces accords sur la pratique est néanmoins largement tributaire des mécanismes d'application.

3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution

Le système fondé sur la définition de normes générales et abstraites et la confiance dans la mise en œuvre du droit par le biais de recours de droit public interjetés par les personnes concernées a failli. Il y a deux raisons à cela: d'une part la propension à engager une action en justice varie fortement d'un métier à l'autre; d'autre part, toutes les personnes qui ne peuvent pas exercer leur métier sans équipement fixe ont renoncé à faire recours au vu de la retenue du Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. La situation évolue aujourd'hui avec le projet de révision: d'une part, la Comco pourra participer activement au développement du droit; d'autre part, la jurisprudence du Tribunal fédéral devra opérer une mutation, étant donné que la LMI couvrira désormais les professions dont l'exercice est tributaire d'équipements fixes sur le lieu d'exécution. La reprise de la jurisprudence *ad hoc* de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, va aussi dans le sens du changement.

4 Relations avec le programme de la législation

Le Conseil fédéral a annoncé la révision de la loi sur le marché intérieur comme un objet des grandes lignes de son rapport sur le programme de la législation 2003–2007, sous l'objectif 1 «Renforcer la croissance économique» et le titre «Réduire les entraves étatiques, développer la concurrence sur le marché intérieur et renforcer la confiance dans l'économie» (FF 2004 1046). Le projet constitue par ailleurs l'une des 17 mesures du train de mesures pour la croissance adopté par le Conseil fédéral le 18 février 2004.

5 Relations avec le droit européen

La loi sur le marché intérieur ayant un caractère autonome, l'eurocompatibilité n'est pas directement affectée par le projet. Quoi qu'il en soit, soulignons qu'en appliquant les règles communautaires à la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité cantonaux concernant des professions dont la reconnaissance n'est pas régie par une convention intercantonale, la Suisse rapproche sa législation sur le marché intérieur à celle de l'UE. Par ailleurs, l'UE oeuvre actuellement à éliminer les derniers obstacles en matière de libre circulation des services²⁴. La réglementation proposée prévoit en particulier le droit des fournisseurs de services à l'établissement dans un Etat membre selon les prescriptions du pays de provenance. Elle est le pendant du projet d'extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché défini dans le cadre de la révision de la LMI.

²⁴ Voir ch. 2.6, commentaire sur l'art. 4, al. 3^{bis}.

Lors de l'adoption de la LMI en 1995, on s'est appuyé sur les art. 31^{bis} et 33, al. 2, Cst. Ces normes constitutionnelles ont été remplacées, à la suite de mises à jour, par les dispositions des art. 27, 94 et 95, al. 2, Cst. En vertu de cette dernière disposition, la Confédération doit veiller à créer un espace économique suisse unique. La possibilité qu'avait le législateur, dans l'ancienne Constitution, d'agir dans l'intérêt du marché intérieur, s'est aujourd'hui muée en mandat constitutionnel. Même s'il ne faut voir dans la nouvelle Constitution fédérale de 1999 qu'une simple mise à jour, il n'en demeure pas moins que cette nouvelle disposition confère à la LMI une base solide.

Faute de dispositions détaillées, la Confédération dispose d'une grande marge de manœuvre pour exécuter ce mandat. Telle est la perception du Conseil fédéral concernant l'extension proposée de la liberté d'accès au marché à l'établissement commercial (art. 2 LMI) et le durcissement de l'art. 3 LMI. L'avis de droit commandé à MM. Auer/Mertenet arrive à la même conclusion²⁵.

Le projet vise principalement à renforcer le principe du marché intérieur (c.-à-d. la liberté d'accès au marché dans toute la Suisse) par rapport au principe du fédéralisme. Dans le domaine de la réglementation économique, le fédéralisme suisse comprend l'ensemble des compétences cantonales régissant l'activité économique privée. Il repose aussi sur le fait que les réglementations cantonales peuvent s'appuyer sur les résultats des votations populaires et, de fait, être légitimées par la plus haute instance de décision démocratique, ce qui mérite d'être souligné tout particulièrement du point de vue constitutionnel. La présente révision n'entend toutefois pas supprimer le fédéralisme dans le domaine de la réglementation économique. Les cantons gardent leurs capacités de pilotage. Celles-ci découlent notamment de la compétence de surveillance du canton du lieu de destination (art. 2, al. 4, troisième phrase du projet), du caractère réfragable de la présomption d'équivalence des réglementations cantonales et communales (art. 2, al. 5, du projet) et de la mention explicite, à l'art. 2, al. 4, première phrase du projet, du fait que l'exercice de l'activité au lieu de destination intervient «sous réserve de l'art. 3». L'art. 3 du projet permet au canton du lieu de destination compétent pour la surveillance de définir les charges régissant l'exercice de certaines activités économiques privées.

L'extension de la liberté d'accès au marché à l'établissement commercial permet le deuxième établissement (et tout établissement supplémentaire) selon le droit du canton de provenance. Cela peut avoir pour effet que des entreprises de la même branche implantées dans un même canton soient assujetties à différents régimes juridiques (le deuxième établissement et d'éventuels établissements supplémentaires sont soumis au droit du premier établissement). Parfois, il peut arriver que des entreprises «indigènes» dans un canton (c.-à-d. des entreprises qui n'ont qu'un établissement) soient désavantagées par rapport aux entreprises qui y sont présentes mais dont le premier établissement est sis hors de ce canton. Dans le cas, cité à diverses reprises, d'un prothésiste dentaire (ATF 125 I 276 ss.), un prothésiste dentaire zurichois pourrait aussi avoir son propre cabinet indépendant dans le canton des Grisons, tandis qu'un prothésiste dentaire grison ne pourrait exercer que dans le

²⁵ Voir ch. 1.4.1.2.

cadre d'un laboratoire dentaire. Si cette inégalité de traitement du prothésiste dentaire grison est des plus délicates sous l'angle constitutionnel, elle est toutefois prise en compte dans la présente révision afin de faire progresser le principe du marché intérieur. Il incombera aux cantons, pour éliminer d'éventuelles discriminations des acteurs économiques indigènes, de libéraliser leurs prescriptions.

Pratique actuelle; activités de la Commission de la concurrence (y compris du secrétariat)

(Etat: novembre 2004)

Les activités de la Commission de la concurrence relevant de la loi sur le marché intérieur sont les suivantes:

- recommandations adressées à la Confédération, aux cantons et aux communes concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 LMI);
- expertises établies à l'intention des autorités administratives et judiciaires sur l'application de la loi sur le marché intérieur (art. 10, al. 1, LMI);
- conseils et renseignements simples du secrétariat à l'intention des autorités administratives et des particuliers.

Les deux premières activités et les explications fournies font l'objet d'une saisie statistique (voir tableau ci-dessous). Les simples renseignements ne donnent lieu à aucune statistique.

| Activité | 1996 ¹ | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | Total |
|-------------------------|-------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|-------|
| Recommandations | 1 | 1 | 4 | 1 | 2 | 1 | 1 | 0 | 1 | 12 |
| Expertises | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 3 | 0 | 1 | 0 | 4 |
| Conseils du secrétariat | 1 | 5 | 4 | 2 | 2 | 11 | 7 | 6 | 3 | 41 |

¹ 1^{er} semestre

Nombre de personnes actives occupées (indépendants) en Suisse dans des professions réglementées par au moins un canton

| | | 2000 | 2000 |
|-------|--|------------------|----------------|
| | | Total | Indépendants |
| | | 3 789 416 | 345 929 |
| 84 | Professions de l'enseignement et de l'éducation (hors universités) | 145 535 | 23 400 |
| 86504 | Infirmiers diplômés | 53 087 | 464 |
| 311 | Ingénieurs (architectes non inclus) | 31 226 | 11 981 |
| 41210 | Installateurs et monteurs-électriciens ²⁶ | 30 393 | 1 674 |
| 61101 | Hôteliers, directeurs de restaurants | 24 249 | 15 767 |
| 86101 | Médecins | 23 138 | 10 355 |
| 51108 | Représentants, voyageurs de commerce ²⁷ | 22 301 | 1 253 |
| 62301 | Coiffeurs | 21 096 | 10 431 |
| 31101 | Architectes | 16 060 | 8 177 |
| 83102 | Educateurs spécialisés | 14 440 | 313 |
| 86102 | Assistants médicaux | 13 774 | 119 |
| 86201 | Physiothérapeutes, ergothérapeutes | 11 301 | 3 817 |
| 52302 | Agents fiduciaires, conseillers fiscaux | 9 688 | 2 943 |
| 53201 | Professions du transport de personnes epa | 9 263 | 1 799 |
| 41211 | Planificateurs et installateurs sanitaires | 8 912 | 1 259 |
| 86104 | Aides en pharmacie | 7 997 | 79 |
| 41205 | Installateurs et monteurs d'installations de chauffage et de ventilation | 7 937 | 1 222 |
| 75103 | Avocats, notaires | 7 813 | 4 844 |
| 83101 | Assistants sociaux | 7 653 | 130 |
| 86303 | Aides en médecine dentaire | 6 955 | 35 |
| 72104 | Spécialistes en immobilier et gérants | 6 830 | 1 675 |
| 83103 | Directeurs de homes et de crèches | 6 114 | 663 |
| 86207 | Autres professions de la thérapeutique et de la technique médicale | 5 996 | 3 189 |
| 52301 | Experts-comptables, réviseurs | 5 995 | 344 |
| 62302 | Esthéticiens | 4 838 | 3 071 |
| 85103 | Psychologues et conseillers en orientation professionnelle | 4 814 | 1 075 |
| 74105 | Autres professions de la sécurité | 4 471 | 173 |

²⁶ Conformément à l'ordonnance révisée sur les installations à basse tension (RS 734.27), l'autorisation est désormais délivrée par l'Inspection fédérale des installations à courant fort.

²⁷ Catégories désormais régies par la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant (RS 943.1).

| | 2000 | 2000 |
|---|----------------|----------------|
| | Total | Indépendants |
| 86103 Pharmaciens | 3 936 | 922 |
| 86301 Dentistes | 3 829 | 2 799 |
| 86206 Assistants médico-techniques | 3 718 | 18 |
| 51105 Droguistes | 3 696 | 444 |
| 86208 Laborantins médicaux | 3 572 | 15 |
| 86204 Opticiens | 3 501 | 542 |
| 52401 Courtiers, commissaires-priseurs | 3 492 | 1 266 |
| 86502 Infirmiers en pédiatrie et hygiène maternelle | 3 450 | 40 |
| 86503 Infirmiers en psychiatrie | 3 296 | 29 |
| 86205 Masseurs | 2 880 | 2 043 |
| 86302 Techniciens-dentistes | 2 537 | 965 |
| 53204 Moniteurs d'auto-école et experts en automobiles | 2 523 | 1 698 |
| 86202 Psychothérapeutes (non-médecins) | 2 395 | 1 522 |
| 35106 Surveillants de machines et d'installations, réviseurs de citernes | 2 132 | 70 |
| 62303 Manucures et pédicures | 2 102 | 1 750 |
| 25104 Electriciens de réseau et monteurs de câbles | 2 058 | 20 |
| 86501 Sages-femmes | 2 033 | 284 |
| 86203 Guérisseurs, naturopathes | 1 835 | 1 551 |
| 86401 Vétérinaires | 1 766 | 894 |
| 33102 Dessinateurs-géomètres | 1 591 | 15 |
| 62104 Ramoneurs | 1 450 | 434 |
| 86304 Hygiénistes dentaires | 1 421 | 20 |
| 11305 Autres professions de gardiennage d'animaux | 1 408 | 439 |
| 11501 Gardes forestiers | 1 129 | 42 |
| 41106 Spécialistes du minage, constructeurs de tunnels | 722 | 13 |
| 86402 Assistants en médecine vétérinaire | 694 | 8 |
| 25108 Monteurs du téléphone et des télégraphes | 457 | 10 |
| 52402 Prêteurs et loueurs | 368 | 166 |
| 62201 Agents ou entrepreneurs des pompes funèbres | 653 | 92 |
| 42101 Professions de l'exploitation minière et de l'extraction des produits du sous-sol | 336 | 40 |
| 11504 Professions en rapport avec la pêche | 305 | 188 |
| 51106 Marchands d'animaux | 282 | 218 |
| 11503 Professions en rapport avec la chasse et gardes-chasse | 186 | 5 |
| Total | 577 341 | 128 832 |

Pourcentage des professions ou des activités réglementées par les cantons

15,2 %

37,2 %

Pratique du Tribunal fédéral

ATF 123 I 313 (Exercice de la profession d'avocat par un avocat zurichois dans le canton de Berne, procédure d'autorisation): a) l'exigence d'un certificat de bonnes mœurs et d'un extrait de casier judiciaire constitue une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché étant donné que les prescriptions zurichoises protègent suffisamment les intérêts publics des consommateurs (honorabilité et crédibilité) – (art. 2 en relation avec l'art. 3 LMI); b) gratuité de la procédure (art. 4, al. 2, LMI) y compris pour l'examen des conditions personnelles d'exercice de la profession.

ATF 2P.433/1997 (exercice de la profession de notaire dans le canton de Soleure par un notaire argovien). La LMI ne trouve pas application étant donné que l'activité d'authentification relève de la puissance publique et ne bénéficie donc pas de la protection de la liberté économique (art. 1, al. 3, LMI); le caractère de puissance publique de cette activité est confirmé à l'ATF 128 I 280.

ATF 125 II 56 (exercice de la profession d'avocat dans le canton de Lucerne par un avocat zurichois, procédure d'autorisation): la gratuité de la procédure (art. 4, al. 2, LMI) vaut aussi pour l'octroi de l'autorisation d'exercer.

ATF 125 I 267 (refus à un dentiste détenteur d'un diplôme allemand d'exercer dans le canton des Grisons): l'art. 4 LMI ne porte que sur les certificats de capacité suisses, même si un diplôme étranger est reconnu par certains cantons.

ATF 125 I 322 (refus à un thérapeute détenteur d'un certificat de capacité d'Appenzell Rhodes-Extérieures d'exercer dans le canton de Zurich): a) l'art. 2 LMI n'est pas applicable étant donné que l'exercice de la professions est régi par les dispositions du canton d'établissement; b) la prescription légale, selon laquelle le recours à des méthodes de médecine naturelle est réservé aux professionnels de la santé diplômés, constitue une restriction admissible à la liberté d'accès au marché (art. 3, al. 1, LMI); c) on ne peut se prévaloir de l'art. 4 LMI étant donné que le droit zurichois ne prévoit pas l'exercice indépendant de cette profession, cet exercice étant réservé aux professionnels de la santé diplômés.

ATF 125 I 276 (refus à un prothésiste-dentaire détenteur d'un certificat de capacité zurichois d'exercer dans le canton des Grisons): a) l'art. 2 LMI n'est pas applicable étant donné que l'exercice de la profession est régi par les dispositions du canton d'établissement; b) on ne peut se prévaloir de l'art. 4 LMI étant donné que le droit grison ne prévoit pas l'exercice indépendant de cette profession, cet exercice étant réservé aux dentistes.

ATF 2P.362/1998 (refus de délivrer à un aubergiste soleurois sans certificat de capacité une autorisation de gestion d'un établissement public dans le canton de Bâle-Campagne): l'art. 2 LMI n'est pas applicable étant donné que l'octroi d'une autorisation est régi par les prescriptions du canton d'établissement, lequel exige un certificat de capacité.

ATF 125 II 406 (exercice par un avocat zurichois de la profession d'avocat dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, procédure d'autorisation): la gratuité de la procédure (art. 4, al. 2, LMI) exclut également la perception d'un faible émolument de chancellerie.

ATF 125 I 474 (interdiction de l'envoi de médicaments par une pharmacie soleuroise à destination du canton de Vaud): l'interdiction vaudoise constitue une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché, étant donné que les prescriptions du canton de Soleure protègent suffisamment les intérêts (légitimes) de santé publique (art. 2 en relation avec l'art. 3 LMI).

BGE 2P.180/2000 (assurance de responsabilité civile professionnelle obligatoire pour les avocats dans le canton d'Argovie): l'assurance responsabilité civile professionnelle obligatoire avec montant de couverture minimal de 1 000 000 francs constitue une restriction admissible à la liberté d'accès au marché (art. 3, al. 1, LMI).

ATF 128 I 295 (interdiction par le Canton de Genève de l'affichage de publicité pour le tabac et les alcools de plus de 15 % vol. sur le domaine public et sur le domaine privé visible depuis le domaine public; contrôle abstrait des normes par le TF): a) la question de savoir si l'interdiction constitue une réelle restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3 est laissée ouverte; b) si tel était le cas, elle serait admissible (art. 3, al. 1, LMI).

