

Parlamentsdienste

Services du Parlement

Servizi del Parlamento

Servetschs dal parlament



Organe parlementaire de
contrôle de l'administration

CH-3003 Berne

Tél. 031 323 09 70

Fax 031 323 09 71

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

Rapport final

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

Berne, le 11 février 2000

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, par exemple) 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'article 9 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.

Table des matières

L'essentiel en bref

1 Introduction	1
2 Situation actuelle sur le marché intérieur suisse	2
2.1 Effet concret et positif de la LMI sur l'ouverture des marchés : professions médicales libérales et profession d'avocat	3
2.2 Effet limité de la LMI : professions paramédicales, profession d'opticien, secteur hôtelier et profession de régisseur et de courtier en immeubles	4
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	5
3 Analyse de la mise en œuvre de la LMI	7
3.1 Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral limite le marché intérieur	8
3.2 Lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral favorise le marché intérieur	10
3.3 Le rôle de la Commission de la concurrence	11
3.4 Adaptation du droit cantonal	12
4 Conclusion	13

La version d'origine du rapport final est en langue allemande.

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 paquet de mesures important du Conseil fédéral pour revitaliser l'économie suisse¹.

La loi fédérale sur le marché intérieur a pour but de réduire les entraves à la concurrence de droit public² 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

¹ 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 : *EWR-Vertrag, EG-Beitritt, Alleingang: Wirtschaftliche Konsequenzen für die Schweiz*. Coire : Rüegger Verlag.

² Les barrières à la concurrence ressortissant au droit privé tombent sous le coup de la nouvelle loi sur les cartels et non de la LMI.

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).

2 Situation actuelle sur le marché intérieur suisse

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 médicales³, 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.

³ Les professions médicales libérales, les professions paramédicales et les professions dans le domaine des thérapies naturelles.

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 fédéral⁴, 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.

En ce qui concerne la profession d'avocat également, il a été 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

⁴ ATF 2P.68/1998 du 1^{er} octobre 1999.

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 raison⁵.

Force est toutefois de constater que dans ces deux professions, les barrières éliminées constituaient des obstacles plutôt insignifiants. À 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, par exemple). 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

⁵ ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, ATF 125 II 56 du 31 août 1998 et ATF 2P.122/1999 du 9 juillet 1999.

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 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 marché⁶. Pour cette raison, la LMI ne déploie aucun effet de renforcement de la concurrence.

⁶ ATF 2P.295/1998 du 4 juin 1999.

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'article 9 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 fédéralisme⁷. La LMI a concrétisé cette intention au moyen des dispositions relatives à

⁷ Conseil fédéral, 1994 : Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1199.

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'article 3 LMI et, dans certaines conditions, admettre des restrictions à la liberté d'accès au marché d'offreurs externes.

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 de commerce et d'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 fédéral⁸ 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

⁸ ATF 2P.424/1998 du 4 mai 1999, ATF 2P.295/1998 du 4 juin 1999, ATF 2P.420/1998 du 14 juin 1999 et ATF 2P.362/1998 du 6 juillet 1999.

limité, en se fondant sur les dispositions de l'article 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 destination⁹. 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 effets puisque le Tribunal fédéral utilise son pouvoir d'appréciation découlant de l'article 3 LMI pour protéger la souveraineté cantonale.

3. Le Tribunal fédéral¹⁰ a limité la reconnaissance automatique des diplômes selon le 1^{er} alinéa de l'article 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.

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'article 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.

⁹ ATF 2P.295/1998 du 4 juin 1999.

¹⁰ ATF 2P.424/1998 du 4 mai 1999.

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 suivantes¹¹ :

- 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

¹¹ ATF 123 I 313 du 30 mai 1997, ATF 125 II 56 du 31 août 1998, ATF 2P.122/1999 du 9 juillet 1999 et ATF 2P.68/1998 du 1^{er} octobre 1999.

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 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 paragraphe 3.4).

L'article 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. Étant 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 déboulement 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 compétence. »¹² L'article 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).

¹² Conseil fédéral, 1994 : Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1201.

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 paragraphe 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 peut 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.

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.

Réalisation de la recherche :

Responsable du projet :	Serge Zogg, dipl. postgrade en sc. pol., OPCA
Analyse économique :	Brigitte Guggisberg, D ^f 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.