

Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse

**Rapport de la Commission de gestion du Conseil national établi
sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle
de l'administration**

du 27 juin 2000

Rapport

1 Démarche et objectifs

Le 6 octobre 1995, l'Assemblée fédérale adoptait la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). Cette loi fait partie du programme de régénération de l'économie de marché proposé à la suite du rejet de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE). Elle vise à décloisonner le marché intérieur suisse en supprimant les réglementations étatiques qui font obstacles à la concurrence et à la mobilité professionnelle dans les rapports entre les cantons et les communes. La LMI doit garantir un accès libre et non discriminatoire au marché pour les marchandises, les services et les prestations de travail. Le principe en est le suivant: si un travailleur peut, compte tenu de ses diplômes, exercer une profession dans un canton ou si une entreprise a accès au marché dans un canton, ils doivent avoir la possibilité d'offrir leur travail ou leurs services sur l'ensemble du territoire de la Confédération. La LMI doit permettre *in fine* de renforcer la compétitivité de la Suisse tant dans le contexte national qu'international.

Le champ d'application personnel de la loi englobe les citoyens suisses, les étrangers établis en Suisse ainsi que toutes les personnes morales ayant leur siège dans notre pays. Elle ne s'applique pas aux saisonniers et aux titulaires d'un permis de séjour, ni aux activités du service public telles que l'administration ou l'enseignement public. Les régales cantonales (régales foncières historiques et monopoles en matière d'assurance) sont également exclus.

Quelque trois ans après l'entrée en vigueur de la loi, au 1^{er} juillet 1996, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a désiré connaître les effets de la LMI. Elle a mandaté sa sous-commission DFF/DFE d'examiner les conséquences de la LMI au niveau économique et juridique et d'apprécier dans quelle mesure les objectifs de la loi ont été atteints. La sous-commission était présidée par Madame la conseillère nationale Brigitta M. Gadiant et était composée de Madame la conseillère nationale Stephanie Baumann et de Messieurs les conseillers nationaux Serge Beck, Walter Bosshard, Maurice Chevrier, Walter Decurtins, Hugo Fasel, Rudolf Imhof (par ailleurs président de la CdG-N), Peter Jossen, Otto Laubacher et René Vaudroz.

Pour mener à bien son mandat, la sous-commission a requis le concours de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA). Elle l'a chargé plus particulièrement d'évaluer les effets de la LMI dans les huit domaines de l'économie suisse jugés les plus problématiques avant l'adoption de la loi¹, soit:

- les professions médicales qui comptent les professions médicales libérales (médecins, dentistes, vétérinaires, pharmaciens), les professions paramédicales et les professions dans le domaine des thérapies naturelles,
- la profession d'installateur sanitaire,
- la profession d'opticien,

¹ Cf. rapport sur le marché intérieur suisse rédigé par l'Office fédéral des questions conjoncturelles en réponse au postulat du groupe PDC du 12 juin 1989 (ad 89.476), Berne, 1993. Voir aussi Senti, R., Baltensperger, J., *Binnenmarkt Schweiz, Wettbewerbsverzerrende Bestimmungen im öffentli chrechtlichen Bereich*, Office fédéral des affaires conjoncturelles, Berne, 1991.

- la profession d’avocat²,
- le service des taxis,
- la branche des cafetiers-restaurateurs,
- les professions itinérantes,
- les professions de régisseur et de courtier en immeubles.

Ces domaines d’activité ont la particularité d’être orientés sur le marché intérieur et sont ainsi soustraits largement à la concurrence internationale.

Le mandat à l’OPCA portait sur la libre prestation des services et des prestations de travail, deux domaines qui sont étroitement liés. Le mandat à l’OPCA ne couvrait en revanche pas les marchés publics et la construction, ni la libre circulation des capitaux.

Le mandat à l’OPCA excluait également le domaine du marché de l’électricité, ce domaine faisant l’objet d’un projet législatif séparé³.

L’OPCA a comparé la situation avant l’entrée en vigueur de la loi avec celle existant aujourd’hui. Pour ce faire, il a procédé à une analyse documentaire et à plusieurs entretiens avec des représentants des branches concernées. Il a également analysé la jurisprudence des tribunaux et développé, sur le plan économique, un indicateur du marché intérieur.

L’OPCA a rendu son expertise à la mi-février 2000. Le rapport a fait l’objet d’une très large discussion au sein de la sous-commission. Pour l’essentiel, cette dernière s’est ralliée aux résultats de l’évaluation de l’OPCA. La sous-commission a élaboré ensuite ses propres conclusions et recommandations qu’elle a soumises pour prise de position au Conseiller fédéral Pascal Couchepin, chef du Département fédéral de l’économie. Le 27 juin, le rapport de la sous-commission a été mis en délibéré en séance plénière de la Commission de gestion. La commission l’a adopté à l’unanimité et a décidé de le publier, à l’instar du rapport de l’OPCA.

Pour tenir le présent document dans des limites aussi étroites que possible, la commission se borne ici à exposer brièvement les conclusions de l’OPCA en renvoyant le lecteur au rapport final qui figure en annexe.

2 Résultats des travaux de l’Organe parlementaire de contrôle de l’administration

Dans son rapport, l’OPCA estime que la LMI n’a pas entraîné jusqu’à présent, dans les domaines examinés, d’ouverture importante du marché intérieur. La LMI n’a eu que peu d’effets et ces derniers se sont limités à certains secteurs seulement.

Un grand nombre de branches qui étaient fortement segmentées avant l’entrée en vigueur de la LMI le sont restées. Il s’agit notamment des services de la branche sanitaire (gaz, eau, eaux usées), des services de taxis, des professions itinérantes et des professions dans le domaine des thérapies naturelles. Dans ces secteurs

² La profession de notaire n’a pas été prise en considération dans la mesure où elle ne bénéficie pas, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, de la liberté de commerce et d’industrie (cf. en particulier ATF 2P.433/1997, du 30 juin 1998).

³ Message du Conseil fédéral du 7 juin 1999 concernant la loi sur le marché de l’électricité (LME), FF 1999 6646.

d'activités, les effets de la LMI sont pratiquement inexistantes et le marché intérieur n'est pas réalisé. Les prestations fournies sont encore confrontées à des réglementations différentes qui entravent la mobilité professionnelle et limitent la concurrence dans les relations entre les cantons ou les communes. Certaines de ces réglementations contreviennent d'ailleurs manifestement à la LMI. Le rapport de l'OPCA en cite quelques exemples.

L'OPCA relève néanmoins que la LMI a permis d'éliminer des restrictions à la liberté d'accès au marché dans deux domaines. Cela concerne tout d'abord la profession d'avocat où les procédures d'examen des certificats de capacité ont été simplifiées et sont gratuites. Cela touche ensuite au secteur de la santé avec l'admissibilité de la vente des médicaments par correspondance.

Des progrès ont également été constatés pour les professions paramédicales, les opticiens, les cafetiers-restaurateurs et les régisseurs et courtiers en immeubles. Ces branches ont été partiellement dérégulées. La reconnaissance des diplômes a été améliorée et les conditions d'exercice ont été assouplies. L'OPCA souligne que ces libéralisations ne sont pas à mettre au crédit de la LMI uniquement, mais qu'elles sont le résultat d'une dynamique de libéralisation plus générale. Ce processus n'est pas encore arrivé à son terme. Dans la pratique, les branches citées plus haut sont encore confrontées à des réglementations différentes qui limitent la libre-circulation des personnes. C'est notamment le cas en matière d'octroi d'autorisations de pratiquer.

Pour l'OPCA, les effets de la LMI ont été affaiblis par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette dernière privilégierait une interprétation fédéraliste de la loi au détriment de l'idée du marché intérieur. L'OPCA relève aussi l'inefficacité des voies de droit de la LMI qui constituent pourtant le moteur principal de mise en œuvre de la loi. On part du principe que lorsqu'un canton n'applique pas la LMI, les personnes concernées portent l'affaire devant les tribunaux. Or les risques et les frais d'une procédure en retiennent plus d'un. Finalement, les possibilités d'intervention de la Commission de la concurrence sont réduites et ne sont pas contraignantes pour les cantons et les communes.

Il résulte de tout cela, selon l'OPCA, une ouverture du marché intérieur qui s'effectue au coup par coup selon un processus lent et non coordonné.

3 Appréciation et conclusions de la Commission de gestion

3.1 Généralités

Le rapport de l'OPCA présente une évaluation détaillée de la mise en œuvre de la LMI et de ses effets dans huit domaines touchant à la libre circulation des personnes et des services. Grâce à une approche associant droit et économie, il a permis d'identifier certains défauts de mise en œuvre et de répondre aux questions posées par la Commission de gestion.

Il convient de souligner tout d'abord que, conformément au mandat donné par la CdG-N, l'examen effectué par l'OPCA n'a pas vocation à être exhaustif. Il ne couvre que quelques secteurs d'activités. De plus, la LMI n'est pas le seul instrument contribuant à l'ouverture du marché suisse. Il s'agit d'une dynamique complexe. Il est donc peu aisé d'identifier et d'isoler les effets que la LMI a permis d'engendrer à

elle seule. Il est vrai aussi que la loi est encore récente et qu'il n'est dès lors pas possible de rendre une appréciation définitive. Finalement, il est difficile aussi d'évaluer, à défaut de données précises, si les huit branches examinées sont aujourd'hui aussi représentatives qu'elles ne l'étaient avant l'entrée en vigueur de la loi.

Ces réserves mises à part, la Commission de gestion se rallie pour l'essentiel aux conclusions de l'OPCA quant au décalage relevé entre les buts affichés par la loi et ses effets. Force est de constater que l'entrée en vigueur de la LMI alliée à la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas encore permis de réaliser pleinement le marché intérieur suisse. Tout au plus est-il permis de dire qu'ils ont contribué à le perfectionner dans certains domaines. L'adaptation autonome des législations cantonales ne s'est pas réalisée de manière aussi rapide que le législateur se l'était représenté.

La commission s'accorde pour l'essentiel sur le constat dressé par l'OPCA. Elle estime difficile pourtant d'en apprécier les causes qui sont multiples. Certaines tiennent à la conception de la loi et à son dispositif d'application, d'autres ont leur origine dans d'autres législations fédérales qui touchent de près au marché intérieur. En effet, la libéralisation du marché intérieur est loin d'être une politique pour elle seule. Elle est en interaction avec d'autres législations dont certaines vont à contre sens des buts visés par la LMI. C'est notamment le cas dans le domaine de la santé.

Toute appréciation nécessite donc une approche nuancée et précautionneuse.

Cela étant, la commission tient en particulier à revenir sur les trois leviers principaux de mise en œuvre de la LMI, soit:

- L'adaptation autonome du droit cantonal et élaboration de solutions concordataires (ch. 3.2)
- Le rôle de la Commission de la concurrence et les voies de droit (ch. 3.3)
- Le rôle de la jurisprudence des tribunaux et singulièrement celle du Tribunal fédéral (ch. 3.4).

3.2 L'adaptation autonome du droit cantonal et l'élaboration de solutions concordataires

La LMI est une loi-cadre. Elle ne prévoit pas de règles d'harmonisations matérielles ou d'unification du droit par la Confédération. Elle se borne à fixer les principes fondamentaux nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur et «vise en particulier à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché» (art. 1, al. 2, let. b). Les cantons sont incités quant à eux à créer ou à contribuer à mettre en place des conditions-cadre communes, que ce soit par le biais de solutions concordataires ou par l'adaptation autonome de leur législation. La LMI mise donc sur la coopération entre la Confédération, les cantons et les communes.

Le constat de l'OPCA sur l'adaptation du droit cantonal dans les huit branches examinées est éloquent. Sur les 26 modifications législatives relevées entre le 1^{er} juillet 1996 et le 12 décembre 1999 et qui touchent au marché intérieur suisse, seules huit font référence explicitement à la LMI. Quant aux autres modifications enregistrées, elles seraient également entrées en vigueur sans la LMI. S'agissant des concordats intercantonaux, «seul l'accord sur l'Espace Mitteland, signé par sept

cantons, peut être considéré comme une émanation directe de la LMI»⁴. Les autres modifications constatées, notamment les deux ordonnances basées sur l'accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993⁵, étaient déjà à l'état de projet avant l'adoption de la LMI. La préparation et l'adoption de la LMI ont tout au plus accéléré ces travaux.

La Commission de gestion n'est pas surprise par ce constat. En effet, à l'époque de son adoption, les cantons étaient peu acquis à l'idée d'une loi fédérale. Il suffit pour s'en persuader de relire les résultats de la procédure de consultation ainsi que les débats au Conseil national. Le point de vue défendu alors par les cantons consistait à dire que la loi était superflue et qu'elle constituait une atteinte à leur souveraineté.

Cela explique pourquoi le législateur a renoncé à une harmonisation des législations cantonales, sans quoi une modification constitutionnelle aurait été nécessaire, et qu'il a introduit une clause de subsidiarité en faveur des cantons dans les domaines de la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4, al. 4, LMI). C'est à dessein que le législateur a laissé une grande latitude d'action aux cantons, et ce par respect pour leur souveraineté. Tout porte à croire également que le Conseil fédéral et le Parlement estimaient plus aisé d'infléchir la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'idée du marché intérieur que de proposer une modification constitutionnelle. Cela ressort en termes à peine voilés à de nombreux endroits du message du Conseil fédéral⁶.

Pour ses concepteurs, la LMI devait avoir la fonction d'un catalyseur. Elle ne voulait pas imposer une solution uniforme et contraignante dans la tradition du fédéralisme d'exécution, mais exprimer un fédéralisme créateur qui respecte les différences socio-économiques, culturelles ou politiques des cantons. Il est utile de citer ce que disait le conseiller fédéral Delamuraz sur ce point lors des débats: «C'est une conception du fédéralisme autrement plus active que le fédéralisme statique que nous utilisons parfois dans ce pays, que cette conception traditionnelle du fédéralisme d'exécution qui est souvent utilisée. Nous avons là une forme nouvelle autrement plus dynamique et autrement plus créatrice du fédéralisme⁷.»

Le résultat après trois ans est médiocre. La LMI n'a pas réveillé les énergies nécessaires au niveau des cantons, ni permis de canaliser ou de coordonner les efforts. Dans l'ensemble, la LMI a eu très peu d'effets directs sur la formulation non discriminatoire des législations cantonales. Les adaptations législatives autonomes ont été peu nombreuses et peu substantielles. Le constat est le même en ce qui concerne les reconnaissances réciproques de règlements cantonaux. Lorsque des modifications législatives ont eu lieu, elles ont été généralement inspirées par d'autres raisons que la seule LMI. Selon l'OPCA, aucun canton n'a révisé de manière autonome d'anciennes lois pour uniquement les mettre en conformité avec la LMI. La volonté

⁴ Rapport final de l'OPCA, page 13.

⁵ RS 413.21

⁶ «Jusqu'ici, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le principe du fédéralisme a pesé d'un plus grand poids que la réalisation du marché intérieur.» (FF 1995 I 1199). «La jurisprudence du TF à propos de la LCI [liberté du commerce et de l'industrie] n'a pas accordé beaucoup de poids jusqu'ici aux composantes du marché intérieur favorables au droit individuel d'accès au marché et, partant, à la concurrence, par rapport au principe du fédéralisme. Mais les choses pourraient changer avec le temps.» (FF 1995 I 1215). «Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient d'attribuer à l'idée du marché intérieur au moins autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici.» (FF 1995 I 1246).

⁷ BO 1995 N 1154.

affichée d'«assurer la poursuite d'une diversité fédéraliste dans une forme adaptée aux conditions contemporaines et marquée par l'idée du marché unique européen»⁸ n'a pas été concrétisée. Les divergences entre les cantons en matière de prescriptions étatiques demeurent encore très importantes, ce qui contrecarre l'objectif principal d'ouverture du marché.

Si la LMI n'impose pas une solution uniforme, il reste que le caractère supplétif de la loi ne dispensait pas les cantons d'adapter leur législation aux principes exposés dans la LMI. En effet, l'art. 11, al. 1, LMI, invite les cantons et les communes, dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, à adapter leurs prescriptions à celles de la LMI. Le mandat est donc clair: les cantons n'avaient pas seulement la faculté d'adapter leurs prescriptions et pratiques, mais ils en avaient aussi l'obligation. Comme le souligne le Conseil fédéral dans son message, la «période d'adaptation (...) doit garantir que les principes fixés par la loi seront mis en œuvre dans les droits cantonaux (...) et que les éventuelles divergences existantes disparaîtront»⁹. Plus de trois ans après l'entrée en vigueur la plupart des divergences existent toujours.

Dans ce contexte, il semble que la notion de loi-cadre de la LMI a eu une influence non négligeable sur sa mise en œuvre. Fondamentalement, une loi-cadre est un acte législatif qui contient essentiellement des règles générales et des principes, et qui réserve la mise en œuvre concrète de ces dispositions à des actes législatifs de collectives publiques de rang inférieur. En ce sens, la loi-cadre n'est pas l'expression d'un niveau hiérarchique particulier, mais exprime plutôt le rôle que veut occuper le législateur par rapport à l'objet de la législation. Si, dans la LMI, le législateur fédéral a voulu faire preuve de retenue à l'égard des compétences des cantons, cela ne voulait pas dire que les cantons étaient libres d'adapter ou non leur législation à la LMI. Qui dit loi-cadre, ne dit pas que les cantons sont autorisés à se soustraire à leurs obligations. En effet, comme le soulignait déjà la Commission de gestion du Conseil des Etats dans un précédent rapport, «tous les acteurs impliqués par une loi-cadre sont d'abord tenus par la lettre de la loi et de ses dispositions de délégation et non pas par la notion de loi-cadre»¹⁰.

Pour la Commission de gestion, les cantons ont manqué d'assiduité dans l'adaptation de leur droit à la LMI. Trois raisons expliquent cette attitude. La première, c'est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a continué à donner dans ses arrêts davantage de poids au fédéralisme qu'à la réalisation du marché intérieur. La deuxième raison, c'est l'absence de caractère contraignant des recommandations et expertises de la commission de la concurrence. Les cantons peuvent s'en écarter sans avoir à craindre quoi que ce soit. La troisième raison, c'est l'absence de promotion intercantonale par la Confédération, le Parlement ayant biffé du projet de LMI une disposition allant dans ce sens.

La situation actuelle est insatisfaisante. C'est pourquoi la Commission de gestion estime que le Conseil fédéral devrait intervenir officiellement auprès des cantons pour les inviter à éliminer ou à adapter dans les meilleurs délais toutes les prescrip-

⁸ Réformes en faveur de l'économie de marché, Rapport du groupe de travail interdépartemental de la Confédération, Office fédéral des questions conjoncturelles, étude n° 19, 1994, page 50.

⁹ FF 1995 I 1256

¹⁰ Rapport d'inspection de la Commission de gestion du Conseil des Etats consacré à la législation extraparlamentaire en matière de prévoyance professionnelle, du 7 avril 1995 (FF 1995 IV 1227).

tions qui contreviennent à la LMI. Pour ce faire, le Conseil fédéral peut s'appuyer sur la Constitution fédérale. En effet, en vertu des compétences générales qui lui sont attribuées par la Constitution (art. 186, al. 4, Cst.), il incombe au Conseil fédéral de veiller au respect, dans les cantons, du droit fédéral. Pour exercer cette surveillance, il est habilité à prendre, de son propre chef ou sur plainte, les mesures qui lui paraissent nécessaires (contacts informels, circulaires, etc.).

Recommandation

La Commission de gestion invite le Conseil fédéral à intervenir auprès des cantons pour qu'ils adaptent dans les meilleurs délais leurs législations aux dispositions de la LMI.

3.3 Le rôle de la commission de la concurrence et les voies de droit

L'art. 8 LMI charge la commission de la concurrence (Comco) de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi. Ce rôle complète celui qui est le sien en vertu de la loi sur les cartels (art. 45 à 47 LCart). La commission exerce sa surveillance en menant des enquêtes et en formulant des recommandations aux autorités fédérales, cantonales et communales concernant leurs actes législatifs envisagés ou existants. Elle peut également établir des expertises sur l'application de la loi et être entendue dans la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 10 LMI)

Contrairement à ce qui prévaut pour la loi sur les cartels où la commission de la concurrence dispose d'un droit de décision autonome, la LMI ne lui donne aucune autorité en matière de restrictions de droit public. Ses recommandations, enquêtes et expertises ne sont pas contraignantes pour les destinataires. Ils n'ont par ailleurs aucune obligation de les solliciter. Les décisions en matière de la LMI sont de la seule compétence des tribunaux à la lumière des intérêts publics en jeu et en fonction des plaintes qui leur sont soumises. Quant à la Commission de la concurrence, elle ne dispose pas non plus du droit de saisir les tribunaux.

Nous avons vu plus haut que la mise en œuvre de la LMI repose en grandes parties sur les voies de droit, et partant sur la jurisprudence des tribunaux. Cela présuppose cependant que les personnes lésées défèrent les réglementations communales ou cantonales supposées restrictives devant les tribunaux. L'étude effectuée par l'OPCA montre que la propension à recourir est généralement faible et qu'elle varie d'une profession à l'autre. Si les avocats et les représentants des professions médicales sont ceux qui recourent le plus souvent pour faire valoir leurs droits, très rares sont les recours qui proviennent de représentants d'autres branches.

En effet, les procédures judiciaires sont longues et coûteuses; leur issue est incertaine. Souvent, les avantages qui découlent d'un recours ne sont pas en rapport avec les moyens engagés. Les personnes lésées y renoncent donc assez facilement surtout lorsqu'il s'agit de marchés de petite taille. C'est le cas dans le domaine des taxis et des installateurs sanitaires. Ce qui est plus étonnant, c'est de constater que les associations de branches renoncent également à saisir les tribunaux. Or, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, elles bénéficient aussi, sous certaines conditions, de la

qualité pour recourir et disposent de moyens autrement plus importants. Tout porte à croire que cette situation profite largement aux tenants du statu quo.

Il résulte de ce qui précède que la loi est appliquée de manière peu cohérente et à des rythmes variés suivant les branches. La mise en œuvre est lente; de surcroît elle s'effectue au coup par coup, par strates successives et en ordre dispersé. Le rythme d'ouverture du marché est dicté au hasard des recours déposés. La jurisprudence ne porte ainsi que sur quelques composantes du marché intérieur et en fonction d'intérêts catégoriels. A l'inverse, les jugements pris sont parfois sans commune mesure avec les enjeux du marché intérieur. En effet, on peut se poser légitimement la question si le fait d'exiger un émolument de 50 ou 250 francs constitue véritablement un obstacle prohibitif à l'accès au marché pour un avocat. Sur ce point pourtant, la jurisprudence est abondante. Dans d'autres cas plus fondamentaux, les tribunaux n'ont pas eu encore l'occasion de se prononcer.

Pour la Commission de gestion, cette situation est préjudiciable à plus d'un titre. Tout d'abord parce qu'elle empêche les tribunaux de dégager une doctrine diversifiée sur l'ensemble des domaines économiques concernés. En l'absence d'une doctrine aisément généralisable, les cantons et les communes se trouvent dans l'impossibilité d'évaluer si les règles qu'ils adoptent sont susceptible de tomber dans le champ d'application de la LMI ou non. Quant à la Commission de la concurrence, elle ne peut que constater sans pouvoir agir.

La Commission de gestion est d'avis que l'application de la LMI gagnerait à être réalisée de manière plus cohérente. Dans ce contexte, les recommandations de la Commission de la concurrence montrent leurs limites. L'instrument de la recommandation tout comme celui de l'expertise sont insuffisants pour stimuler de manière efficace la promotion du marché intérieur. En effet, une recommandation n'est efficace que s'il existe un risque que puisse lui faire suite une décision d'un tribunal¹¹.

Une des solutions serait de conférer à la Comco la possibilité de porter devant les tribunaux les réglementations cantonale ou communales jugées restrictives. Cela conduirait les autorités judiciaires à se prononcer plus souvent et à faire évoluer les législations cantonales dans le sens du marché intérieur. L'existence d'un droit de recours autonome de la commission de la concurrence renforcerait en retour l'efficacité de ses recommandations qui seraient mieux prises en compte.

La Commission de gestion est également d'avis qu'il serait judicieux que la Comco ait la possibilité de faire valoir systématiquement son point de vue dans les procédures devant le Tribunal fédéral. Cela permettrait de sensibiliser davantage le Tribunal fédéral aux principes du marché intérieur. Il va de soi que cette possibilité se limiterait aux procédures où la Commission de la concurrence ne serait pas elle-même partie.

Dans une perspective plus large, la commission estime aussi qu'il serait possible d'améliorer l'efficacité de la LMI en créant, par exemple, un droit de recours autonome des associations de défense des consommateurs.

¹¹ Cela montre, si besoin était, qu'une politique de dérégulation doit non seulement être voulue, mais être imposée par les pouvoirs publics. D'où le paradoxe que plus l'Etat est doté d'un réel pouvoir d'intervention, plus les marchés sont susceptibles de fonctionner sans entraves.

Motion

Le Conseil fédéral est chargé de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) qui permette de donner à la Commission de la concurrence un droit de recours contre toutes les formes de restrictions de droit public à la liberté d'accès au marché visées à l'art. 9, al. 1, LMI.

Motion

Le Conseil fédéral est chargé de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) qui permette à la Commission de la concurrence d'être entendue par le Tribunal fédéral dans les procédures qui touchent à l'application de cette loi.

Postulat

Le Conseil fédéral est chargé d'étudier l'opportunité de créer un droit de recours pour les associations de défense des consommateurs visant à une application plus efficace de la loi sur le marché intérieur (LMI).

3.4 Le rôle de la jurisprudence des tribunaux et singulièrement celle du Tribunal fédéral

La mise en œuvre de la LMI est essentiellement de nature jurisprudentielle. La loi repose sur le principe que les personnes lésées par un acte de puissance publique font valoir leurs droits au libre accès au marché devant les tribunaux. Ces derniers, et singulièrement le Tribunal fédéral, se voient dès lors attribués un rôle décisif dans l'application et la concrétisation de la loi. La jurisprudence du Tribunal fédéral, du moment qu'elle s'applique à tous, contribue en définitive à fixer le degré d'ouverture du marché domestique.

Cette situation n'est pas sans poser de problèmes comme l'a justement montré le rapport de l'OPCA. La LMI s'inscrit par nature dans le champ de tensions de deux principes de base de notre ordre constitutionnel: le principe unificateur de la liberté économique d'une part et le principe fédéraliste de la souveraineté cantonale d'autre part. Aux articles qui reconnaissent la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI) et la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4 LMI) fait face l'art. 3 qui autorise les cantons à les restreindre sous certaines conditions. Les restrictions doivent être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (par ex. protection de la santé ou de l'environnement) et répondre au principe de la proportionnalité. Signalons au passage que la LMI ne précise curieusement pas que les restrictions doivent être fondées sur une base légale formelle.

En légiférant ainsi, le Parlement a fait des concessions aux cantons. Il a admis deux choses: premièrement, que la portée de la liberté d'accès relève de l'appréciation des cantons qui fixent eux-mêmes les restrictions. Ces derniers peuvent les exprimer de différentes manières pour autant que cela ne constitue pas une entrave cachée pour

favoriser des intérêts économiques locaux. Secondement, l'examen des restrictions à la LMI est l'affaire des tribunaux, et plus particulièrement du Tribunal fédéral. Ainsi chaque fois qu'il tranche sur un recours basé sur la LMI, le Tribunal fédéral est amené à contrebalancer entre les exigences du marché intérieur et celles de l'autonomie des cantons.

Comme l'a montré l'OPCA, les résultats obtenus pour l'instant dans la réalisation du marché intérieur ne sont pas à la hauteur des espérances placées dans la loi. Pour la Commission de gestion, il semble pourtant excessif de stigmatiser le Tribunal fédéral qui aurait favorisé le fédéralisme et l'autonomie cantonale au détriment de la réalisation du marché intérieur. Cela ne tient pas tant à la jurisprudence qu'au fait que le législateur fédéral n'a pas tranché politiquement la question et qu'il a admis, du moins implicitement, que le Tribunal fédéral le ferait à sa place.

Pour la commission, il faut se souvenir du contexte dans lequel la loi a été élaborée. La LMI trouve son origine dans le refus, le 6 décembre 1992, de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE). Il s'agissait à l'époque, grâce à la LMI et à la révision de la loi sur les cartels, de réaliser sur le plan interne et de manière autonome ce que l'EEE aurait permis de réaliser si l'accord avait été adopté: «La renonciation à la poussée de libéralisation provenant de l'EEE accroît l'urgence de mesures autonomes de réformes»¹². L'urgence de la situation exigeait du législateur qu'il prenne des décisions rapidement, sans trop s'embarrasser des questions d'application. D'où le caractère assez déclamatoire de certaines dispositions de la loi dont la portée pratique demeure modeste, mais dont l'impact symbolique est fort.

Du moment que le législateur a renoncé à trancher d'une manière claire entre le marché intérieur et la souveraineté des cantons, il n'est pas contestable que le Tribunal fédéral donne la préférence à une solution plutôt qu'à une autre. Face à une loi vague et relativement abstraite, le Tribunal fédéral en a fait une interprétation au pied de la lettre¹³. Cela lui a permis ainsi de rester fidèle à sa jurisprudence antérieure.

C'est le cas notamment lorsqu'il a décidé que l'établissement dans un canton impliquait l'assujettissement complet à l'ordre juridique de ce dernier. Autrement dit: celui qui veut offrir des marchandises, des services ou des prestations de travail dans le canton où il a son siège ne peut *en principe* pas se prévaloir de la liberté d'accès au marché¹⁴. Toute autre décision aurait eu pour conséquence, au nom du principe de non-discrimination des offreurs externes, de discriminer les offreurs locaux, ce qui serait tout aussi insatisfaisant, si ce n'est plus. La LMI interdit en effet la discrimination des ressortissants d'autres cantons par rapport aux résidents (non-discrimination sur le plan intercantonal), mais non pas la discrimination de ses propres résidents sur le plan intracantonal (discrimination à rebours).

¹² Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF **1993** I 775. Voir aussi le rapport du Conseil fédéral du 13 juin 1994 sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché, FF **1994** III 1360.

¹³ Cf. considérant 5 ee) de l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 juin 1999 (ATF **125** I 276): «Face à cette opposition entre marché intérieur et fédéralisme, face, d'autre part, à la nécessité de parvenir à un équilibre entre les deux, on peut supposer que c'est sciemment que le législateur a choisi une solution qui permette qu'aucun de ces deux principes ne soit entièrement vidé de son contenu. Aussi serait-il sans doute erroné de privilégier une interprétation qui, en s'écartant du strict libellé de la loi, se traduirait par le renforcement de l'un au détriment de l'autre.» (traduction de l'allemand)

¹⁴ Rapport du Tribunal fédéral sur sa gestion en 1999, du 15 février 2000, page 9.

La retenue dont a fait preuve le Tribunal fédéral est d'autant plus compréhensible lorsque que l'on sait d'une part que la LMI a fait l'objet de délicates négociations entre le Conseil fédéral, le Parlement et les cantons et que d'autre part certaines restrictions cantonales sont le résultat de décisions populaires.

3.5 Perspectives d'avenir

La marge de manœuvre pour une meilleure application de la LMI est assez étroite. Il semble difficile en effet de remettre aujourd'hui fondamentalement en question le subtil équilibre politique entre les exigences d'un marché harmonisé et les contraintes du fédéralisme. Pour la Commission de gestion, il faut laisser le soin à la jurisprudence du Tribunal fédéral – encore peu nombreuse et récente – de s'affiner et d'évoluer au fil des recours qui lui seront présentés. D'ailleurs dans d'autres domaines qui échappent à la LMI, le Tribunal fédéral a déjà prouvé qu'il était acquis à l'esprit du marché intérieur et au principe de libre-circulation des personnes plutôt qu'à la souveraineté des cantons. C'est notamment le cas dans certains de ces arrêts relatifs à la problématique de l'obligation de résidence pour les fonctionnaires cantonaux¹⁵.

Nul doute aussi que les évolutions constatées en Europe et dans d'autres législations ainsi que l'interdépendance accrue entre les règlements nationaux et internationaux¹⁶ joueront également un rôle positif dans l'ouverture du marché intérieur. Les accords bilatéraux auront de l'importance sur l'ouverture du marché intérieur. Ils permettront notamment de régler la reconnaissance des détenteurs de diplômes européens. Cela concerne le personnel médical, dont les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les vétérinaires, le personnel soignant et les sages-femmes, ainsi que les avocats.

Parallèlement aux accords bilatéraux se développent des projets législatifs qui auront également une influence favorable sur la libre circulation des services et des personnes. Il s'agit notamment de la loi sur la libre circulation des avocats¹⁷, de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques¹⁸ et du projet de loi fédérale sur le commerce itinérant. Soulignons au passage que c'est précisément dans les domaines où la LMI a généré le plus de percées libérales que l'on assiste aux tendances d'harmonisation fédérale (avocat, pharmacie).

Toutes ces évolutions vont permettre, la commission l'espère, de perfectionner le marché intérieur suisse.

¹⁵ ATF 118 Ia 410, ATF 111 Ia 214 *Schibler*, ATF 116 Ia 382 *Felber*

¹⁶ Cf. l'art. 6, al. 1, LMI, qui interdit la discrimination à rebours par suite d'accords internationaux.

¹⁷ Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats; LLCA); FF 1999 5331.

¹⁸ Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPT); FF 1999 3151.

4

Suite des travaux

La Commission de gestion prie le Conseil fédéral de lui faire connaître jusqu'à fin 2000 la suite qu'il entend donner à ce rapport et aux mesures qu'il propose.

27 juin 2000

Au nom de la sous-commission DFF/DFE:

La présidente, Brigitta M. Gadiant, conseillère nationale

Le secrétaire des Commissions de gestion, Philippe Schwab

Au nom de la Commission de gestion:

Le président, Rudolf Imhof, conseiller national

Annexe

Rapport final de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration «Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?», du 11 février 2000.

Evaluation: Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?

Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national

du 11 février 2000

Rapport

L'essentiel en bref

- Même si certaines dérégulations ont pu être constatées dans quelques branches, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) n'a, jusqu'à présent, pas entraîné d'ouverture importante de ce dernier. Des libéralisations ponctuelles découlant explicitement de la LMI ont eu lieu pour l'exercice de la pharmacie et de la profession d'avocat uniquement. Dans ces domaines cependant, les barrières empêchant l'accès au marché qui ont été supprimées étaient d'importance plutôt réduite.
- En revanche, la LMI n'a pas permis de réduire les barrières importantes. Les branches qui étaient fortement segmentées avant l'entrée en vigueur de la LMI le sont encore aujourd'hui. Aucun renforcement de la concurrence et aucun effet sur les prix du fait de la LMI n'ont pu être constatés. Les effets restreints de la LMI découlent des trois facteurs suivants:
 1. La jurisprudence du Tribunal fédéral a privilégié une interprétation fédéraliste de la loi. Elle exclut la liberté d'établissement du champ d'application de la LMI et limite la reconnaissance des diplômes aux certificats de capacité suisses. Les effets potentiels de la LMI ont ainsi été fortement limités.
 2. La LMI elle-même prévoit déjà des restrictions à la liberté d'accès au marché. Ces dernières se trouvent encore renforcées par l'attitude du Tribunal fédéral qui est favorable à la souveraineté cantonale. Lorsque les conditions prévalant dans une branche (l'étendue de la protection des intérêts publics, p. ex.) varient d'un canton à l'autre, ces derniers peuvent, sous certaines conditions (notamment la préservation d'intérêts publics prépondérants et le respect du principe de la proportionnalité), s'opposer à l'ouverture du marché. C'est justement pour cette raison que la LMI ne déploie pas d'effets dans les domaines caractérisés par des barrières importantes du point de vue des échanges intercantonaux.
 3. Ce sont les voies de droit prévues à l'art. 9 LMI qui constituent le moteur de la mise en œuvre de la LMI. Les avantages attendus en cas de succès d'un recours ne sont cependant pas à la hauteur des frais que

peut entraîner une telle procédure. Les dépôts de recours sont donc rares, ce qui n'incite guère les cantons à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives à la LMI.

1 Introduction

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996. Elle a pour but direct de créer un marché intérieur englobant l'intégralité du territoire suisse pour les marchandises, les services, les personnes et les capitaux. Indirectement, il s'agit d'accroître la compétitivité de l'économie suisse et d'améliorer sa position concurrentielle. Avec la loi sur les cartels, la loi fédérale sur les marchés publics et la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce, la LMI constitue un important paquet de mesures du Conseil fédéral pour revitaliser l'économie suisse¹⁹.

La loi fédérale sur le marché intérieur a pour but de réduire les entraves à la concurrence de droit public²⁰ de même que les barrières à la mobilité. Les résultats ainsi recherchés sont l'amélioration des conditions de concurrence ainsi qu'un gain d'efficacité. Les entraves à la concurrence découlent principalement des différences entre les réglementations cantonales et communales. Pour des offreurs de l'extérieur, ces réglementations différentes constituent des barrières susceptibles de les empêcher d'accéder au marché ou du moins de leur en rendre l'accès plus difficile. Par conséquent, la LMI concerne principalement les législations cantonales et communales. En tant que loi-cadre, elle ne prévoit toutefois pas de réaliser une harmonisation du droit. Elle se limite à fixer des principes qui sont nécessaires pour garantir l'accès au marché.

L'évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA), intitulée «Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse?», a pour but d'examiner les effets de la LMI au niveau économique et juridique. Cette évaluation est axée sur la libre prestation de services et la libre circulation des personnes, deux domaines qui avaient été qualifiés de problématiques avant même la mise en projet de la LMI. Le domaine des soumissions a été exclu de la présente évaluation d'une part parce qu'il ne tombe que partiellement sous le coup de la LMI et, d'autre part, parce que la Commission de gestion du Conseil national a l'intention de l'examiner séparément. Le présent rapport final est une vue d'ensemble des résultats de l'examen. Les résultats détaillés et les explications méthodologiques de l'examen se trouvent dans le rapport de travail (en langue allemande uniquement).

¹⁹ Cette revitalisation de l'économie suisse, comme elle est communément appelée, doit être mise en rapport avec le rejet de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) par le peuple et les cantons (6 décembre 1992). Hauser, qui a évalué les avantages potentiels dont la Suisse profiterait au sein de l'EEE, a souligné que deux tiers de ces avantages pourraient également être réalisés au moyen d'une libéralisation du marché intérieur, même si la Suisse faisait cavalier seul. Voir Hauser, Heinz / Sven Bradke, 1991: *EWV-Vertrag, EG-Beitritt, Alleingang: Wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz*. Coire: Rüegger Verlag.

²⁰ Les barrières à la concurrence ressortissant du droit privé tombent sous le coup de la nouvelle loi sur les cartels et non de la LMI.

Différentes professions sont fortement réglementées au niveau cantonal. Les grandes disparités de ces réglementations cantonales sont à l'origine d'entraves qui limitent la mobilité professionnelle et font obstacle à la concurrence. Avant l'entrée en vigueur de la LMI, des entraves ont été constatées principalement dans les branches suivantes: professions médicales²¹, profession d'avocat, profession d'installateur sanitaire, profession d'opticien, services de taxi, branche des cafetier-restaurateurs, professions itinérantes et profession de régisseur et de courtier en immeubles. L'OPCA a examiné la situation de ces huit branches du point de vue de leur réglementation. Lorsque les différences entre les réglementations cantonales ont nettement diminué, il est possible d'en déduire qu'il s'agit d'une évolution positive du marché intérieur. Idéalement, la réduction de la réglementation devrait augmenter la mobilité des offreurs et dynamiser la concurrence. Lorsque la réglementation n'a que peu, voire pas du tout changé, il est possible de conclure que l'effet de la LMI sur la branche correspondante est faible. Les résultats de l'analyse de la situation de chaque branche sont présentés de manière détaillée dans le rapport de travail.

2.1 Effet concret et positif de la LMI sur l'ouverture des marchés: professions médicales libérales et profession d'avocat

En ce qui concerne les professions médicales libérales, l'envoi de médicaments par la poste est un domaine dans lequel la LMI a eu un effet positif sur le marché intérieur. En vertu d'un arrêt du Tribunal fédéral²², un canton ne peut pas simplement interdire la vente par la poste de médicaments en provenance d'un autre canton lorsque la protection d'intérêts publics est assurée par des limitations et des prescriptions applicables dans le canton de provenance. En Suisse, cette forme de vente par correspondance est un service qui n'est offert que depuis peu. Par rapport à la vente traditionnelle en pharmacie, la vente par correspondance de médicaments constitue une concurrence évidente sur les prix. D'une manière générale, les produits proposés en vente par correspondance sont moins chers que les produits correspondants achetés en pharmacie. Pour cette raison, la vente par correspondance a de bonnes chances de s'établir sur un marché. Au demeurant, ce nouveau canal de distribution pourrait favoriser la concurrence en soumettant les prix des produits pharmaceutiques, peu flexibles jusqu'ici, à de nouvelles pressions. Par conséquent, cette ouverture du marché intérieur pourrait s'avérer importante. Pour le reste, et malgré la LMI, les professions médicales libérales restent entravées par des obstacles découlant des diverses réglementations cantonales. Ces barrières ne sont cependant pas trop élevées, raison pour laquelle elles ne jouent pas un rôle économique très important pour cette branche. De plus, il faut encore relativiser ce rôle étant donné qu'il y a d'autres barrières réglementaires bien plus importantes dans les domaines de la législation en matière de santé et d'assurance maladie.

²¹ Les professions médicales libérales, les professions paramédicales et les professions dans le domaine des thérapies naturelles.

²² ATF 125 I 474 du 1^{er} octobre 1999.

En ce qui concerne la profession d'avocat, il a été également possible de constater que la LMI a eu un effet concret allant dans le sens d'une ouverture du marché. Les procédures d'autorisation pour les avocats extérieurs au canton ont été simplifiées et sont devenues gratuites. Une autorisation – même si elle n'est que formelle – peut cependant encore être requise pour l'exercice de la profession hors du canton de provenance. La réduction de cette entrave découle du fait qu'à trois reprises, des avocats ont déposé un recours de droit public pour violation de la liberté du commerce et de l'industrie et du libre accès au marché et que le Tribunal fédéral leur a donné raison²³.

Force est toutefois de constater que dans ces deux professions, les barrières éliminées constituaient des obstacles plutôt insignifiants. A l'exception de la vente par correspondance de médicaments, les effets économiques de ces changements sont plutôt de moindre importance. Jusqu'à présent, il n'a pas été possible de constater d'intensification de la concurrence ou d'effet sur les prix. Les études par branche montrent en outre clairement que la profession d'avocat et les professions médicales libérales demeurent soumises à des réglementations fortes (prix imposés fixés par les autorités ou les assureurs maladie, p. ex.). Ces réglementations ne jouent souvent aucun rôle du point de vue du marché intérieur. Toutefois, il faut également tenir compte de la densité normative persistante qui a probablement limité les effets économiques de la LMI.

2.2 Effet limité de la LMI: professions paramédicales, profession d'opticien, secteur hôtelier et profession de régisseur et de courtier en immeubles

En ce qui concerne les professions paramédicales, les améliorations survenues concernent principalement la reconnaissance des diplômes. Deux ordonnances de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) unifient la reconnaissance des diplômes de vingt professions paramédicales. Pour une partie de cette branche, la reconnaissance des diplômes de fin de formation est harmonisée au niveau suisse. La profession d'opticien connaît également un régime de reconnaissance des diplômes au niveau suisse. Dans le domaine de la santé, les législations cantonales récentes tendent d'ailleurs vers une réglementation plus libérale dans ces deux branches. Dans certains cas, elles prévoient une procédure simplifiée pour les détenteurs d'une autorisation d'un autre canton. En ce qui concerne les régisseurs et courtiers en immeubles, les autorisations cantonales d'exercer la profession ont en majeure partie été abolies. Dans le secteur de la restauration, de nombreux cantons ont purement et simplement supprimé la clause du besoin, de même qu'ils ont assoupli le régime d'autorisations et libéralisé les heures d'ouverture.

Les professions paramédicales, la profession d'opticien, la branche des cafetier-restaurateurs et la profession de régisseur et courtier en immeubles ont en commun le fait d'avoir bénéficié d'une dérégulation partielle qui a eu lieu dans le cadre d'une dynamique de libéralisation plus générale. La mise en œuvre de la LMI n'est qu'un facteur de dérégulation parmi d'autres. Seule une petite partie de la libéralisation observée peut être explicitement attribuée à la LMI. Cette dernière a tout de même déployé certains effets dans les branches énumérées ci-dessus. Ces effets ne peuvent

²³ ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, 125 II 56 du 31 août 1998 et 125 II 406 du 9 juillet 1999.

toutefois pas être distingués de ceux découlant de la dynamique de libéralisation générale.

Dans la pratique, ces branches sont encore confrontées à des réglementations cantonales. Les conditions matérielles régissant l'octroi d'autorisations, par exemple, peuvent encore varier considérablement d'un canton à l'autre. Actuellement, un certain nombre de problèmes subsistent encore au niveau du marché intérieur, mais leur portée est plutôt limitée. En revanche, il n'a pas été possible d'observer de renforcement de la concurrence ou d'effet sur les prix du fait de l'introduction de la LMI.

2.3 Effet presque nul de la LMI: profession d'installateur sanitaire, services de taxi, professions itinérantes et professions dans le domaine des thérapies naturelles

Pour la profession d'installateur sanitaire, les services de taxi, les professions itinérantes ainsi que les professions dans le domaine des thérapies naturelles, les analyses par branche ont révélé la persistance d'importantes barrières entravant nettement la concurrence et la mobilité professionnelle. Exemples:

- Les concessions d'installateur sanitaire octroyées au niveau des communes et qui doivent être demandées avant l'exécution de chaque travail.
- Les examens et les conditions régissant l'octroi des concessions de taxi très divergents d'un endroit à l'autre.
- Les différentes patentes cantonales ou communales qui sont nécessaires pour l'exercice de professions itinérantes.
- Les définitions des professions dans le domaine des thérapies naturelles et les conditions d'autorisation pour les exercer qui sont totalement différentes d'un canton à l'autre.

Dans ces quatre branches, les effets de la LMI sont extrêmement limités. Une raison évidente à l'origine de ces lacunes d'application de la LMI réside dans l'absence de recours interjetés contre des décisions cantonales. Installateur sanitaire, représentant d'une profession itinérante ou entreprise de taxi, personne n'a, à notre connaissance, encore emprunté les voies de droit prévues par la LMI. Cette constatation montre clairement que la mise en œuvre de la LMI n'est pas automatique et qu'elle ne se fait pas de manière uniforme. Pour ce qui est du domaine des installations sanitaires, la raison avancée pour expliquer cette absence de recours réside dans le montant proportionnellement peu élevé de chaque mandat ou de la concession y relative. Dans ces conditions, même si un recourant obtenait gain de cause, le coût d'une procédure juridique dépasserait le produit escompté. Quant aux services de taxi, ils semblent d'une manière générale profiter du statu quo, si bien que les offreurs ne ressentent pas le besoin de recourir à la LMI.

En ce qui concerne les professions dans le domaine des thérapies naturelles, un recours est parvenu jusqu'au Tribunal fédéral. La décision de la plus haute instance n'a toutefois pas entraîné l'ouverture espérée du marché²⁴. Pour cette raison, la LMI ne déploie aucun effet de renforcement de la concurrence.

Dans les quatre dernières branches particulièrement problématiques, la LMI n'a eu pratiquement aucun effet. D'une manière générale, force est de constater que l'ouverture du marché intérieur escomptée n'a pas eu lieu. Par exemple, pour toutes les branches examinées, lorsque l'exercice d'une profession est soumis à autorisation, il reste nécessaire de faire une nouvelle demande en cas de changement de canton, et cela malgré la LMI. Il n'est donc pas possible de dire que la LMI a permis de réaliser un «marché intérieur suisse». Le manque d'effets de cette loi est avant tout un problème structurel de mise en œuvre. Cette question fait l'objet du chapitre ci-dessous.

3 Analyse de la mise en œuvre de la LMI

L'application de la LMI repose dans une large mesure sur l'idée que les personnes concernées font valoir juridiquement leur droit à l'accession au marché et que, par conséquent, les cantons seront amenés à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives aux dispositions de cette loi. La Commission de la concurrence peut soutenir la mise en œuvre de la LMI en élaborant des recommandations et des expertises à l'attention des tribunaux cantonaux. En fait, les voies de droit de l'art. 9 LMI constituent l'instrument de mise en œuvre de la LMI. La jurisprudence, principalement celle du Tribunal fédéral, se voit ainsi attribuer un rôle crucial. Elle fixe le degré d'ouverture du marché en décidant dans quelle mesure les cantons doivent adapter leurs décisions et leurs dispositions matérielles à celles de la LMI.

Juridiquement, la problématique du marché intérieur se situe dans le champ de deux principes qui s'opposent: d'une part, la liberté du commerce et de l'industrie et de l'autre, le fédéralisme. Jusqu'à présent, la jurisprudence fédérale accordait plus d'importance à ce dernier, ce qui empêchait le décloisonnement du marché intérieur. Aussi, selon le message du Conseil fédéral, la LMI devait-elle servir à donner plus de poids au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 cst. 1874) par rapport au principe du fédéralisme²⁵. La LMI a concrétisé cette intention au moyen des dispositions relatives à la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI) et à la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal sur tout le territoire suisse (art. 4, al. 1, LMI). Cependant, lors de l'interprétation de ces dispositions, le Tribunal fédéral continue malgré tout de favoriser la dimension fédéraliste. Pour ce faire, il peut notamment se fonder sur l'art. 3 LMI et, dans certaines conditions, admettre des restrictions à la liberté d'accès au marché d'offres externes.

²⁴ ATF 125 I 322 du 4 juin 1999.

²⁵ Conseil fédéral, 1994: Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur; FF 1995 I 1199.

3.1

Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral limite le marché intérieur

La jurisprudence par laquelle le Tribunal fédéral privilégie le principe du fédéralisme au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie se résume en trois points.

1. Le Tribunal fédéral exclut la liberté d'établissement du principe de la liberté d'accès au marché: Lorsqu'une activité exige des locaux, un magasin ou un cabinet hors du canton d'origine, le Tribunal fédéral est d'avis qu'ils constituent un établissement commercial dans le canton de destination. Dans ce cas, il est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une question de circulation intercantonale de services, mais d'une affaire interne au canton. Selon lui, ce sont donc les dispositions cantonales en matière d'établissement du canton de destination qui s'appliquent et non le principe de la liberté d'accès au marché (art. 2 LMI). La jurisprudence du Tribunal fédéral²⁶ empêche ainsi des professions entières comme les médecins, les naturopathes ou les cafetier-restaurateurs, d'accéder librement au marché car, en raison de la nature même de leur profession, ils doivent s'établir professionnellement dans le canton de destination s'ils veulent exercer une activité hors de leur canton de provenance.
2. En se référant à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3, al. 2, LMI), les cantons peuvent apporter la preuve que la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 3, al. 3, let. a, LMI), ce qui leur permet de s'opposer à la liberté d'accès au marché. Ainsi, pour les professions dans le domaine des thérapies naturelles, le Tribunal fédéral a limité, en se fondant sur les dispositions de l'art. 3 LMI, le libre accès au marché aux situations dans lesquelles le niveau de protection était identique dans le canton de provenance et dans le canton de destination²⁷. Lorsqu'un naturopathe veut quitter un canton «tolérant» pour exercer dans un canton «sévère», ce dernier peut l'empêcher d'accéder librement au marché en se référant à l'article en question. Les naturopathes font partie d'une catégorie professionnelle qui connaît des obstacles à l'accès au marché particulièrement élevés, étant donné que les conditions pour pratiquer varient énormément d'un canton à l'autre (notamment pour ce qui est du niveau de protection du public). Dans ce cas, la LMI reste donc sans effet puisque le Tribunal fédéral utilise son pouvoir d'appréciation découlant de l'art. 3 LMI pour protéger la souveraineté cantonale.
3. Le Tribunal fédéral²⁸ a limité la reconnaissance automatique des diplômes selon l'al. 1 de l'art. 4 LMI aux certificats de capacité suisses. Ainsi, un canton ne doit pas forcément reconnaître un diplôme de médecin-dentiste étranger, même s'il est reconnu dans d'autres cantons. Malgré la LMI, la mobilité professionnelle des personnes titulaires de diplômes étrangers n'est pas garantie et une importante entrave à l'accès au marché subsiste ainsi.

²⁶ ATF 125 I 267 du 4 mai 1999, 125 I 322 du 4 juin 1999, 125 I 276 du 14 juin 1999 et ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999.

²⁷ ATF 125 I 322 du 4 juin 1999.

²⁸ ATF 125 I 267 du 4 mai 1999.

En insistant dans sa jurisprudence sur les compétences cantonales, le Tribunal fédéral a nettement restreint le champ d'application de la LMI. Le potentiel d'ouverture du marché qu'elle contient n'a pas été exploité. Le but mentionné à l'art. 1 LMI ne peut par conséquent pas être atteint. En effet, la pratique juridique du Tribunal fédéral ne permet pas à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse d'accéder librement et de manière non discriminatoire au marché afin de pouvoir exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Aussi, de nombreuses barrières limitant la mobilité professionnelle et les échanges économiques subsistent-elles encore.

3.2 Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral favorise le marché intérieur

Après les aspects de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui vont à l'encontre de la réalisation d'un marché intérieur suisse, il s'agit d'aborder ici les aspects de la pratique juridique du Tribunal fédéral qui sont favorables au marché intérieur. Il faut cependant relever que ces décisions ne constituent pas un grand changement par rapport à la situation juridique telle qu'elle était avant l'entrée en vigueur de la LMI. Concrètement, la jurisprudence du Tribunal fédéral a permis les libéralisations suivantes²⁹:

- En cas de limitation de l'accès au marché, les titulaires d'autorisations d'autres cantons doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'examen gratuite, voire d'une procédure juridique de première instance gratuite.
- Les certificats de capacité suisses pour des professions connues et autorisées dans tous les cantons doivent être reconnus sur tout le territoire de la Confédération.
- Lorsque les conditions sont comparables d'un canton à l'autre (même niveau de protection visé), les titulaires d'autorisations du canton d'origine sont autorisés à accéder librement au marché du canton de destination ou, au moins, doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'autorisation facilitée et simplifiée pour exercer leur profession.

Cependant, même ces modifications de portée marginale ne sont pas parvenues à s'imposer dans toutes les branches analysées. Ainsi, la pratique selon laquelle les titulaires d'une autorisation d'un autre canton doivent pouvoir bénéficier d'une procédure d'autorisation gratuite n'est pas appliquée par les autorités de tous les cantons. Cette situation découle principalement du fait que le processus de mise en œuvre de la loi repose principalement sur les voies de droit. Lorsqu'un canton n'applique pas la LMI dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est nécessaire de recourir contre la décision cantonale incriminée. Pour cela, il faut que certaines conditions soient remplies: le recourant doit être personnellement concerné par la décision, il doit avoir une connaissance suffisante de la LMI et être prêt à assumer le risque et les frais découlant d'un recours. Pour ces raisons, d'une profession à l'autre, les personnes concernées n'ont pas la même propension à recourir. Dès lors, il n'est pas étonnant que le plus grand nombre de recours émane d'avocats alors même que pour leur profession, la problématique du marché intérieur ne se

²⁹ ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, 125 II 56 du 31 août 1998, 125 II 406 du 9 juillet 1999 et ATF 125 I 474 du 1^{er} octobre 1999.

pose pas avec autant d'acuité que, par exemple, pour les installateurs sanitaires; à ce jour, ces derniers n'ont encore été à l'origine d'aucun recours devant les tribunaux.

Ainsi, les améliorations apportées au marché intérieur suisse par la jurisprudence du Tribunal fédéral le sont «au coup par coup», c'est-à-dire ponctuellement, dans un secteur isolé. Pour cette raison, elles touchent les diverses branches de manière très différente. Déjà affaiblie par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la LMI est mise en application selon un processus lent et non coordonné au lieu d'aller droit au but en suivant une stratégie cohérente.

3.3 Le rôle de la Commission de la concurrence

La pratique du Tribunal fédéral qui accorde la priorité aux compétences cantonales a des effets sur les activités de la Commission de la concurrence et influence le comportement des cantons en matière d'adaptation (ou non) de leur législation (à ce sujet, voir ch. 3.4).

L'art. 8 LMI charge la Commission de la concurrence de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi. La commission peut leur adresser des recommandations concernant la compatibilité des actes législatifs et peut établir des expertises à l'intention des autorités administratives et judiciaires (art. 10 LMI). Toutefois, le recours aux services de la Commission de la concurrence n'a aucun caractère obligatoire. De plus, ses expertises et ses recommandations ne sont pas contraignantes pour leurs destinataires. Etant donné que, de surcroît, la Commission de la concurrence ne dispose d'aucun droit de plainte, les cantons et les communes n'ont jusqu'à présent pas fait preuve de beaucoup d'intérêt envers ses recommandations et ses expertises. Lorsque la Commission de la concurrence rend les cantons attentifs à une barrière, les cantons laissent souvent entendre que les personnes concernées disposent d'un droit de recours. Mais l'interprétation actuelle de la LMI par le Tribunal fédéral, les faibles chances de succès d'un recours et la prise en charge des frais de justice en cas de déboutement retiennent les recourants potentiels d'emprunter les voies de droit. Ainsi, les cantons n'ont pas à craindre de recours contre leurs décisions qui ne seraient pas conformes à la LMI. Ils ne sont donc pas incités à s'adresser à la Commission de la concurrence pour lui demander d'examiner la compatibilité de leurs lois et prescriptions avec la LMI et, d'autre part, ils ne ressentent pas non plus le besoin de tenir compte de ses éventuelles recommandations.

L'attitude du Tribunal fédéral privilégiant le principe du fédéralisme place la Commission de la concurrence devant un problème fondamental: les cantons ne sont pas incités à prendre des mesures afin de mettre en application la LMI. Lors de la discussion entre l'OPCA et le secrétariat de la Commission de la concurrence, ce dernier s'est déclaré déçu par la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Le domaine des soumissions mis à part, la LMI a été amputée de tout effet. La jurisprudence du Tribunal fédéral limite donc fortement la marge de manœuvre de la Commission de la concurrence en tant qu'organe de surveillance de l'application de la LMI. Elle se sent par conséquent réduite à «prêcher dans le désert».

3.4

Adaptation du droit cantonal

Selon le message du Conseil fédéral concernant la LMI, «il faut [...] encourager les cantons à créer des conditions-cadre communes par le biais de concordats et d'adaptations autonomes dans leurs domaines de compétence³⁰.» L'art. 11 LMI prévoit aussi que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques adaptent leurs prescriptions dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi (1^{er} juillet 1996).

Dans les huit branches examinées par l'OPCA, la LMI n'a pas exercé d'influence déterminante sur les législations cantonales. Depuis l'entrée en vigueur de la LMI, elle n'a explicitement été mentionnée que dans huit révisions de lois cantonales. La conclusion de concordats intercantonaux n'a guère été encouragée. Seul l'accord sur l'Espace Mittelland, signé par sept cantons, peut être considéré comme une émanation directe de la LMI. Ce constat confirme la conclusion tirée dans le paragraphe consacré à la Commission de la concurrence (voir ch. 3.3), à savoir que la jurisprudence du Tribunal fédéral, en accordant la priorité aux compétences cantonales n'incite pas les cantons à mettre en œuvre la LMI. Par conséquent, les cantons ne sont guère motivés à adapter leurs législations et à créer les conditions-cadre communes, donc à permettre de réaliser le marché intérieur suisse.

4

Conclusion

L'évaluation de la LMI a permis de constater que, pour de nombreuses professions, le marché intérieur suisse n'existe pas encore. Spécialement dans les domaines caractérisés par des réglementations cantonales très différentes les unes des autres, la LMI n'est pratiquement pas parvenue à contribuer à la réduction des barrières empêchant le libre accès au marché. Des branches comme celles des installateurs sanitaires, des taxis ou des professions itinérantes, toutes considérées en 1992 comme problématiques du point de vue du marché intérieur, sont aujourd'hui encore caractérisées par des entraves à la concurrence et une mobilité professionnelle réduite. L'objectif de la LMI, qui est de garantir que tout offreur ayant son siège ou son établissement en Suisse puisse accéder librement et sans discrimination au marché, n'est donc pas atteint. Cet échec est, entre autres, dû au fait que la LMI a été conçue en tant que loi-cadre.

Le pouvoir d'appréciation que la LMI laisse aux tribunaux amène ces derniers à prendre par leur jurisprudence, des décisions de politique économique d'une portée considérable. Ainsi, dans son interprétation de la LMI, le Tribunal fédéral a protégé le principe du fédéralisme au détriment de celui de la liberté d'accès au marché. L'efficacité de la LMI a par conséquent été réduite de façon décisive et la réalisation du marché intérieur suisse a été fortement freinée.

³⁰ Conseil fédéral, 1994 : Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur; FF 1995 I 1201.

Dans la pratique, l'application des quelques éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui favorisent la mise en place d'un marché intérieur s'avère également problématique. Cela provient avant tout du fait que la mise en œuvre de la LMI se fonde pour l'essentiel sur des voies de droit. Les avantages attendus en cas de succès d'un recours ne sont pas à la hauteur des frais qui découlent d'une telle procédure. Les recours font défaut, ce qui n'incite guère les cantons à adapter leurs prescriptions et leurs dispositions normatives à la LMI.

Abréviations

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CDS	Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires
Comco	Commission de la concurrence
ct. 1874	Constitution fédérale de la Confédération suisse de 1874
FF	Feuille fédérale
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)
OPCA	Organe parlementaire de contrôle de l'administration
RS	Répertoire systématique du droit fédéral

Réalisation de la recherche:

Responsable du projet:	Serge Zogg, dipl. postgrade en sc. pol., OPCA
Analyse économique:	Brigitte Guggisberg, D ^r rer. pol., OPCA
Recherche des adaptations législatives cantonales:	Jean-Luc Gassmann, lic. iur., not., Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg
Secrétariat:	Hedwig Heinis, OPCA

L'OPCA remercie le secrétariat de la Commission de la concurrence pour l'excellente collaboration ainsi que tous les partenaires de discussion pour la disponibilité dont ils ont bien voulu faire preuve lors des entretiens.

Remarque:

Les désignations des professions utilisées dans le présent rapport s'appliquent aux personnes des deux sexes.