

Les effets de la loi fédérale
sur le marché intérieur (LMI)
sur les
professionnels de la santé détenteurs d'une
autorisation de pratiquer délivrée par un
autre canton

Avis de droit établi par **Valentine de Reynier**
avec la collaboration de M. **Enrico Riva**, dr en droit, professeur à l'Université de
Bâle, avocat à Berne

le 17 juin 1998

Les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur les professionnels de la santé détenteurs d'une autorisation de pratiquer délivrée par un autre canton

Table des matières

0. CONDENSÉ ET SYNTHÈSE.....	3
1. INTRODUCTION	6
2. LMI ET PROFESSIONS DU DOMAINE DE LA SANTÉ.....	6
2.1. BREF HISTORIQUE DE LA LMI.....	6
2.2. PRINCIPES DIRECTEURS DE LA LMI.....	7
2.3. RESTRICTIONS POSSIBLES À LA LMI.....	9
2.4. CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DE LA LMI ET PROFESSIONS DE LA SANTÉ (PROFESSIONS DE LA SANTÉ CONCERNÉES).....	10
3. LIBERTÉ D'ACCÈS AU MARCHÉ (ART. 2).....	12
4. RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'ACCÈS AU MARCHÉ (ART. 3).....	13
5. LÉGISLATIONS CANTONALES ET ART. 3 LMI.....	15
5.1. EN GÉNÉRAL.....	15
5.2. TOLÉRANCE OU INTERDICTION	16
5.3. MODE DE DÉSIGNATION	17
5.4. CATÉGORISATION DES PROFESSIONS RENCONTRÉES.....	18
5.5. CONDITIONS D'AUTORISATION	21
6. RECONNAISSANCE DE CERTIFICATS DE CAPACITÉ (ART. 4).....	23
6.1. EN GÉNÉRAL.....	23
6.2. CLAUSE DE SUBSIDIARITÉ	24
7. EVALUATION ET CONCLUSION.....	25
7.1. EVALUATION	25
7.2. EXTRAPOLATION.....	28
7.3. CONCLUSION.....	28
8. BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE.....	30

0. Condensé et synthèse

✍️ **Les professions du domaine de la santé font partie du domaine d'application de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)¹.** Cette loi vise le libre accès au marché à l'intérieur de la Suisse, en s'inspirant de principes développés en droit européen. En principe, les cantons ne peuvent plus prétendre restreindre l'accès à l'exercice d'une profession chez eux à un professionnel détenteur d'une autorisation délivrée par un autre canton. La loi présume d'ailleurs à son art. 4, al. 1, que les certificats de capacité - généralement une des conditions d'autorisation de l'exercice d'une profession - cantonaux ou reconnus au niveau cantonal sont équivalents. La loi n'admet que quelques restrictions au principe du libre accès des professionnels au marché sur tout le territoire suisse.

✍️ **Une application sans nuances du principe de libre accès au marché déborderait toutefois les buts poursuivis par la loi.** Une telle application contredirait les principes mêmes qui soutiennent la loi et lui confèrent sa légitimité². Le message concernant la LMI³ précise d'ailleurs que la LMI n'a pas pour but de prévoir des règles d'harmonisation matérielle des dispositions cantonales. En effet, une législation fédérale complète sur le marché intérieur aurait exigé la création d'une base constitutionnelle spécifique.⁴ Si la loi ne cherche pas à uniformiser les dispositions cantonales, il faut donc admettre qu'elle autorise certaines restrictions au principe de libre accès au marché pour les professionnels au bénéfice d'une autorisation de pratiquer délivrée par un autre canton. De telles restrictions doivent trouver leur fondement à l'art. 3 LMI.

✍️ En matière de professions de la santé, **deux des intérêts publics** expressément prévus à l'art. 3 LMI **permettent notamment de restreindre le libre accès au marché :**

?? la protection de la santé et de la vie des personnes et

¹ RO 1996, p. 1738 ss

² Principe de non-discrimination et principe dit "Cassis-de-Dijon" et leur application. Voir en particulier point 7.1.

³ Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur du 23 novembre 1994, FF 1995 I, p. 1193 ss (Message LMI)

⁴ Message LMI, p. 1229

?? la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation.

Ces restrictions - matérielles - ont donc trait à l'activité professionnelle elle-même et non aux formalités qu'elle entraîne.

On peut interpréter l'exigence d'un "**niveau de formation suffisant**" de différentes manières. Si on l'applique à une activité professionnelle largement répandue en Suisse, il faut la comprendre comme l'équivalence entre les différents titres de formation en vigueur dans les différents cantons. C'est l'interprétation qu'il faut lui donner le plus fréquemment. **L'équivalence du niveau de formation entre les mêmes titres délivrés par différents cantons est alors présumée**, selon l'art. 4 LMI.

Lorsqu'on a affaire par contre à une **activité professionnelle très peu répandue**, on peut comprendre l'exigence d'un niveau de formation suffisant comme l'exigence d'un certain **standard de qualité** auquel comparer le titre de formation en question. La majorité des professions de la santé énumérées par les cantons font partie de "groupes" de réglementation - formations aux professions libérales (médecins, dentistes, pharmaciens, vétérinaires) du ressort de la Confédération, formations réglementées par l'OFPT⁵, formations réglementées par la CDS⁶, formations réglementées par la CRS⁷ -. C'est un indice qu'elles correspondent à un certain standard de qualité. Cela dénote aussi l'existence de la tradition d'une **politique de santé publique** visant à maintenir ce standard de qualité. La LMI respecte cette "tradition" puisque, par la clause de subsidiarité de son art. 4, al. 4, elle accorde la priorité aux accords intercantonaux lorsqu'ils prévoient la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité.

L'exigence d'un certain standard de qualité doit permettre aux cantons de **refuser l'autorisation de pratiquer aux professionnels dont la formation ne présente pas les mêmes garanties** - professions n'existant que dans un ou quelques cantons, p. ex. -. Les cantons concernés doivent toutefois prouver cette insuffisance du niveau de formation.

⁵ Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, faisait partie de l'ex-OFIAMT

⁶ Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires

⁷ Croix-Rouge suisse

On pourrait également partir de l'idée que la LMI, qui n'est pas conçue pour de tels cas⁸, ne doit tout simplement **pas s'y appliquer**. Le fardeau de la preuve n'incomberait alors plus aux cantons.

À plus long terme, le projet d'Ordonnance de la CDS concernant la reconnaissance des titres cantonaux sanctionnant des formations de la santé publique en Suisse⁹ fondé sur l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993 (accord 93) permettra d'aller même plus loin que la LMI et de mener une véritable **politique de santé publique** et de promotion d'assurance de qualité. La LMI donne la priorité aux accords intercantonaux prévoyant la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité. L'ordonnance précitée confèrera à l'accord 93 une application directe en matière de formations de la santé de la compétence des cantons. Il reviendra alors aux cantons de compléter au fur et à mesure les appendices de l'ordonnance, qui déterminent le champ d'application de celle-ci. C'est par là même qu'ils pourront exercer une influence déterminante en y intégrant de nouveaux titres de formation au fur et à mesure que ceux-ci se généraliseront.

Les titres de formation qui n'y seront pas intégrés dépendront de la réglementation prévue par chaque canton et resteront soumis, eux, directement à l'art. 4 LMI, sauf restrictions selon l'art.3 LMI.

⁸ Cela ressort du système en vigueur dans l'Union européenne, qui a servi de modèle pour l'élaboration de la LMI. Ce système n'oblige pas un Etat qui ne réglemente pas une activité professionnelle à autoriser l'accès chez lui à un professionnel de ce domaine venant d'un autre Etat. Voir aussi point 7.1.

⁹ "Ordonnance de la CDS concernant la reconnaissance des titres cantonaux sanctionnant des formations de la santé publique en Suisse du...", projet actuellement en consultation auprès des cantons et des milieux intéressés

1. Introduction

Les professions du domaine de la santé font partie du domaine d'application de la loi fédérale sur le marché intérieur. Cette loi vise le libre accès au marché à l'intérieur de la Suisse, en s'inspirant de principes développés en droit européen. A en croire le message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, la loi a toutefois également pour but de favoriser les efforts intercantonaux fournis ou en cours, dans le même domaine.¹⁰ Si tel est bien le but poursuivi, il faut admettre une certaine étendue dans l'application des restrictions admissibles à la loi dans le domaine des professions de la santé. On s'écarte sinon par trop de l'idée même défendue par la loi.

La recherche effectuée ici est destinée à servir de support aux cantons, tout en leur laissant le soin de procéder individuellement aux adaptations pratiques qui s'imposent dans leurs législations et pratiques respectives.

2. LMI et professions du domaine de la santé

2.1. *Bref historique de la LMI*

La **loi fédérale sur le marché intérieur** (LMI), du 6 octobre 1995¹¹, est entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Elle faisait partie de tout un programme de régénération de l'économie de marché allant de pair avec les intentions d'ouverture de la Suisse vis-à-vis de l'Europe à travers le projet d'adhésion à l'Espace économique européen. Le projet d'adhésion a été rejeté en votation populaire le 6 décembre 1992, mais le paquet de modifications législatives qui l'accompagnait a évolué de manière autonome. Trois projets législatifs complémentaires importants ont vu le jour dans ce contexte, à savoir la révision de la loi sur les cartels, la loi fédérale sur les obstacles techniques au commerce et la loi sur le marché intérieur.

¹⁰ Message LMI, p. 1201 ss

¹¹ RO 1996 p. 1738 ss

Tandis que les deux premiers couvrent la concurrence relevant du droit privé et du domaine de réglementation de la Confédération, "...la LMI vise, quant à elle, à supprimer les dispositions et les mesures de nature protectionniste édictées par les cantons et les communes".¹² Le principe même qui sous-tend cette loi, dit "Cassis-de-Dijon", a été développé par la Cour de justice des Communautés européennes.¹³ Le droit européen revêt donc une grande importance dans la genèse d'un tel texte, tant par le contexte qui a permis son développement que par l'origine de son contenu.

La LMI est donc en vigueur depuis près de deux ans. A son art. 11, al. 1, elle prévoit toutefois: "Dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques adaptent leurs prescriptions à celles de la présente loi et édictent les dispositions d'organisation nécessaires". Ce délai échoit le 30 juin 1998. Ainsi que cela a été développé par le Tribunal fédéral¹⁴, les cantons devaient appliquer les "principes matériels" de la loi dès son entrée en vigueur, indépendamment de ce délai leur permettant d'adapter leur législation au droit fédéral. De même, un délai a été octroyé aux cantons pour prévoir des possibilités de recourir en matière de soumissions qui soient conformes à la LMI¹⁵. L'échéance de ces délais étant imminente, il est grand temps d'éclaircir certains points relatifs au domaine de l'exercice des professions de la santé, qu'ils soient ou non couverts par les "principes matériels" de la loi.

2.2. Principes directeurs de la LMI

La LMI se veut une concrétisation dans certains domaines du grand principe de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI). En effet, le cloisonnement régnant entre les différents marchés à l'intérieur même de la Suisse, conséquence de la diversité des réglementations de droit public, a été jugé contraire à la bonne marche de l'économie et à la compétitivité de la Suisse au niveau international.¹⁶

Pour remédier à cette situation, la LMI s'est inspirée du droit européen et international à travers le principe dit "Cassis-de-Dijon" et le principe de non-discrimination.

¹² Message LMI, p.1216

¹³ CJCE, Arrêt Cassis -de-Dijon, rec. 1979 p. 662

¹⁴ ATF 123 I 313, p. 318 s.

¹⁵ RO 1996, p. 1742

¹⁶ Message LMI, p. 1210 ss

Le premier a été développé par la Cour de justice des Communautés européennes et prévoit que "...les produits fabriqués et commercialisés légalement dans l'un des Etats membres doivent en principe être admis dans toute la Communauté"¹⁷. Selon ce principe, le droit applicable est celui du lieu de provenance et le système qui en résulte repose sur la confiance de chacun des Etats membres dans les systèmes juridiques des autres.¹⁸ La LMI reprend ce principe en l'adaptant et l'élargit à toute activité lucrative autorisée dans un canton ou une commune où le bénéficiaire de l'autorisation a son siège ou son établissement.¹⁹

Le second principe est celui de non-discrimination, qui sous-tend les règles commerciales de l'Organisation mondiale du commerce (OMC, anciennement le GATT). Comprenant les principes de la nation la plus favorisée et du traitement national, ce principe interdit de traiter d'une manière moins favorable les produits étrangers, quant aux conditions de commercialisation, que les produits indigènes. Dans la LMI, pour le domaine qui nous occupe, ce principe se transforme en interdiction de discrimination à l'égard des personnes venant d'un autre canton pour exercer une activité lucrative.

Si la LMI s'inspire du droit européen et international, elle trouve son fondement dans la Constitution fédérale (Cst.), aux art. 31 bis, al. 2, et 33, al. 2 Cst. Le premier de ces deux articles autorise la Confédération, pour autant qu'elle sauvegarde "...les intérêts généraux de l'économie nationale, ..." à "...édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie...". La compétence concurrente appartenant aux cantons en la matière (art. 31, al. 2 Cst.) est supplantée dès lors que la Confédération fait usage de sa compétence. Le second article permet à la Confédération de légiférer afin que ceux qui veulent exercer des professions libérales puissent obtenir des actes de capacité valables dans toute la Confédération.

Rappelons ici que ces dispositions précisent des éléments de la liberté du commerce et de l'industrie, ancrée à l'art. 31, al. 1 Cst., qui constitue le principe. En tant que liberté individuelle, celle-ci admet les seules restrictions fondées sur un intérêt public, ayant une base légale et respectant le principe de la proportionnalité, qui ne portent pas atteinte à son essence même.

¹⁷ Message LMI, p. 1219

¹⁸ Voir message LMI, p. 1220

¹⁹ Voir art. 2 LMI

La LMI vise la concrétisation d'une partie intégrante du droit fondamental à la liberté du commerce et de l'industrie (LCI), à savoir l'ancrage du principe du libre accès au marché pour tous les acteurs économiques en Suisse.²⁰

D'autre part, elle assure la validité sur tout le territoire suisse des certificats de capacité reconnus par les différents cantons.

Ainsi que le relèvent notamment COTTIER et WAGNER, la LMI est une loi-cadre, de principe, qui, sans prévoir d'unification au niveau fédéral, soumet simplement les compétences cantonales et communales existantes à certains critères minimaux essentiels au bon fonctionnement d'un espace économique suisse²¹.

2.3. Restrictions possibles à la LMI

La LMI n'a pas pour but une harmonisation ou une uniformisation du droit par la Confédération. Son article 3 prévoit donc diverses possibilités de restreindre le libre accès au marché. Ces restrictions sont calquées sur celles qui peuvent être opposées à la LCI et permettent de sauvegarder les intérêts publics prépondérants. Ainsi, d'après le message du Conseil fédéral, "les exceptions prévues à l'article 3 laissent aux cantons une marge de manœuvre suffisante pour qu'ils puissent préserver leurs intérêts publics"²².

L'art. 3 de la LMI énumère les possibilités de restreindre la liberté d'accès au marché d'offreurs externes en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination.

L'art. 3 LMI admet uniquement les restrictions qui, cumulativement:

?? s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (al.1, lettre a)

?? sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (al.1, lettre b) et

?? répondent au principe de la proportionnalité (al.1, lettre c).

²⁰ Paul RICHLI/Kilian WUNDER, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, AJP/PJA 1996, p. 908

²¹ Thomas COTTIER/Manfred WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP/PJA 12/95, p. 1583

²² Message LMI, p. 1265

L'alinéa 2 de l'art. 3 LMI prévoit, lui, des exemples d'intérêts publics prépondérants tels que mentionnés à l'alinéa 1, lettre b. Pour notre étude, deux de ces exemples entrent en ligne de compte. Il s'agit d'une part de **la protection de la santé et de la vie des personnes (...)** - lettre a - , d'autre part de **la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation** - lettre e - .

Les autres intérêts publics prépondérants mentionnés sont la protection des animaux et des plantes, de l'environnement et des consommateurs, la loyauté des échanges commerciaux et la poursuite d'objectifs de politique sociale et énergétique. Notons d'emblée que la **liste, exemplative**, n'exclut pas l'existence d'autres intérêts publics prépondérants.

RHINOW, SCHMID et BIAGGINI soulignent d'ailleurs, à propos de l'art. 3, al. 2 et 3 LMI, la marge de manœuvre considérable laissée à la jurisprudence future et qui pourrait jouer aussi bien en faveur qu'en défaveur du marché intérieur.²³

2.4. Champ d'application personnel de la LMI et professions de la santé (professions de la santé concernées)

La LMI cherche à réaliser, au sein du marché suisse, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et à améliorer la réalisation de la liberté d'établissement garantie à l'art. 45 Cst. Si l'on se concentre sur les **professions de la santé**, le champ d'application de la LMI vient s'ajuster aux diverses réglementations déjà existantes:

?? La Constitution confère à la Confédération la compétence de légiférer sur la formation professionnelle dans l'industrie, les arts et métiers, le commerce, l'agriculture et le service de maison (art. 34 ter, al. 1 g Cst.).

La Confédération a fait usage de cette compétence en adoptant en 1978 une loi sur la formation

²³ René RHINOW, Gerhard SCHMID et Giovanni BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel & Frankfurt am Main, 1998, § 7 d, n°74, p.162 s., dont les termes exacts sont les suivants: "Einmal bleiben die gesetzlichen Kriterien recht vage und lassen der künftigen Rechtsanwendungspraxis einen erheblichen Spielraum, der zugunsten, aber auch zuungunsten des Binnenmarkt-Anliegens genutzt werden kann (vgl.insb. Art. 3 Abs.2 und 3 BGBM)."

professionnelle²⁴, actuellement en passe d'être révisée. Son art. 1er, al. 3 précise bien: "Dans les professions relevant de l'éducation, **des soins aux malades**, dans les autres professions à caractère social, dans celles qui sont en rapport avec la science, l'art et l'agriculture, **la formation de base et le perfectionnement ne sont pas régis par la présente loi.**" Les professions de la santé sont donc communément admises comme exceptées de cette compétence fédérale et de cette loi, bien que celle-ci serve de fondement à la réglementation de certaines professions situées à la limite entre la santé et un autre domaine. Ainsi en est-il par exemple des assistant(e)s en pharmacie, des opticien(ne)s, des droguistes. Ces professions sont donc réglées par l'OFPT.²⁵

?? L'art. 33 al. 2 Cst. donne en outre à la Confédération la compétence de réaliser la libre circulation des **professions libérales** - médecins, dentistes, pharmaciens et vétérinaires, en matière de santé - , ce qui a été réalisé pour certaines d'entre elles avec la loi concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse²⁶, également en révision. Cette loi instaure donc un diplôme fédéral pour ces professions. L'art. 5 des dispositions transitoires de la Constitution permet aux autres détenteurs d'un certificat de capacité dans une profession libérale de se voir reconnaître leur certificat dans toute la Suisse.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LMI, les seules professions de la santé dont la Confédération assurait l'équivalence étaient ainsi celles faisant partie des professions libérales et les quelques professions réglées par l'OFPT. La Confédération n'assure d'ailleurs que la reconnaissance des titres et n'est pas compétente en matière d'exercice de la profession.

Les "autres professions de la santé", ainsi que les désignent généralement les lois cantonales, font partie du domaine de compétence des cantons tant en matière d'exercice de la profession que d'accès à la profession²⁷ (art. 31, al. 2 Cst.) et recouvrent notamment les professionnels suivants:

²⁴ Loi fédérale sur la formation professionnelle du 19 avril 1978, RO 1979, p. 1687

²⁵ Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, faisait jusqu'au 31.12.1997 partie de l'ex-OFIAMT. Voir également au point 5

²⁶ Loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877 (également applicable aux dentistes, dès 1888), RO 4, p. 303

²⁷ A l'exception des professions déjà mentionnées comme situées à la limite entre la santé et un autre domaine et réglées par l'OFPT

Chiropraticiennes et chiropraticiens, infirmières et infirmiers, infirmières-assistantes et infirmiers-assistants, techniciennes et techniciens en radiologie médicale, techniciennes et techniciens en salle d'opération, laborantines et laborantins médicaux, sages-femmes, physiothérapeutes, masseuses et masseurs, personnes qui appliquent la gymnastique médicale (Heilgymnastiker), ergothérapeutes, logopédistes, diététiciennes et diététiciens, psychothérapeutes non-médecins, techniciennes et techniciens pour dentistes, prothésistes dentaires, pédicures, ambulancières et ambulanciers, esthéticiennes, opticiennes et opticiens, acupunctrices et acupuncteurs, guérisseuses et guérisseurs, naturopathes...

S'appuyant sur les art. 31 bis, al. 2 et 33, al. 2 Cst., la LMI complète donc la réglementation fédérale en matière de professions de la santé. Elle vise à accroître les équivalences entre les différentes réglementations cantonales, et donc la libre circulation des professionnels de la santé. Elle exerce son influence sur l'exercice des professions libérales et des quelques professions situées à la frontière entre santé et un autre domaine. Pour les autres professions, elle influence tant l'accès à la profession que l'exercice de celle-ci. Elle réserve toutefois clairement la priorité aux résultats d'efforts intercantonaux de la même veine, dont nous verrons plus loin les détails.

3. Liberté d'accès au marché (art. 2)

A en croire le message concernant la LMI, "l'article 2 représente véritablement le **cœur du projet**...Ce sont les prescriptions en vigueur au lieu de provenance de l'offreur ou de l'entreprise offreuse qui règlent l'accès au marché".²⁸ Cette disposition confère donc à l'offreur un droit individuel à l'accès au marché selon les prescriptions en vigueur à son lieu de provenance. Ainsi, selon le message, "...la reconnaissance réciproque des réglementations cantonales constitue le fondement de l'ouverture des marchés en Suisse."²⁹

Ainsi, tout professionnel de la santé établi dans un canton et y pratiquant de manière conforme au droit cantonal une activité lucrative peut en principe l'exercer dans toute la Suisse. Toutefois, le canton où viendrait s'exercer cette activité peut opposer des restrictions fondées sur l'art. 3 LMI, donc, entre

²⁸ Message LMI, p. 1243

²⁹ Message LMI, p. 1244

autres, des restrictions arguant de la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation. Toutefois, si une telle restriction consiste à demander la détention d'un certificat de capacité, l'art. 4 LMI s'applique, selon lequel les certificats de capacité reconnus au niveau cantonal sont valables sur tout le territoire de la Confédération. Le canton d'accueil peut alors invoquer l'art. 3 en prétendant que le certificat de capacité délivré par l'autre canton ne remplit pas la garantie d'un niveau de formation suffisant, mais il doit alors en fournir la preuve. En effet, comme le notent COTTIER et WAGNER, l'exercice d'une activité protégée par la LCI peut, pour permettre de préserver des intérêts publics, être lié à la détention d'un certificat de capacité³⁰. Le certificat de capacité est donc déjà une restriction au principe de la LCI, que la LMI concrétise³¹.

L'article 2 constitue ainsi le principe, le fondement de la loi. Les **autres dispositions** de la loi doivent plutôt être comprises comme des **compléments du principe de liberté d'accès au marché**. L'article 3 mentionne les exceptions que l'on peut apporter au principe, tandis que l'article 4, en abordant la reconnaissance des certificats de capacité, explicite un élément de ce principe. L'exigence d'un certificat de capacité ne représente en effet jamais l'unique condition à l'octroi d'une autorisation de pratiquer. Certains auteurs abordent toutefois l'art. 4 indépendamment de l'art. 2 et le jugent seul applicable aux professions de la santé³².

4. Restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3)

Comme nous l'avons vu au point 2.2. de cet exposé, la liberté du commerce et de l'industrie, ancrée à l'art. 31 de la Constitution fédérale, constitue le principe de base applicable à l'exercice des professions de la santé. Cette liberté peut toutefois faire l'objet de restrictions, lorsque ces dernières respectent les conditions de l'existence d'une base légale, d'un intérêt public et de proportionnalité et qu'elles n'entament pas l'essence même de la liberté.

Dans le présent contexte, l'exigence d'une **base légale** ne pose pas de problèmes particuliers. La LMI elle-même prévoit l'éventualité de restrictions, que les prescriptions cantonales particulières précisent.

³⁰ Thomas COTTIER/Manfred WAGNER, AJP/PJA 12/95, V c, p. 1586 (traduction)

³¹ voir également, concernant les certificats de capacité, ci-après au point 6

³² voir Jost GROSS, Gutachten zur Revision des Gesundheitsgesetzes: Berufe des Gesundheitswesens, p. 42 ss

Ainsi que l'a exposé le Tribunal fédéral, "selon le principe de la **proportionnalité** des mesures administratives, les mesures que les cantons peuvent prendre pour limiter la liberté du commerce et de l'industrie ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but de police visé; elles doivent être le moyen adéquat de réaliser l'objectif d'intérêt public qui les motive, en ménageant le plus possible la liberté des particuliers; les moyens utilisés doivent en outre demeurer dans un rapport raisonnable avec le but visé (ATF 109 Ia 37 c. 4 et les arrêts cités, JdT 1985 I 39 c. 4). En ce qui concerne le certificat de capacité professionnelle, le principe de la nécessité et de la proportionnalité tend à éviter des exigences inutiles et exagérées (souvent motivées par la défense de la profession) mais aussi à tenir compte de façon efficace de la protection du public (*Fritz Gygi*, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, p. 89). Tel est notamment le cas dans le domaine de la santé au sens large (ATF 112 Ia 325 ss, JdT 1988 I 52 ss; cf. aussi ATF 116 Ia 123 c. 5 et 6, JdT 1992 I 19 ss)."³³

Nous avons vu que la LMI mentionne, à son art. 3, al. 2, une liste des **intérêts publics** prépondérants permettant de justifier une restriction, et en avons retenu particulièrement deux, à savoir la protection de la santé et de la vie des personnes et la garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation.

Nous avons souligné que cette liste était exemplative. Il nous paraît d'ailleurs qu'elle ne suffit pas à couvrir tous les intérêts publics prépondérants en matière de professions de la santé. Si tel était le cas, la LMI prendrait une ampleur telle qu'elle outrepasserait les buts qu'elle s'est fixés.

Il faut donc admettre qu'il existe un ou plusieurs autres intérêts publics prépondérants autorisant des restrictions à la LMI et, partant, à la LCI. Or, ainsi que le relève RHINOW³⁴, selon le Tribunal fédéral "...sont prohibées les mesures qu'inspire un but dit de 'politique économique', en d'autres termes... 'les mesures qui interviennent dans la libre concurrence pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation et qui tendent à diriger l'activité économique selon un plan déterminé' ".³⁵ Tant cet auteur que AUBERT³⁶ et RICHLI et WUNDER³⁷, par exemple, voient dans l'arrêt Griessen³⁸ un tournant dans la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'égard des restrictions

³³ ATF 117 Ia 446 s. cons. 4 a, JdT 1993 I 199

³⁴ René RHINOW, *Commentaire de la Constitution fédérale*, 1988, ad art. 31 Cst., n° 164 ss, p. 53 ss

³⁵ René RHINOW, *Commentaire de la Constitution fédérale*, 1988, ad art. 31 Cst., n° 164, p. 53

³⁶ Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, supplément 1967-1982, n° 1760, p. 210 s.

³⁷ Paul RICHLI/Kilian WUNDER, *op. cit.*, p. 909 ss

³⁸ ATF 97 I 499

cantonales opposables à la LCI. Cet arrêt, le premier, admet des restrictions dites de "politique sociale" à côté des seules restrictions dites "de police" admises jusqu'alors. Les restrictions de police visent à "...protéger certains biens policiers déterminés [dont la santé publique] contre les dangers qui peuvent résulter d'une activité économique".³⁹ RHINOW relève en outre que le Tribunal fédéral considère que les mesures de police tirent leur justification de leur finalité, neutre quant à leurs effets sur le cours de l'économie, ou alors lorsque de tels effets sont involontaires⁴⁰. Cette interprétation autorise des restrictions relativement larges à la LCI. Ainsi, selon RHINOW, le Tribunal fédéral a admis par exemple la validité de "conditions d'accession relatives aux personnes" (dont souvent l'exigence d'un certificat de capacité), de prescriptions relatives à l'exercice d'une profession, de monopoles en cas d'activités dangereuses...⁴¹. Le Tribunal fédéral admet également les intérêts publics de politique sociale comme justification aux restrictions à la LCI. Cette notion de politique sociale paraît encore peu définie.

AUBERT souligne dans la ligne prônée par l'arrêt Griessen l'importance donnée à l'opinion publique. Il relève dans cet arrêt la référence aux "mesures ressenties par une grande partie de la population comme justifiées" et aux "mesures qui satisfont à un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir".⁴² RHINOW souligne également ce "besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir", que doit satisfaire l'intérêt public invoqué pour être admissible⁴³.

Ces considérations tendent à révéler un nouveau poids accordé à l'opinion publique ou à une politique d'approche globale du secteur de la santé, qui rejoint les réflexions qui seront menées au point 7.2. de ce document.

5. Législations cantonales et art. 3 LMI

5.1. En général

Bien que sensibles parfois aux législations de leurs voisins, les cantons ont chacun leur propre systématique de réglementation des professions de la santé. Nous avons renoncé à présenter ici l'ensemble des

³⁹ René RHINOW, op. cit., n° 192, p. 62

⁴⁰ René RHINOW, op. cit., n° 192, p. 62

⁴¹ René RHINOW, op. cit., n° 193ss, p. 63 s.

⁴² Jean-François AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, supplément 1967-1982, n° 1881, p. 239

⁴³ René RHINOW, op. cit., n° 199, p. 65

législations cantonales. Celles-ci font fréquemment l'objet de modifications, ce qui rend l'exactitude de toute étude éphémère. Il nous a paru plus intéressant de recourir à des exemples et d'essayer d'en dégager certaines tendances dans la manière d'aborder la réglementation.

Nous nous occuperons principalement des professions qualifiées par la plupart des cantons de "**autres professions du domaine de la santé**", par opposition aux "professions médicales" (se référant généralement aux médecins, dentistes, pharmaciens, parfois aux sages-femmes et aux vétérinaires). En effet, c'est dans la première catégorie que l'on constate les disparités les plus importantes dans la réglementation. La répartition des compétences Confédération-cantons en matière de professions de la santé, ainsi que des motivations politiques sont responsables de ce phénomène.⁴⁴

En théorie, trois degrés de restrictions à l'exercice d'une profession entrent en ligne de compte: **l'obligation de s'annoncer**, la **soumission à autorisation** et **l'interdiction de pratique** d'une profession.

Dans la pratique, il existe **différentes techniques législatives** pour **soumettre les professions à autorisation**.

5.2. Tolérance ou interdiction

Dans le principe même de la réglementation, on peut déjà distinguer deux types de stratégies. Certains cantons **tolèrent** de nombreuses professions de la santé, n'en soumettant à autorisation qu'un nombre restreint ou soumettant à une autorisation à dénomination large des activités diverses. Ainsi en est-il par exemple d'AR, qui, outre les "professions médicales", ne soumet à autorisation que les sages-femmes et les guérisseurs. A propos de ces derniers, la loi relève d'ailleurs: "Mit den in diesem Gesetz enthaltenen Ausnahmen und Einschränkungen ist die Heiltätigkeit jedermann gestattet"⁴⁵. Cette disposition a toutefois une portée restreinte étant donné que les guérisseurs font l'objet d'une réglementation relativement détaillée dans la loi.

⁴⁴ Voir à ce propos les points 2.4. et 5.4.

⁴⁵ Ausserrhodisches Gesetz über das Gesundheitswesen du 25 avril 1965, art.11 al. 1.

Les autres cantons **interdisent de manière générale** les activités ayant trait au domaine de la santé, exception faite de certaines professions répondant à des critères et conditions clairement définis, qu'ils soumettent à autorisation. (ZH, BE, VD, GE,...)

On rencontre la première stratégie principalement en Suisse orientale, la seconde plutôt en Suisse occidentale.

5.3. Mode de désignation

Une différence d'une autre nature ressort de l'examen des diverses lois.

La plupart des cantons **énumèrent** les professions soumises à autorisation à l'aide d'une **liste** figurant dans leur loi de santé ou dans une ordonnance.

C'est le cas de ZH, BE, SZ, BS, BL, VD, VS et GE, par exemple.

D'autres cantons **décrivent le type d'activité nécessitant une autorisation**, indépendamment de la profession. C'est le cas à SG, pour la détermination et le traitement de maladies, de blessures ou d'atteintes à la santé physique ou mentale, ainsi que pour toute assistance à l'accouchement.⁴⁶ VS procède de manière similaire en soumettant à autorisation en général les professions de la santé, qu'il définit, à condition qu'elles soient exercées à titre indépendant. Il exclut clairement de toute soumission à autorisation les professions "alternatives", pour autant qu'elles soient sans danger et moyennant information et accord des patients⁴⁷.

D'autres cantons **ne soumettent que quelques professions à autorisation**, laissant par principe une grande liberté dans ce domaine. C'est par exemple le cas d'AR, comme on l'a vu plus haut.

Indépendamment de la technique législative utilisée, l'autorisation n'est souvent nécessaire que lorsque la profession est exercée **à titre indépendant, professionnellement et contre rémunération**.

⁴⁶ Art. 43, a et b, de la "Gesundheitsgesetz" du 28 juin 1979.

⁴⁷ VS a adopté un système mixte, puisqu'il prévoit également une liste des professions de la santé, comme vu plus haut

L'exercice à titre dépendant est parfois soumis à un autre type d'autorisation.

5.4. Catégorisation des professions rencontrées

En examinant chaque fois systématiquement les restrictions possibles à l'exercice d'une profession de la santé non médicale, on peut **catégoriser les professions de la santé** de la manière suivante:

?? Les professions **réglementées par l'OFPT**⁴⁸

On peut d'emblée classer dans une catégorie particulière une série de professions situées à la limite entre la santé et un autre domaine. Il s'agit des aides familiales, des assistantes et assistants dentaires, des assistantes et assistants en médecine vétérinaire, des assistantes médicales et assistants médicaux, des assistantes et assistants en pharmacie, des bandagistes, des cuisiniers en diététique, des droguistes, des esthéticiennes, des laborantes et laborants en biologie, chimie, physique, textile et métallurgie, des laboristes, des opticiennes et opticiens, des opticiennes et opticiens en instruments, des orthopédistes, des techniciennes et techniciens pour dentistes⁴⁹. Comme on l'a vu précédemment⁵⁰, elles sont réglementées par la Confédération, en l'occurrence l'OFPT. Du point de vue des exigences de formation et de la reconnaissance des diplômes, il n'existe donc aucun problème puisqu'il existe une voie de formation unique.

Pour ces professions, une restriction ayant pour motif l'intérêt public de la garantie d'un **niveau de formation suffisant** ou une **politique sanitaire coordonnée n'entre donc pas en ligne de compte**.

L'intérêt public de la **protection de la santé et de la vie des personnes** autorise par contre d'éventuelles restrictions à l'exercice de ces professions. De telles restrictions doivent toutefois respecter la condition de proportionnalité, donc se fonder sur des différences importantes dans les conditions à remplir pour être autorisé à exercer. De plus, le problème se pose surtout pour les professions nécessitant une autorisation pour être exercées à titre indépendant, donc un nombre re-

⁴⁸ Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, faisait jusqu'au 31.12.1997 partie de l'ex-OFIAMT.

⁴⁹ Toutes ces professions concernent aussi bien des femmes que des hommes même lorsque la dénomination utilisée ne fait référence qu'à un sexe.

⁵⁰ Voir ci-dessus, point 2.4

lativement restreint d'entre elles. En effet, comme on l'a vu, la majorité des cantons ne soumettent à autorisation que l'exercice à titre indépendant d'une profession.

?? Les professions **réglementées par la Croix-Rouge suisse**.

Tous les cantons se sont engagés, à travers la Convention entre les cantons et la Croix-Rouge suisse (CRS) concernant la formation professionnelle du personnel infirmier, médico-technique et médico-thérapeutique du 20 mai 1976, à reconnaître les diplômes et certificats enregistrés par la CRS⁵¹.

Les cantons ont donc l'obligation de reconnaître les titres délivrés par la CRS.

Pour autant que les éventuelles autres conditions à l'autorisation de pratiquer les professions auxquelles ces certificats mènent soient remplies, les cantons **doivent** donc autoriser l'exercice de telles professions.

Pour ces professions, une restriction ayant pour motif l'intérêt public de la garantie d'un **niveau de formation suffisant n'entre donc pas en ligne de compte** puisqu'il est garanti par la réglementation de la CRS.

Il en est de même de toute restriction basée sur une **politique sanitaire coordonnée**. En effet, lorsque les cantons ont coordonné les formations et reconnaissances par l'intermédiaire de la CRS, il paraîtrait absurde qu'ils ne prévoient pas d'autoriser l'exercice des professions correspondantes. L'intérêt public de la **protection de la santé et de la vie des personnes** autorise par contre d'éventuelles restrictions à l'exercice de ces professions. De telles restrictions doivent toutefois respecter la condition de proportionnalité, donc se fonder sur des différences importantes dans les conditions à remplir pour être autorisé à exercer. Il doit s'agir de conditions auxquelles le requérant ne peut pas s'adapter dès son arrivée, comme ce serait le cas d'une obligation de tenir un dossier, par exemple.

De plus, il s'agit encore de différencier l'exercice à titre **dépendant** de l'exercice à titre **indépendant** d'une profession. La majorité des cantons admet l'exercice à titre dépendant dès lors que le titre de formation est reconnu. L'exercice à titre indépendant requiert, lui, que certaines conditions

⁵¹ Convention citée, art. 3.2

soient remplies.

?? Les professions **non réglementées par la Croix-Rouge suisse mais que la majorité des cantons réglementent et soumettent à autorisation.**

Certaines professions, sans bénéficier pour l'heure d'une réglementation par la CRS, font l'objet d'une réglementation dans la majorité des cantons (ex: podologues, ergothérapeutes, ...).

En ce qui concerne le **niveau de formation**, un canton pourrait refuser un certificat reconnu par un autre canton au motif de la différence de niveau entre les deux formations. Il devrait toutefois prouver l'existence d'un niveau de formation insuffisant.

Comme pour les professions réglementées par la CRS, des restrictions peuvent être fondées sur l'intérêt public de la **protection de la santé et de la vie des personnes**, pour autant qu'elles soient proportionnées.

L'argument d'une **politique sanitaire coordonnée** amène ici à suggérer l'extension de la réglementation de telles professions à tous les cantons, lorsque la majorité d'entre eux réglemente et soumet à autorisation. Un canton ne devrait pas pouvoir alors se baser sur son absence de soumission à autorisation d'une profession pour lui nier tout droit d'exercice.

De nouveau, les réglementations diffèrent en ce qui concerne l'exercice à titre dépendant ou indépendant.

?? Les professions **non réglementées par la Croix-Rouge suisse et que seuls quelques cantons réglementent et soumettent à autorisation.**

Certaines professions non réglementées par la CRS font l'objet d'une réglementation et soumission à autorisation dans un ou quelques cantons particuliers. Un tel canton devrait alors accepter les professionnels en provenance d'un autre canton réglementant lui aussi cette profession, pour autant qu'il ne puisse démontrer l'**insuffisance de niveau** de la formation effectuée.

Un canton qui n'admet pas une telle profession et même l'interdit ne devrait toutefois pas être forcé

d'admettre un professionnel venant d'un autre canton.⁵² Il en va de l'intérêt public au **développement d'une politique sanitaire coordonnée** réfléchie et axée sur des buts généraux. La justification d'une telle restriction à la LMI réside indirectement aussi dans les intérêts publics de **protection de la santé et de la vie des personnes** et de **niveau de formation suffisant**.

Ici encore, l'exercice dépendant est souvent réglé différemment de l'exercice indépendant.

Parmi les professions qui ne sont soumises à autorisation que dans quelques cantons, on trouve:

?? les esthéticiennes (épilation électrique définitive), à BS, TI, GE, p.ex.;

?? les prothésistes dentaires, à ZH p. ex.;

?? les guérisseurs, à AR p.ex.;

?? les naturopathes, à SG p.ex.;

?? les acupuncteurs, à SZ p.ex.

5.5. Conditions d'autorisation

Lorsqu'on examine **les conditions d'autorisation**, la réglementation varie également grandement d'un canton à l'autre.

Certaines conditions existent dans la majorité des cantons. Ainsi en est-il de:

?? Bénéficier d'une bonne réputation, généralement à démontrer par la production d'un certificat de bonne vie et mœurs;

?? Absence de sanctions (parfois seulement pénales, parfois également administratives, parfois limitées aux condamnations pour crime ou délit) généralement à démontrer par la production d'un extrait de casier judiciaire;

?? Absence d'incompatibilités physiques ou psychiques avec l'exercice de la profession considérée, généralement à démontrer par la production d'un certificat médical;

⁵² Voir ci-dessous, point 7.1

?? Exercice des droits civils;

?? Formation adéquate.

D'autres conditions n'existent que dans certains cantons. Ainsi, par exemple:

?? Bénéficiaire d'une expérience pratique (SZ, VS, ...);

?? Disposer d'un local de travail approprié spécialement équipé (BS, BL, AR, VS.);

?? Age limité (inférieur, BS..., ou supérieur, VS...);

?? Obligation d'assurance responsabilité civile (VS...);

?? Formation continue obligatoire (VS, ...);

?? Obligation de tenir un dossier (SG, VS, ...);

?? Permis d'établissement dans le canton (BS).

Certaines conditions ont une nature plutôt formelle (p. ex. l'obligation de tenir un dossier, l'obligation d'être assuré en responsabilité civile), d'autres une nature plutôt matérielle (p. ex. exigences de formation, exigences d'un certain nombre d'années de pratique dépendante). La limite peut toutefois s'avérer ténue; qu'en est-il par exemple d'une limite d'âge? Bien que formelle, une limite d'âge supérieure vise à éviter la mise en danger résultant de la prise en charge par quelqu'un de trop âgé et inclut donc un aspect matériel. Cet aspect est toutefois généralement pris en compte par la condition d'absence d'incompatibilité physique ou psychique.

De manière générale, l'absence d'une condition formelle ne devrait pas permettre un refus d'autorisation, tandis que l'absence prouvée d'une condition matérielle le peut, pour autant que les conditions de l'art. 3 LMI soient remplies. Un canton peut accorder l'autorisation tout en obligeant le requérant à se soumettre dans un certain délai à une condition formelle.

Il existe des conditions directement en contradiction avec le droit fédéral; elles doivent disparaître (p.ex: exigence d'un permis d'établissement à BS⁵³).

⁵³ Verordnung betreffend verschiedene Arten niederer Heilpersonen vom 27. Juni 1945 des Kantons Basel-Stadt, § 2, f), 310.130. Un projet de modification législative est toutefois en cours dans ce canton.

6. Reconnaissance de certificats de capacité (art. 4)

6.1. En général

Comme on l'a vu au point 3, l'art. 4 LMI explicite le principe général de liberté d'accès au marché formulé à l'art. 2 LMI, dont il représente un élément clé. L'art 4 pose la présomption que "les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3" (art. 4, al. 1 LMI).

Que recouvre la **notion de "certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal permettant d'exercer une activité lucrative"**? Selon le message, "cette disposition ne s'applique qu'aux certificats de capacité **cantonaux** ou reconnus au niveau cantonal et non aux diplômes **privés**" et se réfère directement à l'art. 1, al. 3 LMI, pour la notion "d'activité lucrative".⁵⁴ Un certificat de naturopathe d'une école privée non reconnue par le canton n'entre par exemple pas en ligne de compte, non plus qu'un certificat de guérisseur bénévole.

Mais que recouvre la notion de "**certificat de capacité**"?

En matière de restrictions de police à la liberté du commerce et de l'industrie, elle est l'une des conditions d'accession relatives aux personnes généralement exigées par les cantons pour l'exercice d'une activité jugée dangereuse. La réunion de l'ensemble de ces conditions détermine l'octroi de l'autorisation.⁵⁵

Dans un sens plus large, elle recouvre "le certificat de formation ou de promotion professionnelle, qui a pour but d'améliorer la qualité du travail dans les métiers..."⁵⁶ et facilite l'exercice d'une profession. C'est bien dans un sens approchant celui-ci qu'il faut comprendre les "certificats de capacité" de l'art. 4 LMI. Le message parle en effet également de "**diplômes**", dans ce contexte⁵⁷, et, à propos de l'art. 4, al. 4 LMI, d'accord intercantonal sur la reconnaissance des "diplômes" qui s'appliquerait à un certificat de capacité cantonal.

⁵⁴ Message LMI, p. 1246

⁵⁵ René RHINOW, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 31, n° 193, p. 63

⁵⁶ Jean-François AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. III, n° 1885 b, p. 239

⁵⁷ Message LMI, p. 1246 s.

Il s'agit donc de bien distinguer deux notions: **le certificat de capacité**, cantonal, dont l'art. 4 LMI garantit la validité dans toute la Suisse, à comprendre comme un titre de formation, un "diplôme", et **l'autorisation de pratiquer** que délivre un canton, dont le titre de formation ne constitue généralement qu'une des conditions d'octroi. L'art. 4 LMI présume l'équivalence des certificats de capacité et non des autorisations de pratiquer.

6.2. Clause de subsidiarité

L'art. 4, al. 4 LMI prévoit que les dispositions d'un accord intercantonal dans lequel les cantons prévoient la reconnaissance mutuelle de certificats de capacité l'emportent sur la loi.

La **Convention entre les cantons et la CRS concernant la formation professionnelle du personnel infirmier, médico-technique et médico-thérapeutique du 20 mai 1976** ne constitue pas un accord intercantonal. Chaque canton conclut avec la CRS un contrat qui renvoie, pour l'exécution de tâches publiques, à des normes privées (celles de la CRS)⁵⁸. Ainsi, chaque canton agit indépendamment des autres, bien que tous les cantons aient adhéré.

Il est intéressant de noter ici que cette convention, sans remplir les conditions de l'art. 4, al. 4 LMI, a une grande importance dans l'élaboration d'un marché intérieur parce qu'elle établit un standard de niveau et de qualité de formation en faisant "reconnaître" "au niveau cantonal" toute une série de "certificats de capacité" pour reprendre certains termes de l'art. 4, al. 1 LMI, et cela par l'intermédiaire d'un organe de reconnaissance unique, à savoir la CRS.

L'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993 (accord 93)⁵⁹, signé depuis par tous les cantons, règle notamment la reconnaissance des diplômes cantonaux de fin d'études en Suisse. Le terme de diplômes cantonaux recouvre ici tous les diplômes non régis par la Confédération et doit donc être compris dans un sens large. Il faut y inclure les diplômes privés. Le champ d'application de l'accord 93 est ainsi plus large que celui de l'art. 4 LMI. De plus, il

⁵⁸ Enrico RIVA, Gutachten zu staatsrechtlichen Fragen der Berufsbildung im Bereich der nichtuniversitären Gesundheitsberufe, p. 19, qui utilise les termes allemands de "...Verweisung auf private Normen..."

⁵⁹ RO 1997 2399

ne se limite pas aux activités protégées par la LCI. Cette différence a toutefois peu d'incidences pratiques, les diplômes préparant à des activités bénévoles n'étant pas monnaie courante.

Pour s'appliquer en lieu et place de l'art. 4 LMI, un accord intercantonal doit être directement applicable. A son art. 5, al. 3, l'accord 93 prévoit que "la Conférence des directeurs des affaires sanitaires est chargée de l'application de l'accord dans le domaine de la santé...". Or ladite Conférence a bien élaboré un projet d'ordonnance sur cette base, mais qui n'entrera pas en vigueur avant le 1er janvier 1999 au plus tôt. Cette ordonnance prévoit notamment de fonder sur l'accord 93 les règlements CRS existants. Ces règlements, nés du droit coutumier et reposant sur la convention cantons-CRS de 1976 deviendront alors des règlements de droit public. Actuellement toutefois, l'accord 93 n'a encore aucune application directe dans le domaine de la santé. C'est donc l'art. 4 LMI qui s'applique dans ce domaine.

Il convient de se pencher sur les différences concrètes qu'engendrerait l'application de l'accord 93 en lieu et place de l'art. 4 LMI. Le commentaire prévoit expressément qu'en principe, tous les diplômes, tant publics que privés, tant scolaires que professionnels, **peuvent** être reconnus sur la base de l'accord et que ce sont ensuite les conférences compétentes qui décident quels diplômes **doivent** réellement être reconnus.⁶⁰ C'est donc d'éventuels diplômes privés qui élargissent l'application de l'accord 93 par rapport à celle de l'art. 4 LMI. Encore faut-il que la conférence concernée (ici la CDS) concrétise cette possibilité. Or, l'ordonnance de la CDS ne prévoit actuellement à ses appendices aucun diplôme qui ne soit reconnu par les cantons sur la base de la convention cantons-CRS de 1976.

Une fois l'accord 93 directement applicable aux diplômes du domaine de la santé, il l'emportera sur l'art. 4 LMI, pour les titres de formations prévus à ses appendices. Les cantons auront alors le loisir de compléter le champ d'application de l'accord - en développant les appendices de l'ordonnance - pour lui donner le poids souhaité.

7. Evaluation et conclusion

7.1. Evaluation

⁶⁰ Rapport relatif au projet d'accord intercantonal sur la reconnaissance des certificats et diplômes de fin d'études de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique du 18 février 1993, p.6

Comme on l'a vu précédemment, c'est l'art. 2 de la LMI qui en constitue le cœur, en posant le principe à son al. 1 que "toute personne a le droit d'offrir ...des prestations de travail sur tout le territoire suisse si l'exercice de l'activité lucrative en question est autorisé dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement". Ce postulat est inspiré du principe développé en droit européen dit "Cassis-de-Dijon" et a pour but d'assurer l'établissement d'un véritable marché intérieur en Suisse. En effet, il supprime des frontières souvent injustifiées et contre-productives liées aux démarches nécessaires à l'obtention d'autorisations subséquentes à celle obtenue dans un premier canton pour l'exercice d'une activité lucrative.

Un tel principe se justifie certes lorsque tous les cantons prévoient un système d'autorisation pour l'exercice de la même profession, et où il paraît judicieux que des différences relativement minimes, notamment formelles, dans les conditions d'octroi ne compliquent pas inutilement l'accès au marché dans les différents cantons. En ce qui concerne une large part des professions de la santé - professions types, largement reconnues -, les avantages d'une telle innovation sont incontestables.

L'application sans restrictions d'un tel principe permet toutefois que **des situations exceptionnelles** valant dans parfois un seul canton pour des raisons qui lui sont propres ou qui ont pu s'introduire par des phénomènes particuliers, **risquent de s'imposer** dans les autres cantons.

On peut raisonnablement penser que **la loi n'a pas forcément "voulu" de telles applications**. C'est pourquoi, pour les **cas atypiques**, des restrictions au principe se justifient.

Pour étayer un tel raisonnement, on peut prendre exemple sur le système européen actuel. Il a servi de modèle pour l'élaboration de la LMI et il paraît logique de s'y référer également pour fonder d'éventuelles restrictions dans l'application de la loi. De plus, c'est celui qui s'appliquerait à la Suisse en cas d'aboutissement des négociations bilatérales avec l'Union européenne. Le système européen prévoit une équivalence de contenu entre certains titres, lorsqu'ils existent déjà formellement, mais n'impose pas la création de tel ou tel certificat à des pays qui ignorent tout titre de ce type.

Ainsi, la Directive 92/51 du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles parle d'accès aux activités professionnelles **réglementées** par l'Etat membre d'accueil uniquement⁶¹. Un Etat ne prévoyant absolument pas une activité n'a pas

⁶¹ Directive citée, notamment les art. 1 et 2, JO N° L 209/27-29

l'obligation d'accueillir un professionnel de ce domaine venant d'un autre Etat membre sur la base du principe du traitement national.

La LMI étant conçue sur les principes du droit européen devrait s'y tenir également en ce qui concerne les limites à établir.

Ainsi, lorsqu'un professionnel bénéficiant d'une autorisation dans un canton veut pratiquer dans un canton qui n'admet pas une telle profession et même l'interdit, il ne peut pas exiger de ce canton qu'il l'admette. L'exemple suivant nous permettra d'illustrer le problème: La profession de prothésiste dentaire, dont il n'est pas admis sans conteste qu'elle soit sans danger, est soumise à autorisation dans quelques cantons, dont Zurich et Schwyz. Le canton de Vaud, par exemple, ne doit pas pouvoir être contraint pour autant d'admettre l'exercice de prothésistes dentaires venus de ces cantons, alors qu'il n'admet pas les prothésistes dentaires parmi les professions qu'il soumet à autorisation en tant que professions de la santé.

A plus forte raison, lorsqu'un canton tolère la pratique d'une activité sans la soumettre à autorisation, un autre canton n'aura pas à faire preuve de la même tolérance ni à octroyer d'autorisation de pratique sur la simple base de la tolérance manifestée jusque-là à l'égard du requérant. La LMI assure l'équivalence des **autorisations** délivrées dans les différents cantons et non l'équivalence des situations de fait.

L'interdiction totale d'une profession par un canton soulève toutefois un problème de proportionnalité des restrictions possibles à l'exercice d'une profession, comme nous l'avons vu au point 4.

On l'a vu, deux types d'intérêts publics notamment, selon la LMI, peuvent justifier des restrictions à l'exercice des professions de la santé:

?? la protection de la **santé** et de la vie des personnes et

?? la garantie d'un **niveau de formation suffisant** pour les activités professionnelles soumises à autorisation

Si l'un et l'autre de ces intérêts publics peuvent fonder des restrictions cantonales, le second - la garantie d'un niveau de formation suffisant - doit permettre à chaque canton de **maintenir un certain standard de formation minimum**. Sur cette base, et de manière analogue au système en vigueur dans l'Union européenne, un canton doit pouvoir refuser d'accepter d'autoriser quelqu'un à pratiquer une activité sur son territoire lorsqu'une telle activité n'y est pas réglementée.

7.2. Extrapolation

On l'a vu, la liste de l'art. 3 LMI énumérant les intérêts publics justifiant des restrictions à la LMI n'est pas exhaustive. On pourrait, en poursuivant dans la direction de l'argumentation utilisée, suggérer un intérêt public complémentaire au **développement d'une politique sanitaire coordonnée** réfléchie et axée sur des buts généraux. Axé sur la promotion de la santé et l'assurance de qualité, un tel intérêt public viserait à maintenir une certaine cohérence de l'évolution de la politique sanitaire en Suisse.

Un tel intérêt public serait d'ailleurs indirectement lié à ceux de protection de la santé et de la vie des personnes et de garantie de formation d'un niveau suffisant. Il se fonderait sur l'assise géographique et sociale d'une profession de la santé soumise à autorisation. Lorsque cette profession n'est autorisée et réglementée que de façon exceptionnelle, il dispenserait un canton de l'autoriser chez lui. A contrario, il consisterait à admettre que, lorsque la majorité des cantons soumet l'exercice d'une profession à autorisation et le réglemente, on a déjà affaire à une large reconnaissance sociale d'une profession et il paraît normal que, dans une optique de liberté d'accès au marché, les quelques cantons qui ne prévoient pas de réglementation adaptent leur pratique à celle des autres cantons. Il s'agit toutefois d'une extrapolation libre qui s'écarte sensiblement de l'interprétation stricte de la loi.

7.3. Conclusion

Une politique de santé pourrait par contre être adoptée par le biais de l'accord 93, puisque les cantons décident au fur et à mesure de l'adaptation du contenu des appendices, selon le projet de l'ordonnance relative aux titres sanctionnant des formations de la santé publique actuellement en consultation.⁶²

Pour justifier une approche particulière du domaine des professions sanitaires, mentionnons Gianfranco DOMENIGHETTI⁶³ lorsqu'il décrit les particularités du secteur sanitaire et du marché que celui-ci couvre, ainsi que les mesures qu'appellent de telles particularités. Il se livre à une étude globale en vue de l'amélioration du rapport d'adéquation entre ressources et besoins dans le but de remplir les objec-

⁶² Voir point 6.2.

⁶³ Gianfranco DOMENIGHETTI, "Marché de la santé: Ignorance ou adéquation?"

tifs considérés comme prioritaires dans le secteur sanitaire, où information et prévention occupent une position centrale.

Il y mentionne que, selon lui, de par certains facteurs qui lui sont propres, "**...le secteur sanitaire ne peut pas fonctionner, dans son ensemble, selon les lois classiques de l'économie de marché et du libéralisme économique**"⁶⁴.

Les différents éléments développés au point 7 nous permettent de prétendre que des restrictions à l'application de la LMI se justifient tout particulièrement en matière de professions de la santé, et que cette loi ne peut pas s'appliquer dans tous les cas sans une certaine prudence.

⁶⁴ DOMENIGHETTI, op. cit., p. 107

8. Bibliographie sommaire

Messages et rapports

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

Rapport relatif au projet d'accord intercantonal sur la reconnaissance des certificats et diplômes de fin d'études de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique du 18 février 1993

Ouvrages et articles

- AUBERT, Jean-François** Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I, II et III, Neuchâtel, 1982
- COTTIER, Thomas et MERKT, Benoît** La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique, in "De la Constitution", Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, édité par P. Zen-Ruffinen et A. Auer, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996
- COTTIER, Thomas et WAGNER, Manfred** Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, AJP/PJA 12/1995, p. 1582 ss
- DOMENIGHETTI, Gianfranco** Marché de la santé: Ignorance ou adéquateion?, Essai

1998

relatif à l'impact de l'information sur le marché sanitaire, Lausanne, 1994

GROSS, Jost

Gutachten zur Revision des Gesundheitsgesetzes:
Berufe des Gesundheitswesens, St-Gall, 19 juin
1996

KÜNZLI, Max

Komplementärmedizin und Gesundheitsrecht, Basel
und Frankfurt am Main, 1996

RHINOW, René

Commentaire de la Constitution fédérale, 1988, ad
art. 31

**RHINOW, René, SCHMID, Gerhard et
BIAGGINI, Giovanni**

Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel & Frankfurt am
Main, 1998

RICHLI, Paul/WUNDER, Kilian

Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des
freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz,
AJP/PJA 7 1996, p. 908 ss

RIVA, Enrico

Gutachten zu staatsrechtlichen Fragen der Berufsbil-
dung im Bereich der nichtuniversitären
Gesundheitsberufe, 15 juillet 1995

WEBER, Karl

Das neue Binnenmarktgesetz, SZW/RSDA 4 1996,
p. 164 ss

N.réf: 14.4/adlmidéfdéf.doc