



Berne, novembre 2019

Conditions d'exercice des professions. Etat des lieux

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 16.3754 Nantermod

Résumé

La situation réglementaire en Suisse est régulièrement sujette à discussions, études ou interventions parlementaires. La Suisse est en effet constamment en quête de simplifications administratives pour améliorer sa performance économique et sa croissance, et laisser ainsi la liberté économique consacrée par sa Constitution prendre toute sa signification.

Si les réglementations applicables à certaines professions peuvent être vu comme un frein, elles représentent néanmoins un moyen permettant à l'État d'assurer un contrôle sur la qualité des prestations. Parmi les différentes études menées au cours des dernières années, aucune ne s'est penchée sur les exigences spécifiques de qualifications. Le présent rapport entend combler cette lacune et analyse de manière systématique la situation réglementaire, et en particulier son évolution au cours des quinze dernières années.

Le Conseil fédéral arrive à une double conclusion. En premier lieu, l'évolution des législations ne démontre aucune inflation réglementaire. On pourrait même affirmer le contraire, puisque de récentes législations fédérales viennent de remplacer 26 lois cantonales, amenant par là une simplification bienvenue. En second lieu, s'il semble opportun de continuer à analyser avec un regard critique la pertinence des réglementations, force est de constater que les outils existants permettent d'apporter des solutions appropriées. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que toute réglementation suit un processus politique et législatif qui permet d'analyser en détail si la réglementation est souhaitable au regard de la liberté économique que la Suisse entend promouvoir.

Au terme de son analyse, le Conseil fédéral ne constate aucune inflation législative en matière de réglementation des professions. Certes, de nouveaux actes ont été édictés, mais ils ne menacent généralement pas la liberté économique, ou remplacent des législations cantonales similaires. Enfin, s'agissant des réglementations cantonales, la loi sur le marché intérieur garantit le bon fonctionnement du marché intérieur suisse.

Table des matières

Résumé	2
1 Introduction.....	4
1.1 Postulat et réponse du Conseil fédéral	4
1.2 Études précédentes, délimitation du domaine d'études et structure du rapport	4
2 La liberté économique et ses restrictions	5
2.1 Le principe: la liberté économique	5
2.2 L'exception : la restriction à la liberté économique	6
2.2.1 Le principe.....	6
2.2.2 Les critères possibles	7
2.2.3 Impact des critères sur la mobilité des professionnels	7
2.2.4 Exigence de qualifications : activité protégée et protection du titre	8
2.3 De rares exemples jurisprudentiels	8
3 État des lieux des réglementations.....	10
3.1 Les acteurs de la réglementation.....	10
3.2 Les réglementations édictées au cours des quinze dernières années	10
3.2.1 Nouvelles réglementations au niveau fédéral.....	10
3.2.2 Droit fédéral unifiant des réglementations cantonales existantes	11
3.2.3 Droit cantonal	13
3.2.4 Déréglementations récentes ou échec de réglementation	15
3.2.5 Projets de réglementation	16
3.3 Réglementations plus anciennes.....	17
3.4 Synthèse intermédiaire	18
4 Réglementations : possibilités d'intervention et de contrôle.....	18
4.1 Introduction : comparaison européenne	19
4.2 La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)	19
4.2.1 Le but de la loi fédérale sur le marché intérieur.....	19
4.2.2 Les principes de la liberté d'accès au marché.....	20
4.2.3 Les formes de restrictions au libre accès au marché	20
4.2.4 La restriction sous la forme d'exigence de qualifications professionnelles	20
4.2.5 La surveillance de la LMI	20
4.3 L'analyse d'impact de la réglementation.....	21
5 Impact de certaines réglementations sur la concurrence et la compétitivité	21
6 Réflexions et actions menées par l'Union européenne.....	22
6.1 Situation politique.....	22
6.2 Exercice de transparence	23
6.3 La directive sur le test de proportionnalité	23
6.4 Synthèse	24
7 Conclusions	24

1 Introduction

1.1 Postulat et réponse du Conseil fédéral

Le postulat 16.3754 intitulé « Conditions d'exercice des professions. État des lieux » a été déposé le 29 septembre 2016. Il vise à identifier les mesures propres à renforcer la concurrence dans le domaine de la prestation de services, en particulier pour les professions réglementées. Il demande au Conseil fédéral d'évaluer les conséquences des mesures prises jusqu'ici, l'éventuel besoin de correction et les recommandations à adopter en vue des législations futures.

Dans sa réponse du 9 novembre 2016, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat et de rédiger un rapport décrivant l'évolution récente des réglementations, en particulier celles faisant l'objet d'exigences de qualifications, et d'analyser sur quel intérêt public ces réglementations reposent, pour mettre en évidence d'éventuels doublons ou cumuls de conditions. Il serait ainsi possible, dans un second temps, d'évaluer le cas échéant quelles mesures pourraient être prises.

Le Conseil national a accepté le postulat le 7 mars 2017.

1.2 Études précédentes, délimitation du domaine d'études et structure du rapport

Le postulat trouve son fondement dans l'idée selon laquelle l'exercice des activités professionnelles se heurterait à des restrictions ayant pour conséquence de limiter la mobilité professionnelle et de constituer un frein à l'innovation. Il met en exergue l'articulation parfois délicate entre la réglementation des formations, et la réglementation des professions. La première vise à assurer, dans un environnement économique largement libéralisé, la qualité des qualifications. Le marché du travail, conformément aux règles de concurrence est ensuite libre de recourir à du personnel qualifié ou non. La seconde vise à n'autoriser l'accès au marché du travail qu'aux personnes qui disposent de la formation réputée nécessaire pour exercer une activité déterminée. Elle est plus intrusive, en ce sens qu'elle restreint la liberté économique et se justifie de ce fait par la protection d'un intérêt public.

La suppression des barrières à l'accès aux professions est perçue comme susceptible d'accroître la productivité, partant le développement économique ; au sein de l'Union européenne, une étude¹ portant sur les seules professions de services estime à 5 % le potentiel de croissance engendré par une telle suppression.

En Suisse, plusieurs études se sont déjà penchées sur la réglementation des professions et sur leur importance pour l'économie ou leur statut juridique. On peut citer les documents suivants :

- Rapport du Conseil fédéral établi en réponse au postulat Cina du 19 décembre 2003 « Professions libérales en Suisse »²;
- Rapport du SECO « Les procédures d'autorisation du droit fédéral s'appliquant aux activités économiques – état actuel et évolution 1998-2004 »³, février 2005 ;
- Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 11.3899 Cassis du 29 septembre 2011 « Professions libérales: quel poids dans l'économie nationale? », 15 janvier 2014⁴;

¹ EU regular economic report. Growth, jobs and integration: services to the rescue, World Bank Group, Automne 2016, p. 15.

² Disponible sur le site du Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI : www.sbf.admin.ch > insérer dans le formulaire de recherche « professions libérales », puis l'onglet « documents ».

³³ <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2014.msg-id-51649.html>.

⁴ Disponible sur le site du SEFRI : www.sbf.admin.ch > insérer dans le formulaire de recherche « professions libérales », puis l'onglet « documents ».

- Rapport sur les coûts de la réglementation - Estimation des coûts engendrés par les réglementations et identification des possibilités de simplification et de réduction des coûts, décembre 2013⁵ ;
- Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Caroni 15.342 « Frein à la réglementation: possibilités et limites de différents modèles et approches »⁶.

Dans différents domaines, des simplifications ont déjà été entreprises (voir le rapport du SECO de 2005 mentionné ci-dessus). Le rapport en réponse au postulat Cina relève en particulier un phénomène qui sera repris plus bas, à savoir la « fédéralisation » de réglementations cantonales, ce qui permet, dans le respect des objectifs du Conseil fédéral, de décloisonner, d'ouvrir les marchés et de supprimer les entraves à la concurrence, dans le but de consolider le pôle compétitif suisse.

Les études susmentionnées abordent la thématique de la réglementation sous différents aspects, mais jamais sous l'angle de la réglementation des professions. C'est donc sous cet angle que le Conseil fédéral a proposé d'aborder la question. Comme mentionné plus bas, le critère de qualification est celui qui, de par sa nature, présente le plus grand facteur inhibiteur de mobilité, que ce soit au niveau intercantonal ou international.

Toute réglementation représente une restriction à la liberté économique. Après en avoir expliqué les fondements et les exceptions possibles (ci-après: 2), le rapport dressera un état des lieux des activités sujettes à des conditions de qualification et l'intérêt public sous-jacent (ci-après: 3), décrira les instruments de contrôle existants (ci-après: 4) pour ensuite fournir quelques réflexions sur l'impact sur la concurrence (ci-après: 5), décrire la manière dont l'UE est active (ci-après: 6) et enfin tirer une conclusion (ci-après: 7).

2 La liberté économique et ses restrictions

2.1 Le principe: la liberté économique

En application de l'art. 27 Cst, la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Selon l'art. 94 al. 1 Cst, la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique.

On considère généralement que la liberté économique revêt deux aspects - l'un individuel et l'autre collectif - ou que sa fonction est double; s'y ajoute également un aspect fédératif dès lors qu'elle protège le libre exercice économique sur l'entier du territoire des cantons fédérés. Cette liberté n'est toutefois pas absolue et souffre, à certaines conditions, de restrictions admissibles. Le principe de la liberté économique constitue une transcription du libéralisme économique et du principe économique de la libre concurrence.

Le principe de la liberté économique protège les titulaires, personnes physiques ou morales, contre les mesures étatiques restreignant l'accès à une activité privée déterminée, qu'elle soit exercée à titre indépendant ou non.

Au plan individuel, la liberté économique peut être invoquée aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales. La liberté économique protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu⁷.

La liberté économique garantit donc:

- le libre choix de la profession, que ce soit dans le secteur privé ou public;
- l'accès à une activité économique privée exercée afin d'en tirer un revenu: elle protège contre les mesures étatiques restreignant l'accès à une activité déterminée privée, par exemple en exigeant la possession d'un titre de formation;

⁵ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35609.pdf>.

⁶ www.seco.admin.ch > publications et services > réglementation.

⁷ ATF 140 I 218 consid. 6.3 p. 229 s. et les références citées.

- le libre exercice de l'activité en question, soit la faculté de choisir le moment, le lieu, les moyens de production, la forme juridique, les partenaires, les clients, les conditions de travail, soit les chantiers des éléments qui organisent et structurent le processus social menant à la réalisation d'un gain⁸.

Elle constitue ainsi pour ses titulaires une liberté individuelle qui assure à chacun le choix du travail et de l'activité économique qu'il désire exercer, ainsi que la manière de mener à bien son projet ou son entreprise. Elle implique le libre choix de la formation professionnelle qui procure la possibilité d'exercer un métier (sans accès à la formation, il n'est pas possible de choisir la profession). Le libre accès à la formation n'est toutefois garanti que dans le sens où la liberté d'apprendre et de se former ne peut être restreinte par l'État que pour des motifs de police⁹.

Au plan sociétal, les principes régissant la politique économique de la Suisse figurent à l'art. 94 Cst, qui consacre le principe précité de la liberté économique. Celui-ci s'impose à la Confédération et à l'ensemble des cantons, qui veillent alors à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économiques de la population (al. 2). Dans les limites de leurs compétences respectives, Confédération et cantons veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (al. 3). Enfin, les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (al. 4).

Cette liberté économique garantit un certain système économique et possède ainsi une fonction de type institutionnel. Elle garantit l'existence d'un ordre économique fondé sur le marché et sur un minimum de concurrence¹⁰. Mis en œuvre notamment au travers de la législation sur les cartels et celle sur la concurrence déloyale, ce principe interdit à l'État d'infléchir ou de contourner les lois du marché et de guider l'économie selon un plan rigide. L'État doit ainsi respecter la neutralité concurrentielle et l'égalité de traitement entre les concurrents.

Aux termes de l'art. 95 al. 2 Cst, la Confédération veille à créer un espace économique suisse unique. Elle garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse. Ce principe est mis en œuvre par la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI, RS 943.02).

2.2 L'exception : la restriction à la liberté économique

2.2.1 Le principe

Bien qu'érigée en droit fondamental, la liberté économique n'est pas illimitée. Elle peut se voir opposer des limitations, sous certaines conditions. S'agissant de qualifications professionnelles, exiger un certain niveau de formation constitue une atteinte grave à la liberté économique¹¹. Les restrictions au libre choix et au libre exercice de l'activité lucrative sont néanmoins admissibles si:

- Elles reposent sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst). Les restrictions graves à une liberté nécessitent une réglementation expresse dans une loi au sens formel.
- Elles sont prises dans un but d'intérêt public (art. 36 al. 2 Cst). Dans le domaine de la santé, la restriction à la liberté économique est justifiée par l'intérêt public visant à protéger les patients. Elles tendent également à garantir que les titulaires d'autorisations, et ceux qui se présentent comme tels respectent les prescriptions légales pertinentes.

⁸ ATF 137 I 167, c. 3.

⁹ Auer, Malinverni, Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II, les droits fondamentaux, Stämpfli 2013, p. 444.

¹⁰ ATF 130 III 353, c. 2, p. 355.

¹¹ ATF 104 Ia 196, c. 2.2.

- Elles respectent le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst). Ce principe sous-entend qu'une mesure étatique soit appropriée et nécessaire au but d'intérêt public à atteindre, et qu'en considération de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux, elle puisse raisonnablement être imposée aux personnes concernées (rapport raisonnable entre le but à atteindre et les moyens engagés). Le caractère raisonnable d'une mesure est apprécié à l'issue d'une pesée globale des intérêts privés et publics en présence¹².
- Elles conservent l'essence du principe de la liberté économique (art. 36 al. 4 Cst) : les restrictions aux libertés doivent non seulement se fonder sur une loi, poursuivre un intérêt public et satisfaire aux exigences de la proportionnalité, mais encore éviter de porter atteinte au noyau intangible des libertés en les privant de toute substance ou en les supprimant purement et simplement¹³.

2.2.2 Les critères possibles

Toute réglementation impose le respect d'un certain nombre de critères. En fonction de l'intérêt public à protéger, les réglementations prévoient en règle générale les critères suivants, certains pouvant se cumuler :

- une obligation d'assurance: l'exercice de la profession n'est autorisé que si la personne qui exerce l'activité en question est assurée, généralement en responsabilité civile. C'est souvent le cas pour les professions de la santé, surtout lorsqu'elles sont exercées à titre d'activité économique privée sous propre responsabilité professionnelle¹⁴ ;
- une obligation d'être inscrit dans un registre : seules les personnes inscrites dans un registre sont autorisées à exercer la profession ;
- une obligation de disposer de locaux répondant à des critères précis: dans un tel cas, l'exercice de la profession n'est possible que si le professionnel dispose de locaux répondant aux exigences que pose la loi. Souvent les critères portent sur la taille des locaux, leur disposition, ou sur l'hygiène à respecter. En Suisse, certains cantons ont édicté des normes pour les crèches (p. ex. surfaces minimales en fonction du nombre d'enfants accueillis) ou les abattoirs (nettoyage pour garantir l'hygiène) ;
- une obligation de qualification : dans ce cas, la profession ne peut être exercée que par des personnes qui disposent d'une formation définie dans la base légale. Lorsqu'un État exige un diplôme précis pour autoriser l'exercice d'une profession, il se réfère nécessairement à son propre système de formation, ce qui exclut de fait tous les titulaires de qualifications professionnelles étrangères dont le diplôme n'aurait pas été reconnu.

2.2.3 Impact des critères sur la mobilité des professionnels

Ces critères ont chacun un impact différent sur la mobilité des professionnels, sur la compétitivité et, de manière plus générale, sur l'économie. Alors que certains critères sont peu ou pas inhibiteurs, d'autres rendent impossible l'accès à l'activité si le professionnel ne les remplit pas.

Parmi les critères cités ci-dessus, peu représentent une contrainte ou compliquent substantiellement l'accès à une profession. L'exigence d'assurance a certes un coût, mais la conclusion d'une assurance responsabilité civile est une formalité rapidement réglée. Il en va de même de l'inscription dans un registre, qui se règle généralement par une simple déclaration à l'autorité¹⁵. L'obligation de qualification

¹² ATF 132 I 49 c. 6 et 7.

¹³ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume II: Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, pp. 77 ss.

¹⁴ À titre d'exemple, l'art. 40 LPMed prévoit, sous le titre « Devoirs professionnels », que les « personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent observer les devoirs professionnels suivants : (...) conclure une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à leur activité ou fournir des sûretés équivalentes. »

¹⁵ Voir par exemple le formulaire déclaratoire utilisé dans le canton de Genève concernant les activités paramédicales : www.ge.ch > Soins, santé et handicap > Professionnels et institutions de santé > Autorisations d'exercer > Pratiques complémentaires, ou la procédure pour le commerce itinérant : www.seco.ch > Pratiques commerciales et publicitaires > Commerce itinérant.

revêt en revanche une autre portée. En effet, à défaut de disposer du diplôme requis, l'accès à la profession est impossible à moins de se requalifier, ce qui prend plusieurs années. Ce critère représente donc un obstacle absolu et mérite d'être traité pour lui-même dans le présent rapport.

Certes, le cumul de critères – même non liés aux qualifications - a probablement des conséquences négatives pour l'économie, mais, comme nous le verrons plus bas, les réglementations qui cumulent plusieurs critères d'accès à la profession sont peu nombreuses et concernent avant tout le domaine de la santé.

2.2.4 Exigence de qualifications : activité protégée et protection du titre

Il existe fondamentalement deux manières de réglementer une profession par l'exigence de qualifications professionnelles : la réserve d'activité et le port du titre.

En réservant une activité aux titulaires d'un diplôme précis, le législateur exclut du marché les professionnels qui ne disposent pas des qualifications jugées adéquates pour protéger l'intérêt public en jeu. Il crée ainsi une forme de monopole en faveur des personnes titulaires dudit titre professionnel. Les personnes non formées, formées dans une filière autre que celle exigée par la réglementation ou les titulaires de titres délivrés sur un autre territoire – autre État ou autre canton – ne peuvent pas accéder à la profession sans se former, faire reconnaître leur qualification ou bénéficier de mécanismes tels ceux instaurés par la loi sur le marché intérieur.

La réglementation par la réserve d'activité est la plus efficace pour protéger l'intérêt public en question. C'est aussi celle qui a le plus fort impact en matière d'accès au marché du travail.

Concernant le port du titre, l'exigence de qualifications professionnelles ne s'applique pas directement à l'exercice de la profession, mais au port d'un titre précis. Il ne s'agit plus d'exiger un diplôme de toute personne exerçant l'activité en question, mais d'exiger un diplôme des personnes qui souhaitent marquer leur présence dans un marché donné en utilisant un titre précis. Dans un tel cas, il n'y a pas de « monopole », car quiconque peut exercer l'activité, à condition toutefois de ne pas porter le titre correspondant sans disposer du diplôme requis.

Le droit suisse connaît peu de réglementations de ce genre et, en comparaison avec d'autres pays, laisse le port des titres relativement libre. Il existe toutefois des exceptions récentes à cette règle. La première concerne les conseils en brevets¹⁶. La loi fédérale correspondante régit notamment les conditions d'utilisation des titres professionnels « conseil en brevets », « consulente in brevetti », « Patentanwältin », « Patentanwalt » et « patent attorney », qui ne peuvent être portés que par les titulaires d'un titre précis mentionnés à l'art. 2 de la loi. Une deuxième exception concerne les psychologues. La loi fédérale sur les professions de la psychologie¹⁷ prévoit à son article 4 que « la personne qui a obtenu un diplôme en psychologie reconnu conformément à la présente loi peut faire usage de la dénomination de psychologue. » On peut finalement citer l'article 11 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA, RS 935.61), qui conduit à protéger le titre d'« avocat inscrit au registre/au barreau ».

La réglementation par le port du titre vise avant tout à protéger le consommateur, en le rendant indirectement attentif aux professionnels qui ne disposeraient pas des qualifications que l'État juge nécessaires pour l'exercice de l'activité en question.

2.3 De rares exemples jurisprudentiels

De manière générale, les restrictions à la liberté économique visent à protéger les valeurs supérieures que constituent notamment la santé publique, la sécurité publique, ou la protection des consommateurs. Ces intérêts protégés sont également ceux qui sont le plus souvent avancés lorsqu'il s'agit de subordonner l'accès à une profession à des compétences professionnelles déterminées. La situation est souvent claire, comme dans le cadre de la récente loi fédérale sur les professions de la santé

¹⁶ Loi du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets, RS 935.62.

¹⁷ Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie, RS 935.81.

(LPSan, FF 2016 7383 ; la loi doit entrer en vigueur début 2020). Dans certains cas toutefois, l'atteinte à la liberté économique a été déférée devant le Tribunal fédéral.

Les tribunaux se sont exhaustivement penchés sur la portée de la liberté économique et sur les conditions posées aux restrictions dont elle souffre. Les exemples en lien avec des réglementations de professions sont cependant rares et relativement anciens: l'exemple le plus récent remonte à 2002, lorsque le Tribunal fédéral (TF)¹⁸ a estimé conforme à la liberté économique d'exiger un niveau de qualifications déterminé pour certains actes effectués par les ingénieurs-géomètres. L'intérêt public de l'État consiste en l'espèce à ce que les plans soumis à l'enquête en vue d'une construction présentent une forte garantie de fiabilité. Un intérêt public justifie également l'exigence d'un titre de formation pour les personnes souhaitant exercer la profession de thérapeute non médecin (Heilpraktiker)¹⁹.

À deux reprises, le TF s'est prononcé sur l'exigence d'un niveau de formation qui n'était pas en rapport avec l'activité poursuivie. En 1999²⁰, il a retenu qu'un canton qui exigeait un diplôme de médecin pour exercer l'acupuncture violait le principe de la proportionnalité. En 1986²¹, il a estimé qu'un canton ne pouvait pas exiger le diplôme de maîtrise (actuellement diplôme fédéral) d'un opticien qui ne souhaitait qu'adapter des lunettes sur prescription médicale, alors que le CFC offrait un niveau de compétence suffisant pour ces tâches. Ces deux décisions ont avant tout résulté de l'application du principe de la proportionnalité, qui permet de protéger contre des exigences inutiles et excessives, motivées souvent par des raisons de politique professionnelle (protection contre la concurrence).

En 1986²², le TF s'est également montré critique envers l'exigence de deux années de pratique des architectes titulaires d'un diplôme ETS, alors que les professionnels formés en EPF en étaient dispensés. En effet, l'intérêt public que l'autorité entendait protéger - prévenir les risques de malfaçons techniques ou de mauvaise gestion financière du chantier - n'était pas d'emblée protégé par la seule qualification de niveau EPF.

Le TF n'a pas contesté la réglementation s'appliquant à la profession d'hôtelier²³. Il n'a pas examiné la question de l'intérêt public à restreindre la liberté économique. Il a également considéré que la réflexologie²⁴ pouvait être considérée comme une profession de la santé et, de ce fait, faire l'objet d'exigences en matière de formation.

Il existe également un intérêt public à réglementer la profession d'installateur sanitaire²⁵ (réglementation abrogée depuis), le risque de pollution de l'eau ou d'explosions dues au gaz justifiant l'exigence d'une formation supérieure (actuellement l'examen professionnel supérieur), et non pas uniquement d'un certificat fédéral de capacité. Idem pour la profession d'esthéticienne, comme retenu par un arrêt du TF de 1977²⁶.

Plusieurs arrêts plus anciens remontent aux années 1940 et 1950²⁷. Ils portent sur les professions de guides de montagne, maîtres de ski, colporteurs, sages-femmes, agents immobiliers, des médecins dentistes, des chauffeurs de taxi et des installateurs d'appareils électriques.

Les récentes réglementations dont nous dresserons la liste ci-dessous n'ont pas fait l'objet de recours au Tribunal fédéral. Les développements de la Haute Cour ne permettent malheureusement pas de disposer d'une casuistique très poussée, une certaine autonomie étant implicitement reconnue au législateur. En particulier, hormis les deux arrêts relatifs aux acupuncteurs et aux opticiens, où le critère de la proportionnalité ne permet pas d'exiger n'importe quel niveau de formation, la jurisprudence ne se penche pas sur la corrélation entre l'intérêt public à protéger et l'ampleur de la restriction à la liberté

¹⁸ TF, arrêt 2P.182/2001 du 18 juin 2002, publié à la RDAF 2003 I 236.

¹⁹ ATF 125 I 322.

²⁰ ATF 125 I 335.

²¹ ATF 112 Ia 322, JT JdT 1988 I p. 50. Voir également, pour la profession d'opticien, l'ATF 103 IA 272.

²² ATF 93 I 513 (f).

²³ TF, arrêt du 18 janvier 1985 publié à la ZBI 86/1985, p. 118.

²⁴ ATF 109 Ia 180.

²⁵ ATF 103 Ia 594, JdT 1979 I 366.

²⁶ ATF 103 Ia 259

²⁷ Voir le résumé de jurisprudence à l'ATF 100 IA 169 c. 2, rés. JdT 1976 I p. 221.

économique. Le caractère raisonnable d'une mesure (critère de la proportionnalité) est souvent passé sous silence, notamment en cas de cumuls de conditions posées à l'exercice d'une profession.

3 État des lieux des réglementations

3.1 Les acteurs de la réglementation

La réglementation peut être le fait de plusieurs acteurs législatifs fédéraux ou cantonaux, voire communaux, comme ce peut être le cas dans certains cantons pour l'activité de chauffeur de taxi. Un pouvoir réglementaire pourrait en théorie être délégué par l'État à des organisations privées, mais ce mécanisme réglementaire n'existe pas en Suisse. Parfois la réglementation n'est pertinente qu'au regard de la prise en charge des prestations par des tiers. Il en va ainsi notamment des bottiers orthopédistes et des orthopédistes, dont les prestations ne sont prises en charge par les assurances sociales qu'à la condition de détenir le diplôme fédéral de bottier-orthopédiste.

Comme l'essentiel des réglementations repose sur le droit fédéral ou cantonal, c'est à ce type de réglementations que se consacrent les chapitres qui suivent.

3.2 Les réglementations édictées au cours des quinze dernières années

Le SEFRI tient à jour une liste des professions réglementées, à savoir des professions pour l'exercice desquelles un titre de formation est exigé (régime de la protection du titre et de la réserve d'activité). Cette liste est disponible sur Internet et régulièrement tenue à jour²⁸. Parmi les professions qui y figurent, certaines ont fait l'objet de réglementations – plus rarement de déréglementations – au cours des 15 dernières années.

3.2.1 Nouvelles réglementations au niveau fédéral

3.2.1.1 Conseillers en brevet

La Loi fédérale sur les conseillers en brevets (LCBr, RS 935.62) a été adoptée le 20 mars 2009 et est entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2011. La loi protège notamment le titre de conseil en brevets, qui devient une désignation professionnelle protégée et ne peut être utilisé que par les conseils en brevets remplissant les conditions prescrites par la loi et qui sont inscrits au registre suisse des conseils en brevets. Les conseils en brevets doivent :

- être titulaires d'un diplôme universitaire en sciences naturelles ou en ingénierie,
- posséder une expérience pratique de plusieurs années dans le domaine des brevets et
- avoir réussi l'examen de conseil en brevets.

Cette réglementation est nouvelle, en ce sens qu'elle ne remplace aucune autre base légale fédérale ou cantonale. Le registre fédéral recense comme ordre de grandeur 500 acteurs économiques (conseillers en brevets) au niveau suisse. À titre de comparaison, au 31 décembre 2018, environ 48'000 personnes étaient inscrites dans le registre des professions médicales en qualité de titulaires d'une autorisation de pratiquer.

Selon le message du Conseil fédéral²⁹, les réflexions ayant trait à l'opportunité d'une réglementation remontent à une initiative parlementaire de 2005³⁰. L'intérêt public consiste en l'espèce à mettre à

²⁸ www.sbf.admin.ch > diplômes étrangers > professions réglementées.

²⁹ Message du Conseil fédéral du 4 décembre 2007 concernant la loi sur les conseils en brevets, FF 2008 327.

³⁰ Initiative parlementaire Leumann-Würsch du 17 juin 2005 «Loi sur les brevets. Réglementer la profession d'agent de brevets et créer un tribunal fédéral des brevets », 05.418.

disposition du public des professionnels qualifiés offrant des services de qualité, pour que les consommateurs n'aient plus à gérer les aléas liés à des fournisseurs de services peu ou mal qualifiés³¹.

3.2.1.2 Loi sur la surveillance de la révision

La Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR, 221.302) a été adoptée le 16 décembre 2005 et est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007. La genèse de la loi repose sur la multiplication des scandales financiers et l'effondrement de plusieurs grandes entreprises survenus tant en Suisse qu'à l'étranger, qui ont mis en évidence la nécessité d'une révision comptable crédible³². Parmi les objets de la loi figure l'exigence de qualifications, mais aussi l'objectivité et la crédibilité des personnes chargées de la révision statutaire, dont dépend la valeur. Alors que l'autorégulation et l'autocontrôle revêtaient jusqu'alors une importance primordiale, le marché des capitaux a jugé que ce système était à lui seul insuffisant. Désormais, les personnes physiques doivent remplir des conditions bien définies en matière de formation, d'expérience professionnelle et d'honorabilité pour obtenir un agrément en qualité de réviseur ou d'expert-réviseur.

Ici aussi, la proposition législative était la conséquence de plusieurs interventions parlementaires³³.

3.2.2 Droit fédéral unifiant des réglementations cantonales existantes

Plusieurs législations fédérales ont certes été édictées au cours des dernières années, unifiant par là tout ou parties de législations cantonales. En tant que tel, ce processus n'est pas toujours le garant d'une simplification, car le droit fédéral pourrait théoriquement renforcer les conditions d'accès aux professions. L'effet simplificateur – une loi au lieu de vingt-six – serait estompé, voire annihilé, par une complication accrue des critères d'accès aux professions. Tel n'est pas le cas dans les cas cités ci-dessous puisque les critères édictés par le droit fédéral reprennent très largement ceux que les cantons prévoyaient. Bien que les lois fédérales qui suivent instaurent de nouvelles réglementations, elles règlent d'éventuelles différences cantonales et simplifient ainsi largement la libre circulation intercantonale des professionnels et rendent ainsi plus clair et plus simple l'accès à l'activité en question.

3.2.2.1 Loi sur les professions de la psychologie

La loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy, RS 935.81) instaure, à l'instar des conseillers en brevet, un régime de protection du titre pour les psychologues. Elle crée en revanche une réserve d'activité pour la profession de psychothérapeute. Elle unifie au niveau fédéral les conditions d'accès à l'activité professionnelle exercée sous sa propre responsabilité professionnelle, laissant subsister une compétence cantonale pour réglementer l'exercice de la profession sous responsabilité d'autrui.

La Loi sur la psychologie a été édictée le 18 mars 2011 et est entrée en vigueur de manière échelonnée (le 1^{er} mai 2012, le 1^{er} avril 2013 et le 1^{er} août 2016). Le Conseil fédéral relève dans son message que la réglementation se justifie par les besoins sanitaires de la population, la lutte contre les affections chroniques, et, de manière plus générale, par la protection des patients (politique de santé publique)³⁴. L'intérêt public à une réglementation des professions de la psychologie découle du droit légitime du public d'être protégé contre des prestataires non qualifiés sur le plan technique. Le projet de loi répond au principe de la proportionnalité. Les points faibles de la situation juridique actuelle sont éliminés avec mesure, en renonçant à prévoir une formation post-graduée et une autorisation d'exercice obligatoires pour les domaines de la psychologie qui ne touchent pas à la psychothérapie. Par ailleurs, la protection des dénominations professionnelles et des titres est restreinte aux relations d'affaires. Les ingérences

³¹ Message précité, chap. 3.2.1 et 5.1.2.

³² Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 3745, spéc. p. 3755.

³³ Message précité, , spéc. p. 3761 ss.

³⁴ Message du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, spéc. p. 6248.

dans la liberté économique se limitent ainsi à ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé par la réglementation³⁵.

3.2.2.2 Loi sur les activités à risque

La loi fédérale sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque a été édictée le 17 décembre 2010 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Elle uniformise la réglementation de plusieurs cantons alpins (Appenzell Rhodes-Intérieures, Berne, Glaris, Grisons, Uri, Vaud et Valais).

Cette loi n'a pas fait l'objet d'un Message du Conseil fédéral, mais d'une initiative parlementaire « Assurer l'encadrement législatif de l'activité de guide de montagne et du secteur des activités à risque »³⁶ et d'un avis – négatif - du Conseil fédéral du 26 août 2009³⁷. L'Assemblée fédérale a estimé l'intervention du législateur nécessaire alors que le Conseil fédéral estimait suffisantes les législations cantonales et l'autorégulation de la branche.

Avec la loi sur les activités à risque, la Confédération s'est dotée d'une base légale pour réglementer les activités sportives à risque pratiquées en montagne ainsi que dans les cours d'eau (guide de montagne et de professeur de ski, ainsi que les activités de plein air telles que le canyoning, le rafting et le saut à l'élastique). Les prestataires commerciaux qui proposent de telles activités ont besoin d'une autorisation qui dépend notamment de qualifications professionnelles.

Même si le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 27 mars 2009 laisse entendre que l'intérêt public à protéger est la protection des consommateurs, il ne contient pas de chapitre explicite sur la proportionnalité des conditions posées à l'exercice de la profession.

On peut encore mentionner que, dans le cadre du programme de stabilisation 2017-2019, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation proposant notamment l'abrogation de la loi sur les activités à risque. Les participants à la consultation ont notamment contredit l'affirmation selon laquelle la loi sur les activités à risque n'apporterait aucune sécurité supplémentaire. Ils estiment au contraire que l'obligation de détenir une autorisation pour proposer ces activités induit la professionnalisation des prestataires, ce qui accroît la sécurité. Si la loi devait être abrogée, la concurrence que se livrent les prestataires (suisse et étrangers) se répercuterait sur la sécurité des clients, ce qui aurait des conséquences négatives pour le tourisme helvétique. Vu ces réactions, le Conseil fédéral a décidé, lors de sa séance du 6 avril 2016, de renoncer à l'abrogation de la loi sur les activités à risque dans le cadre du programme de stabilisation 2017-2019.

3.2.2.3 Augmentation du niveau de qualification pour la profession de pharmacien

Alors que la profession de pharmacien ne nécessitait qu'un diplôme fédéral, le Parlement a modifié, le 20 mars 2015, l'art. 36 al. 2 de la loi sur l'exercice des professions médicales (LPMed, RS 811.11³⁸) pour soumettre également le pharmacien à l'obligation de détenir une formation post-graduée - exigence alors applicable uniquement aux médecins et chiropraticiens. Elle renforce les compétences du pharmacien, mais rend les conditions d'exercice de la profession plus compliquées.

Cette modification ne fait pas partie du Message du Conseil fédéral³⁹, mais a été proposée par la Commission compétente au cours des délibérations parlementaires.

³⁵ Message précité, chap. 1.1.3 et 5.1.2.

³⁶ Initiative parlementaire « Assurer l'encadrement législatif de l'activité de guide de montagne et du secteur des activités à risque », rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 27 mars 2009, FF 2009 5411.

³⁷ Avis du Conseil fédéral du 26 août 2009 relatif au rapport précité, FF 2009 5447.

³⁸ Voir, pour le contenu de la modification, le RO 2015 5081.

³⁹ Message du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 concernant la modification de la loi sur les professions médicales (LPMéd), FF 2013 5583.

3.2.2.4 Future loi sur les professions de la santé

Le 30 septembre 2016, l'Assemblée fédérale a approuvé la loi sur les professions de la santé (LPSan⁴⁰), qui devrait entrer en vigueur en 2020. Cette loi uniformise les conditions d'exercice, sous sa responsabilité professionnelle propre, des professions d'infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, sages-femmes, diététiciens, optométristes et ostéopathes. Toutes ces professions sont encore réglementées par les cantons suisses.

Basée sur le modèle de la loi sur les professions médicales, la loi sur les professions de la santé vise à protéger les patients et repose dès lors sur un intérêt public clair. Le message du Conseil fédéral⁴¹ relève que l'intérêt public à une réglementation des professions de la santé répertoriées dans le projet de LPSan découle de l'intérêt de la population de bénéficier de prestations de qualité et d'être protégée contre des prestataires non qualifiés sur le plan professionnel. Il a considéré qu'étendre le champ d'application de la loi à l'activité exercée sous responsabilité d'un pair serait disproportionné et y a donc renoncé⁴².

3.2.2.5 Autres réglementations fédérales

Deux autres professions ont été nouvellement réglementées au niveau fédéral. D'une part, l'utilisation des fluides frigorigènes⁴³ a été réglementée pour s'aligner sur la législation européenne. Les diplômes délivrés dans l'UE et conformes aux normes minimales du droit de l'UE sont automatiquement admis en Suisse. D'autre part, les activités dans le domaine des planeurs de pente⁴⁴ font également l'objet d'une réglementation⁴⁵. Une licence est désormais exigée pour effectuer des vols commerciaux.

Vu leur impact limité en termes économiques, ces réglementations ne sont pas analysées plus en détail.

3.2.3 Droit cantonal

Les exemples suivants dressent la liste des actes cantonaux récents ou récemment mis à jour. Comme exposé en introduction de rapport, seules les entraves comportant des exigences de qualifications sont prises en compte. Certaines lois ont été récemment réformées, notamment les chauffeurs de taxis et de limousine à Genève ou le domaine de l'hôtellerie-restauration. Elles ne sont pas matériellement nouvelles, mais n'ont probablement pas fait l'objet d'un examen détaillé en matière d'opportunité, de proportionnalité ou de nécessité par rapport à la restriction à la liberté économique qu'elles impliquent.

3.2.3.1 Enseignant dans les écoles de musique privées (canton de Vaud)

La loi du 3 mai 2011 sur les écoles de musique⁴⁶ réglemente l'enseignement de la musique donné en école de musique reconnue et en complément des cours de musique donnés dans le cadre scolaire. Elle met ainsi en œuvre de nombreuses interpellations parlementaires visant à mieux encadrer et soutenir l'enseignement de la musique.

Aux termes de la loi, tant le directeur de l'école que les enseignants de musique doivent disposer de titres. À son entrée en vigueur, elle a prévu un délai de trois ans pour s'inscrire à des cours de formation en vue de l'obtention du diplôme requis ou d'un titre équivalent, pour pouvoir continuer d'exercer en tant qu'enseignant auprès des élèves dans des écoles de musique reconnues.

⁴⁰ Texte final publié à la FF 2016 7383.

⁴¹ Message du Conseil fédéral du 15 novembre 2015 relatif au projet de loi sur les professions de la santé, FF 2015 7925.

⁴² Message précité, chap. 5.1.2.

⁴³ Réglementation introduite par l'ordonnance du DETEC du 28 juin 2005 relative au permis pour l'utilisation de fluides frigorigènes (RS 814.812.38).

⁴⁴ Sont couverts les planeurs de pente sans moteur (aile delta, parapente) ou à propulsion électrique, les cerfs-volants, les parachutes ascensionnels, les ballons captifs, les parachutes et les aéronefs sans occupants.

⁴⁵ Réglementation introduite par l'ordonnance du DETEC du 24 novembre 1994 sur les aéronefs de catégories spéciales (RS 748.941).

⁴⁶ RSV 444.01.

L'article 1 du règlement⁴⁷ d'application prévoit l'obligation de détenir un Master en pédagogie musicale délivré par une Haute école de musique.

La législation vaudoise prévoit en outre une procédure de reconnaissance des écoles de musique, une procédure de reconnaissance des associations faîtières des écoles de musique et instaure une Fondation pour l'enseignement de la musique dotée d'une Commission pédagogique.

L'exposé des motifs du Grand Conseil vaudois⁴⁸ retient que la loi met en œuvre l'art. 53 de la Constitution cantonale, qui prévoit que l'État et les communes conduisent une politique culturelle favorisant l'accès et la participation à la culture. Il est en revanche muet quant aux conditions de restriction de la liberté économique garantie par la Constitution fédérale. Si le principe de la base légale est respecté, l'intérêt public n'y est pas décrit et la proportionnalité des exigences, notamment en matière de niveau de qualification, n'est pas démontrée.

3.2.3.2 Éducation de l'enfance (plusieurs cantons) et domaine social

Plusieurs cantons⁴⁹ réglementent depuis quelques années l'encadrement de jour de l'enfance. Tous connaissent des conditions similaires, à savoir qu'ils exigent d'une certaine partie du personnel un diplôme d'éducateur de l'enfance ES, un diplôme HES en travail social ou le CFC d'assistant socio-éducatif. La direction de l'établissement doit également disposer d'une formation complémentaire. Certains cantons sont plus larges dans les titres admis : des formations de la santé, de la psychologie ou de l'enseignement permettent parfois aussi d'accéder à la profession réglementée.

L'intérêt public à réglementer l'accueil de jour de l'enfance est évident. L'exigence d'une base légale est respectée. La large palette des titres admis et l'homogénéité des réglementations cantonales qui exigent pratiquement tous des formations de droit fédéral rendent le système efficace en matière de mobilité intercantonale notamment.

Un concordat intercantonal⁵⁰ réglemente également un domaine parallèle, à savoir les établissements sociaux qui accueillent des personnes avec des besoins spécifiques en matière de soins et d'encadrement. Ces établissements doivent avoir une certaine proportion de personnel qualifié⁵¹. La convention intercantonale connaît plusieurs catégories d'établissements, dont deux posent des exigences spécifiques en matière de qualifications professionnelles :

- Domaine A : institutions à caractère résidentiel pour enfants et adolescents. Dans ce domaine, deux tiers du personnel socio-éducatif actif au moins doit être au bénéfice d'une formation achevée en travail social (pédagogie sociale, travail social, animation socioculturelle, ou encore pédagogie ou psychologie), d'une école supérieure spécialisée (ES), d'une haute école spécialisée (HES) ou d'une université cantonale.
- Domaine B : institutions pour personnes adultes invalides. La moitié du personnel d'encadrement au moins doit disposer d'un diplôme reconnu sur le plan fédéral dans les domaines du social ou de la santé ou d'un diplôme reconnu sur le plan intercantonal dans le domaine de l'encadrement ou d'un perfectionnement dans ces domaines.

3.2.3.3 Taxis et chauffeurs VTC (Canton de Genève)

Le canton de Genève a introduit en 2016 une réglementation cantonale⁵² concernant l'accès au marché des taxis et voitures de transport avec chauffeur. Cette loi prévoit la délivrance d'une carte

⁴⁷ Règlement d'application de la loi du 3 mai 2011 sur les écoles de musique (LREM), RSV 444.01.01.

⁴⁸ Disponible sur le site de la Fondation vaudoise www.fem-vd.ch > La Fondation > Textes légaux.

⁴⁹ On peut notamment citer le canton de Vaud (Loi du 20 juin 2006 sur l'accueil de jour des enfants (LAJE, RS/VD 211.22) et directives pour l'accueil de jour des enfants, disponibles sur le site www.vd.ch/oaie), de Genève (Loi du 14 novembre 2003 sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour, RS/GE J 6 29, et règlement sur les structures d'accueil de la petite enfance et sur l'accueil familial de jour, RS/GE J 6 29.01), de Zurich (Verordnung vom 25. Januar 2012 über die Bewilligungen im Bereich der ausserfamiliären Betreuung, LS/ZH 852.23), de Berne (Ordonnance du 2 novembre 2011 sur les prestations d'insertion sociale (OPIS, RS/BE 860.113), ou du Tessin (Legge sul sostegno alle attività delle famiglie e di protezione dei minorenni [Legge per le famiglie], RS/TI 6.4.2.1.

⁵⁰ Convention intercantonale du 13 décembre 2002 relative aux institutions sociales (CIIS, disponible sur le site www.ciis.ch).

⁵¹ Voir les directives-cadre CIIS relatives aux exigences de qualité du 1er décembre 2005.

⁵² Loi sur les taxis et le voitures de transport avec chauffeur (LTVTC, RS/GE H 1 31) et son règlement (RLTVTC, RS/GE H 1 31 01).

professionnelle de chauffeur qui est soumise à des conditions professionnelles et personnelles définies dans la loi et réglementation cantonale.

3.2.3.4 Les professions fiduciaires (Canton du Tessin)

L'exercice des professions d'agent fiduciaire, fiduciaire commercial, fiduciaire immobilier et fiduciaire financier sont soumises au Canton du Tessin à réglementation⁵³, laquelle prévoit des critères professionnels et personnels à remplir (l'exercice des droits civils, une excellente réputation, des titres d'études etc.). Un registre professionnel est également établi.

3.2.4 Déréglementations récentes ou échec de réglementation

3.2.4.1 Ingénieur forestier au niveau fédéral

Suite à une modification de la Loi fédérale sur les forêts de 2016 (LFo, RS 921.0), la fonction de direction d'un arrondissement forestier ou d'un triage forestier a été déréglementée. Auparavant, la fonction de directeur d'arrondissement supposait d'être en possession d'un diplôme d'une haute école suisse dans le domaine forestier et d'avoir réussi le stage forestier. La fonction de direction d'un triage forestier requiert un diplôme de forestier ES/forestière ES. Désormais, il suffit d'avoir une formation supérieure et une expérience pratique, ce qui ouvre considérablement les conditions d'accès et permet notamment de ne plus devoir passer par une procédure de reconnaissance d'un diplôme étranger, puisqu'une formation supérieure peut très bien s'entendre d'une formation supérieure acquise à l'étranger.

Le message du Conseil fédéral du 21 mai 2014⁵⁴ ne détaille pas les raisons de cette modification, mais l'ouverture vient du fait que ces fonctions nécessitent un rapport de travail avec le canton. Un exercice à titre indépendant n'est pas possible vu la nature de l'activité. Les processus de recrutement permettent ainsi suffisamment de s'assurer des compétences des personnes nommées à ces fonctions sans qu'une exigence formelle de qualification ne doive en plus être inscrite dans la loi.

3.2.4.2 Projet de loi fédérale sur la profession d'architecte

Suite à une motion de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, le Conseil fédéral a été chargé de présenter un projet visant à garantir la libre circulation des architectes entre cantons et obtenir la libre circulation des architectes et la reconnaissance de leur profession au sein de l'Union européenne. À la demande du Conseil fédéral, le Conseil national a transmis l'intervention sous forme de postulat le 22 juin 2001⁵⁵. Le Conseil fédéral a rendu son rapport le 24 novembre 2004, qui classe également une initiative parlementaire Galli du 4 octobre 2000 demandant la création de bases juridiques pour la formation d'architecte et l'exercice de cette profession en Suisse⁵⁶. Dans son rapport, le Conseil fédéral a repris l'essentiel des arguments de l'expert mandaté, le Prof. Paul Richli⁵⁷ :

- Aucun intérêt public prépondérant ne justifie l'édiction d'une loi fédérale. Les principaux intérêts légitimes des architectes, comme la sécurité des ouvrages de construction, l'esthétique, la protection du paysage, l'héritage culturel, mais aussi la loyauté et la confiance prévalant dans les relations d'affaires, font déjà l'objet de garanties suffisantes dans différents textes législatifs ou procédures de révision en cours.
- La libre circulation intercantonale et au sein de l'UE et de l'AELE est déjà garantie, que ce soit par la LMI ou l'Accord sur la libre circulation des personnes.

⁵³ Legge cantonale del 1° dicembre 2009 sull'esercizio delle professioni di fiduciario (LFid ; RLTI 11.1.4.1).

⁵⁴ Message du Conseil fédéral du 21 mai 2014 relatif à la modification de la loi fédérale sur les forêts, FF 2014 4775.

⁵⁵ Postulat 01.3208 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 26 mars 2001 : Régler la libre circulation des architectes.

⁵⁶ Initiative parlementaire Galli 00-445.

⁵⁷ Bericht über Abklärungen im Hinblick auf ein Architekturberufegesetz » du 25 juin 2004, disponible sur le site www.sbf.admin.ch > Publications et services > Hautes écoles.

Le Conseil fédéral a proposé de classer le postulat dans son rapport « Motions et postulats des conseils législatifs 2005 »⁵⁸. Les deux conseils ont pris acte de la proposition⁵⁹.

3.2.4.3 Traducteur-juré dans le canton de Genève

Alors que le canton de Genève était le seul en Suisse à prévoir un système d'assermentation des traducteurs jurés actifs pour des autorités, avec exigence de diplômes universitaires et d'un examen cantonal, il s'est engagé depuis deux ans dans un processus de déréglementation pour s'orienter vers un système de certification facultatif servant uniquement « d'assurance-qualité » pour qui souhaiterait en faire usage. Le processus a été accompagné par les services de la Confédération qui ont salué l'allégement administratif et la dérégulation, tout en permettant à un système qualitatif, mais facultatif de rester en place. Lors de la rédaction de ce rapport, la nouvelle loi cantonale n'avait pas encore été adoptée par le Grand Conseil genevois.

3.2.4.4 Loi sur les professions artisanales (canton du Tessin)

En mars 2015, le Grand Conseil tessinois a édicté la loi sur les entreprises artisanales (*Legge sulle imprese artigianali* [LIA]), qui est entrée en vigueur en février 2016. Cette loi avait pour objectif d'améliorer la qualité des travaux dans le domaine de l'artisanat, de garantir la sécurité des travailleurs et de lutter contre les abus liés à la concurrence. Elle s'appliquait à 14 professions, comme les poseurs de sols, menuisiers, peintres, plâtrier, verriers, constructeurs métalliques, jardiniers, ramoneurs, etc. Elle prévoyait de nombreuses conditions à remplir. Outre un diplôme, il fallait notamment être au bénéfice d'une expérience pratique, d'une assurance responsabilité civile, et être inscrit dans un registre soumis à émoluments annuels. Le canton du Tessin était le seul canton à se doter d'une telle loi.

La mise en vigueur de la LIA a suscité passablement d'émotions et d'oppositions, en raison des difficultés qu'elle a créé pour les offreurs externes, notamment en provenance d'autres cantons suisses dont les entreprises voyaient l'accès au marché tessinois rendu beaucoup plus difficile.

Fin 2016, différents recours ont été adressés au Tribunal administratif tessinois, tant par des particuliers que par la Commission de la concurrence sur la base de la liberté d'accès au marché garantie par la LMI⁶⁰. Par arrêt du 27 février 2018, l'instance judiciaire a admis le recours et déclaré certaines dispositions de la LIA contraires à la loi fédérale sur le marché intérieur. Un recours au Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable, si bien que l'arrêt cantonal est entré en force.

Après de nombreuses polémiques et discussions, le gouvernement tessinois a décidé d'abroger la LIA. On ne sait pas, à ce jour, si un nouveau projet sera proposé au Parlement cantonal.

3.2.5 Projets de réglementation

Il est très difficile d'avoir une vue exhaustive des intentions de réglementations, notamment au niveau cantonal. Les services compétents de la Confédération sont trop rarement approchés, ne serait-ce que pour permettre une réglementation compatible avec les règles de reconnaissance intercantonale et internationale des diplômes. À la connaissance des autorités fédérales, les professions suivantes font régulièrement l'objet de réflexions au niveau politique en vue d'une réglementation :

Les activités dans le domaine des **thérapies alternatives** (médecine chinoise traditionnelle, ayurvéda, eurythmie, acupuncture, etc.) tombent dans la compétence des cantons. Dans ce domaine la situation législative passe d'une réglementation exhaustive (par exemple dans le canton du Tessin), à l'absence de réglementation (par exemple dans le canton de Vaud), en passant par un système de déclaration obligatoire dans un registre, mais sans exigence de qualifications professionnelles (canton de Genève).

Plusieurs cantons semblent vouloir réglementer les thérapies alternatives, toujours dans l'idée de protéger les patients et améliorer l'information des consommateurs. Le fait que des formations soient

⁵⁸ FF 2006 3003.

⁵⁹ Le Conseil des Etats a pris acte du rapport le 6 juin 2006 et le Conseil national le 23 juin 2006.

⁶⁰ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/actualites/communiqués-de-presse/nsb-news.msg-id-64607.html>.

désormais offertes au niveau fédéral⁶¹ rend les choses plus faciles, bien que l'adoption de nouvelles formations ne doit nullement entraîner une réglementation de l'activité.

Le canton de Vaud envisage de réglementer la profession d'**ostéopathe pour animaux**. Paradoxalement, une nouvelle réglementation reviendrait à ouvrir le marché, car actuellement l'ostéopathie sur des animaux est considérée comme un acte médical et est dès lors réservée aux vétérinaires. Une réglementation différenciée aurait donc pour effet de permettre d'accéder plus facilement à l'activité, avec une formation moins extensive que celle de vétérinaire. Toutefois, il existe un obstacle majeur à la réglementation puisque contrairement aux thérapies alternatives, il n'existe en Suisse aucune formation dans le domaine de l'ostéopathie pour animaux. Il est donc difficile de réglementer une activité en exigeant un titre de formation alors que le système éducatif n'offre aucun diplôme dans ce domaine. À cet obstacle s'ajoute celui de la LMI : le caractère impérieux de la réglementation est difficile à démontrer si un seul canton restreint la liberté économique dans un domaine donné.

3.3 Réglementations plus anciennes

Outre l'évolution récente précédemment décrite, la Suisse connaît environ 150 professions réglementées, dont la plupart sont connues depuis des temps immémoriaux et reposent ainsi sur une habitude bien établie. On peut résumer la situation actuelle de la manière suivante⁶² :

- 46 professions concernent le domaine de la santé. L'intérêt public à exiger des qualifications professionnelles spécifiques ne saurait être remis en question. Parmi ces professions, certaines qui relèvent de la compétence des cantons font l'objet de réglementation d'exceptions dans certains cantons (profession d'esthéticien au Tessin, d'assistante dentaire dans le canton de Genève, médecine alternative ou conseiller maternel et pour nourrissons dans différents cantons), mais ces exemples restent rares et leur poids économique n'est pas considérable.
- 16 professions relèvent de l'enseignement scolaire et professionnel, et du social. Sont compris dans cette catégorie les enseignants scolaires (réglementation par un concordat intercantonal), les enseignants de la formation professionnelle (réglementation fédérale), et le domaine social (réglementations cantonales et intercantionales). Ici aussi l'intérêt public à ne laisser que des professionnels qualifiés accéder au marché du travail est généralement indiscutable. Ce groupe contient également les enseignants de musique évoqués plus haut.
- 9 professions relèvent du domaine de l'expérimentation animale de la protection des animaux et de l'agriculture, de compétence fédérale. On compte dans ce groupe les thérapeutes pour animaux (physiothérapeute pour animaux par exemple), réglementés dans différents cantons.
- 7 professions appartiennent au secteur de l'industrie et du commerce: le commerce d'armes, le crédit à la consommation, la gestion d'un restaurant ou d'une entreprise de restauration (« patente de cafetier-restaurateur »), essayeur du contrôle des métaux précieux, commerce et fabrication de stupéfiants, vérificateur et gérant d'entreprise de pompes funèbres au Tessin.
- 5 professions relèvent du domaine alimentaire, avec trois professions qui correspondent à des fonctions cantonales (chimiste cantonal, contrôleur et inspecteur des denrées alimentaires, pêcheur professionnel et traiteur dans les cantons de Fribourg et du Valais).
- 9 professions appartiennent au domaine des transports. Ce groupe comprend les taxis (tous les cantons) et les chauffeurs de limousine (canton de Genève uniquement) qui, outre un système de concession, sont souvent soumis à un examen cantonal ou communal.
- 9 professions couvrent les activités sportives. Outre les activités soumises à la loi fédérale sur les activités à risque évoquées plus haut, certains cantons réglementent aussi, en plus des professeurs de ski, les directeurs d'école de ski, d'un bureau de randonnée ou d'une école de varappe (canton du Valais).

⁶¹ Essentiellement le diplôme fédéral de thérapeute complémentaire et le diplôme fédéral de naturopathe.

⁶² Voir la liste des professions réglementées du SEFRI sur le site www.sbf.admin.ch > diplômes étrangers > professions réglementées.

- 15 professions sont réglementées dans le domaine de la construction. Il s'agit ici principalement d'activités réglementées par les cantons et par certains cantons seulement. Seules quatre professions relèvent de la compétence de la Confédération: les activités de cariste, de grutier, de machiniste de chantier⁶³ et les activités dans le domaine de l'électricité. L'utilisation de fluides frigorigènes relève également de la compétence de la Confédération, mais les qualifications exigées sont harmonisées au niveau européen et tous les certificats issus dans l'UE permettent directement d'accéder à l'activité en Suisse.
- On compte en outre 12 professions dans le domaine juridique, toutes de compétences cantonales à l'exception des professions d'administrateur du registre foncier, de préposé à l'office des poursuites et de conseiller en brevet.

Enfin, les autres professions réglementées sont :

- Au niveau fédéral, les personnes employées dans le service public de l'emploi, les spécialistes de la sécurité au travail, les ingénieurs-géomètres, le personnel des centrales nucléaires, et la manipulation des rayonnements ionisants.
- Au niveau cantonal, les agents de sécurité, les détectives privés, les pompiers.

3.4 Synthèse intermédiaire

Parmi les professions de la Nomenclature suisse des professions⁶⁴, seule une petite partie d'entre elles sont réglementées par l'exigence de qualifications professionnelles. Les professions dont l'exercice est assorti d'autres conditions que l'exigence de qualifications, à savoir par exemple une assurance responsabilité civile ou l'inscription dans un registre, sont très rares et les conditions posées n'entravent pas réellement la concurrence. C'est dire qu'une grande partie du marché du travail reste largement libéralisée.

L'évolution récente démontre deux phénomènes :

- D'une part, si de nouvelles réglementations sont apparues, on ne constate pas d'inflation législative massive. Certaines lois, comme la loi sur les professions de la santé, uniformisent des législations cantonales et apportent ainsi une simplification bienvenue. Souvent les réglementations sont peu intrusives dans la mesure où elles réglementent le port du titre (psychologue, conseiller en brevets).
- Les réglementations sont d'abord le fruit de processus politiques ; si les principes liés à la liberté économique et à ses restrictions sont naturellement respectés, il appartient fondamentalement d'abord au législateur de n'intervenir que là où c'est strictement nécessaire. Toutes les réglementations fédérales récentes ont été le fruit d'interpellations parlementaires et certaines ont été adoptées malgré l'opposition du Conseil fédéral (loi sur les activités à risque). La marge de manœuvre de ce dernier est donc très réduite.

4 Réglementations : possibilités d'intervention et de contrôle

La mise en vigueur d'une réglementation suit un processus bien précis qui permet de nombreuses interventions politiques. La nécessité d'une intervention législative peut faire l'objet de remarques, de commentaires ou d'opposition à chaque étape du processus, en allant de la consultation publique à la consultation des offices avant la transmission d'un projet de loi à l'Assemblée fédérale. Les acteurs économiques peuvent se manifester à différentes reprises et contester par exemple des interventions qu'ils jugeraient disproportionnées. En outre, différents contrôles comme les examens réguliers du stock réglementaire (par exemple les rapports sur l'allégement administratif ou les coûts de la réglementation, le test digital, les rapports du Conseil fédéral en réponse à des postulats, etc.) permettent d'intervenir

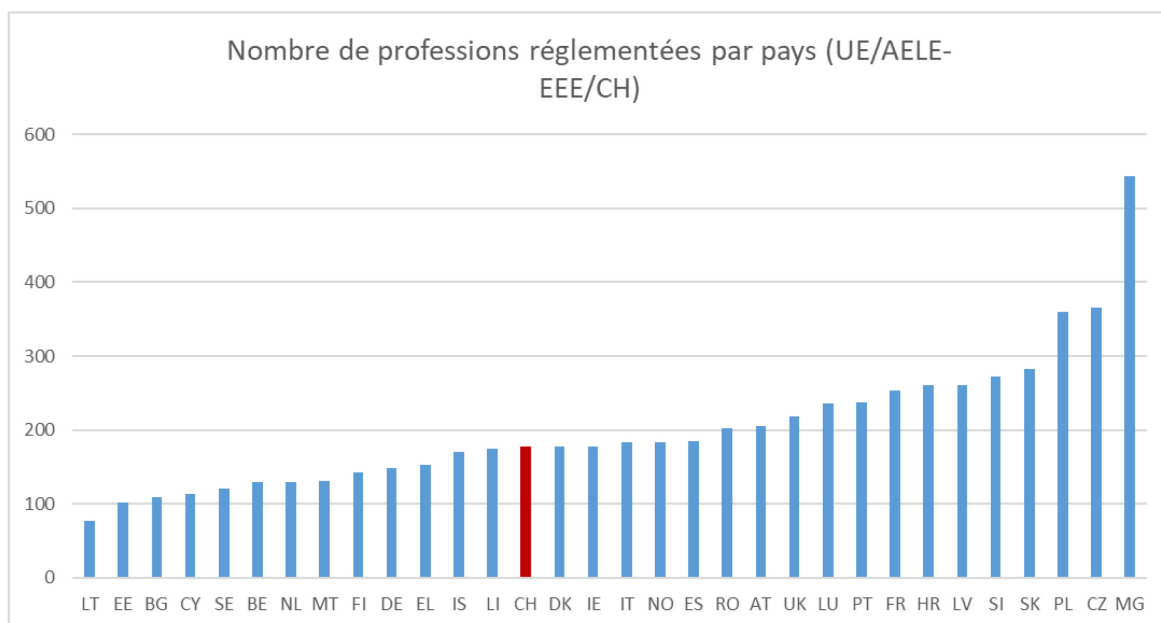
⁶³ Les formations permettant d'accéder à ces professions sont régies par la SUVA. Elles sont motivées par des considérations liées à la sécurité au travail.

⁶⁴ www.ofs.admin.ch > Trouver des statistiques > Travail et rémunération.

ou de proposer des mesures le cas échéant. Après une brève comparaison internationale, le rapport détaille comment le contrôle sur les réglementations cantonales s'effectue, et comment est évalué l'impact des réglementations au niveau fédéral.

4.1 Introduction : comparaison européenne

En comparaison européenne, la Suisse se situe dans la moyenne. Elle compte 177 professions réglementées (moyenne : 202). Le graphique ci-dessous est tiré de la base de données des professions réglementées⁶⁵ fournie par la Commission européenne et alimentée par chaque État partie au système européen de reconnaissance des qualifications professionnelles.



Si de nombreux États réglementent plus de professions, allant jusqu'à 543 pour la Hongrie, plusieurs d'entre eux sont plus libéraux et parfois limitent leurs professions réglementées à 77, comme c'est le cas en Lituanie.

4.2 La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

4.2.1 Le but de la loi fédérale sur le marché intérieur

La LMI vise à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en places par les cantons et les communes. Elle permet de faciliter la mobilité professionnelle et les échanges en Suisse dans le but de renforcer la compétitivité de l'économie suisse. Elle vise à fixer les principes nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur et non pas à harmoniser les différentes réglementations⁶⁶.

La LMI est un instrument fédéral important pour les personnes en activité lucrative souhaitant être actives dans différents cantons. La LMI peut être invoquée directement par les personnes concernées et par la Commission de la Concurrence qui est l'autorité de la surveillance de la LMI. De plus, elle peut avoir un effet dérégulateur sur des réglementations excessives cantonales.

⁶⁵ <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=homepage>.

⁶⁶ Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 I 421, 426.

4.2.2 Les principes de la liberté d'accès au marché

Les personnes entrant dans le champ d'application de la LMI ont un droit individuel de libre accès au marché. Le principe du lieu de provenance⁶⁷ concrétise ainsi le droit au libre accès et il s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement⁶⁸. Le principe de la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux (à exercer une activité lucrative) ou reconnus à niveau cantonal est son corollaire.

4.2.3 Les formes de restrictions au libre accès au marché

Les réglementations cantonales appliquées aux offreurs externes représentent des entraves qui bloquent ou compliquent la mobilité professionnelle à l'intérieur de la Suisse. Une restriction à l'accès au marché peut se réaliser par une réglementation qui prévoit des critères professionnels à remplir pour exercer une certaine profession mais également par l'exigence de satisfaire des critères personnels, tels que l'extrait du casier judiciaire, un certificat médical, etc. De plus, si la procédure d'accès prévoit des coûts ou s'avère être compliquée ou longue, ces aspects sont également une forme de restriction à l'accès au marché au sens du droit du marché intérieur.

4.2.4 La restriction sous la forme d'exigence de qualifications professionnelles

En matière de professions réglementées, les entraves liées à l'exigence de qualifications professionnelles ne devraient que rarement empêcher d'offrir ses services dans un autre canton, car le droit de la formation est très largement uniformisé au niveau fédéral. En d'autres termes, un canton qui déciderait d'exiger des qualifications professionnelles pour une certaine activité ne pourrait qu'exiger un diplôme régi par le droit fédéral. **L'entrave ne toucherait donc que les prestataires d'autres cantons non qualifiés, ou ceux** dont les qualifications ne respecteraient pas, selon un contrôle des autorités du lieu de destination, les dispositions légales applicables. Les exceptions à ce principe sont de plus en plus rares : la médecine alternative était un exemple, mais depuis quelques années deux diplômes fédéraux (naturopathe avec diplôme fédéral et thérapeute complémentaire avec diplôme fédéral) existent et permettent ainsi aux cantons de se référer à une qualification uniforme au niveau fédéral.

Toutefois, il est important de garder à l'esprit qu'une réglementation régissant l'accès au marché d'une profession ne se limite souvent pas à l'exigence d'une qualification professionnelle mais elle s'ajoute à d'autres conditions (une couverture d'assurance responsabilité civile, un certain nombre d'années d'expérience professionnelle, une copie des titres d'études, une attestation de domicile, un certificat médical, l'extrait du casier judiciaire, etc.).

En conclusion, si l'exigence d'une certaine qualification professionnelle diminue en raison d'une uniformisation des formations au niveau fédéral, cela n'empêche pas les cantons de restreindre l'accès au marché de manière contraire au droit du marché intérieur par d'autres formes de restrictions réglementées, telles que des coûts de procédures d'accès au marché, l'exigence de certaines conditions personnelles à remplir comme la production d'un certificat de bonnes moeurs, d'un domicile, etc.

4.2.5 La surveillance de la LMI

Ceci dit, un grand nombre d'activités lucratives souffrent de barrières à l'accès au marché envers des offreurs externes (cf. ch. 3.2.3 et 3.3). C'est pourquoi, la loi sur le marché intérieur prévoit des droits clairs à son article 2 et des critères stricts applicables aux réglementations cantonales à son article 3. Si les autorités du lieu de destination considèrent que les règles générales et abstraites du lieu de provenance d'un offreur externe ne garantissent pas une protection équivalente des intérêts publics prépondérants, elles peuvent restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des

⁶⁷ Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI).

⁶⁸ Dans le droit du marché intérieur, le lieu où l'offreur veut exercer son activité lucrative est désigné « lieu de destination ».

charges ou des conditions. L'éventuelle restriction d'accès au marché doit être non discriminatoire, indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité. Ce dernier principe implique notamment que les critères appliqués au premier lieu d'établissement du professionnel soient insuffisants pour protéger l'intérêt public en cause, que les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par le professionnel au lieu de provenance soient insuffisants et que les critères prévus par la réglementation du deuxième lieu soient conformes au principe de proportionnalité⁶⁹.

Le droit fédéral prévoit donc un corps de règles qui permet à un offreur externe d'agir contre des restrictions illicites à la liberté d'accès au marché, qui ne relèvent pas seulement des conditions de qualification professionnelle ou de formation.

4.3 L'analyse d'impact de la réglementation

L'Analyse d'impact de la réglementation (AIR) est un outil permettant d'examiner et de présenter les impacts économiques des projets législatifs de la Confédération. Les réglementations étatiques sont conçues pour atteindre certains objectifs sociaux, environnementaux ou économiques. Cela crée des bénéfices, mais également des coûts pour les entreprises, l'économie et la société. Par conséquent, toute nouvelle réglementation de la Confédération doit être examinée de manière critique du point de vue de ses impacts et de sa nécessité. Cet instrument, qui vise l'amélioration de la législation au moyen d'une analyse prospective, est obligatoire en particulier dans le cas des messages, des projets d'actes législatifs mis en consultation et des ordonnances du Conseil fédéral.

En fonction des situations, l'analyse d'impact est intégrée aux Messages du Conseil fédéral ou aux propositions relatives à de nouvelles ordonnances. Si les conséquences escomptées sur l'économie ou les entreprises sont nulles ou négligeables, l'AIR n'a pas besoin d'être poussée plus avant. En fonction de l'importance économique et réglementaire du projet, mais aussi de la marge de manœuvre disponible en matière de réglementation ou des études disponibles, l'étude d'impact peut être simple ou approfondie.

5 Impact de certaines réglementations sur la concurrence et la compétitivité

Toute réglementation, quelle que soit sa nature ou son ampleur, a inévitablement un impact en matière de concurrence et de compétitivité. Savoir si la réglementation est nécessaire ou adéquate est une question d'arbitrage souvent dictée par des considérations politiques. Dans ce contexte, le panorama dressé plus haut donne une image nuancée de la situation :

- L'évolution récente démontre tendanciellement une simplification, dans le sens où de nombreuses lois cantonales sont parfois remplacées par une seule loi fédérale.
- Les instruments de contrôle existent fondamentalement (LMI, AIR). Ils permettent, le cas échéant, de légiférer en toute connaissance de cause, en ce sens que l'impact de la réglementation est analysé, connu et assumé. D'autres instruments découlant de lois spéciales existent également, notamment dans la loi sur les cartels⁷⁰.
- La volonté du Conseil fédéral est claire: il veut simplifier la situation réglementaire, faciliter la vie des acteurs économiques et renforcer la compétitive de la place économique suisse⁷¹. On peut citer à cet effet le récent rapport en réponse au postulat Caroni⁷².

⁶⁹ L'examen de la proportionnalité exige de tenir compte également de l'expérience professionnelle acquise par l'offreur, cf. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 I 421, 442 ; Arrêt 2C_844/2008 du 15 mai 2009.

⁷⁰ LCart, RS 251.

⁷¹ Voir les différentes mesures proposées sous www.wbf.admin.ch > Thèmes > Economie > Renforcement de la place économique.

⁷² Postulat 15.3421, rapport « Frein à la réglementation : possibilités et limites de différents modèles et approches », disponible sous le lien cité à la note précédente.

Dans le domaine couvert par le présent rapport, à savoir les professions sujettes à des conditions de qualification, l'évolution de la situation réglementaire ne démontre aucune tendance nette au renforcement de la bureaucratie, au contraire: si l'on tient compte des simplifications induites par la « fédéralisation » de réglementations cantonales, les conditions de formation tendent à devenir plus homogènes. En outre, le cumul de critères est rare ; hormis dans le domaine de la santé, on ne constate pas cumul de critères ou de doublons. À titre d'exemple, certains pays de l'UE réglementent tant la profession de notaire que d'agent immobilier, les deux fois dans l'idée de garantir la sécurité des transactions immobilières. Or, en Suisse, seule la profession de notaire est réglementée et c'est à lui d'assurer la sécurité juridique de la transaction. La profession d'agent immobilier reste entièrement libre.

Il n'en demeure pas moins que plusieurs réglementations cantonales subsistent. Si les cas sont peu nombreux et ne couvrent que des domaines ciblés, le manque d'évolution – notamment au regard de la loi sur le marché intérieur – surprend. Les réglementations cantonales susceptibles de toucher un certain nombre d'acteurs économiques sont les suivantes :

- Architectes et ingénieurs : les cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Lucerne et du Tessin estiment nécessaire de poser des conditions à l'exercice de ces professions (notamment qualifications et inscription dans un registre cantonal [sauf à Lucerne]), alors que l'activité est entièrement libre dans tous les autres cantons.
- « Chauffeurs de limousine »: le canton de Genève réglemente le transport professionnel de personnes avec des véhicules qui ne sont pas des taxis, en sus des taxis réglementés dans tous les cantons.
- Psychologues cliniques : plusieurs cantons vont au-delà du droit fédéral qui ne fait que protéger l'usage du titre de psychologue, et demandent une formation pour exercer la profession de psychologue si elle se déroule dans le domaine clinique.
- Les cafetiers-restaurateurs (et les services de traiteur dans les cantons de Fribourg et du Valais) sont assujettis à une obligation de patente, dont l'octroi dépend de la réussite d'une formation et d'un examen cantonal.
- Enseignement de la musique dans le canton de Vaud: on se réfère aux explications données plus haut.
- Le canton du Tessin est le seul à réglementer plusieurs activités, tous domaines confondus : les esthéticiens, les fiduciaires, la gestion d'une entreprise de pompes funèbres, les entrepreneurs en bâtiments.

Le fait que, dans ces domaines, peu de plaintes ou de recours ne soient formulés peut laisser entendre que les entraves à la concurrence soient peu importantes pour l'économie. On peut supposer qu'il est plus facile pour ces particuliers de se conformer aux exigences locales que de s'engager dans des procédures administratives. Cette situation est loin d'être satisfaisante, mais force est de constater que la Confédération a mis en place les outils possibles pour contrer ces phénomènes, et que la COMCO intervient dans la limite des possibilités que lui offrent la LMI et la LCart. Preuve en est la récente abrogation de la loi tessinoise sur les entreprises artisanales, qui est la conséquence d'un recours de la Commission de la concurrence basé sur la LMI.

6 Réflexions et actions menées par l'Union européenne

6.1 Situation politique

Dans ses efforts pour stimuler sa croissance et lutter contre les effets de la crise financière de 2008, l'UE a pris différentes mesures dont certaines touchent l'exercice des professions. Dans sa communication de juin 2012 sur la mise en œuvre de la directive « services »⁷³, la Commission a

⁷³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, OJ L 376, 27.12.2006, p. 36–68.

souligné l'importance de veiller à ce que le cadre réglementaire applicable aux services professionnels reste adapté aux objectifs poursuivis. Dans le domaine des professions réglementées, l'UE a engagé un « exercice de transparence » pour exiger de chaque État membre qu'il réalise, de façon active, un examen de ses réglementations en matière de qualifications permettant l'accès à une profession et de titres professionnels, et qu'il les modernise. Améliorer l'accès aux professions dans les États membres, notamment grâce à un environnement réglementaire plus souple et transparent, devrait en effet faciliter la mobilité des professionnels qualifiés dans le marché intérieur et la prestation transfrontière de services professionnels.

6.2 Exercice de transparence

La réglementation des professions présente de grandes disparités au sein de l'Union européenne. Certaines d'entre elles sont réglementées par les États membres au niveau national régional voire quelquefois local. Quelques 5'500 professions y sont réglementées, dont 40 % sont liées au secteur de la santé et des services sociaux, 9,6 % au domaine des transports, 9,1 % aux services publics et à l'éducation et 6,6 % au domaine de la construction. En moyenne, chaque État réglemente environ 200 professions, ce nombre variant entre 77 et 534. La réglementation touche plus de 47 millions ou 22 % des personnes actives.

La plupart des professions sont réglementées par le biais des activités réservées, c'est-à-dire en réservant le monopole de leur exercice à des personnes au bénéfice du niveau de qualification requis. La protection du titre de formation est également un moyen privilégié pour réserver l'activité.

L'exercice de transparence a été instauré à l'art. 59 de la directive 2013/55/UE⁷⁴ - directive qui modernise la directive 2005/36/CE que la Suisse applique dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes. À l'heure actuelle, la Suisse n'a pas modernisé l'annexe III ALCP par la reprise de la directive 2013/55/UE. Des discussions ainsi que les travaux nécessaires pour la modernisation de l'annexe III ALCP sont en cours en ce sens.

Cet exercice vise à examiner les incidences économiques des réglementations, permettre aux professionnels de tirer parti du marché unique et assurer une transparence totale et une analyse rigoureuse de la situation. Une évaluation mutuelle par les pays de l'UE est intervenue en 2014-2015, basée sur des critères analogues à ceux de la LMI (compatibilité avec le principe de non-discrimination, justification de la réglementation, proportionnalité). Les États membres ont passé en revue leurs propres réglementations et livré des appréciations quant au caractère excessif de celles-ci ou lorsqu'elles sont susceptibles de constituer des freins à la croissance économique. Les États membres ont été mandatés de soumettre un « plan d'action national » destiné à faire la lumière sur les modifications ou assouplissement des réglementations, aboutissement de ce processus selon les obligations contenues dans la directive révisée.

6.3 La directive sur le test de proportionnalité

Les résultats du processus d'évaluation mutuelle ont révélé un manque de clarté des critères devant être utilisés par les États membres pour évaluer le caractère proportionné des exigences limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, ainsi qu'un degré inégal d'examen de ces exigences à tous les niveaux de la réglementation. Afin d'éviter la fragmentation du marché intérieur et d'éliminer les obstacles entravant l'accès à certaines activités salariées ou non salariées et leur exercice, l'UE a décidé d'établir une approche commune au niveau de l'Union, de manière à empêcher l'adoption de mesures disproportionnées ou non compatibles avec les conditions posées par la Cour de justice de l'UE à la réglementation (une réglementation doit s'appliquer de manière non discriminatoire, être justifiée par des objectifs d'intérêt général, être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif que la réglementation poursuit).

⁷⁴ Directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement (UE) n ° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »)

La directive 2018/958/UE relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions a ainsi été adoptée le 28 juin 2018. Désormais, avant d'introduire de nouvelles dispositions législatives, réglementaires ou administratives limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou de modifier de telles dispositions existantes, les États membres doivent examiner si ces dispositions respectent le principe de proportionnalité. La directive distingue les intérêts publics légitimes et ceux qui ne le sont pas:

Les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice incluent la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services, y compris en garantissant la qualité de l'artisanat, et des travailleurs, la protection de la bonne administration de la justice, la garantie de la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude et la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales, la sauvegarde de l'efficacité des contrôles fiscaux, la sécurité des transports, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la sauvegarde et la préservation du patrimoine historique et artistique national, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle.

Les motifs purement économiques, à savoir la protection de l'économie nationale aux dépens des libertés fondamentales, ainsi que les motifs purement administratifs, tels que la réalisation de contrôles ou la collecte de statistiques, ne peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général justifiant une réglementation.

Les États membres sont également invités à envisager d'autres moyens que l'exigence de qualifications professionnelles. Lorsque les mesures sont justifiées par la protection des consommateurs uniquement et que les risques répertoriés sont limités à la relation entre le professionnel et le consommateur et n'affectent donc pas négativement des tiers, les États membres devraient déterminer si leur objectif pourrait être atteint par des moyens moins restrictifs que l'exigence d'un diplôme, par exemple en ne réglementant que le port du titre professionnel (titre réservé). Les États membres doivent également prendre en compte la correspondance entre la portée des activités professionnelles couvertes par une profession et la qualification professionnelle requise, la complexité des tâches, notamment en ce qui concerne le niveau, la nature et la durée de la formation ou de l'expérience requise, l'existence de différents moyens d'acquérir la qualification professionnelle, la question de savoir si les activités réservées à certains professionnels peuvent être partagées avec d'autres professionnels, et le degré d'autonomie dans l'exercice d'une profession réglementée, en particulier lorsque les activités liées à une profession réglementée sont exercées sous le contrôle et la responsabilité d'un professionnel dûment qualifié.

6.4 Synthèse

La directive 2018/958/UE a été récemment adoptée, si bien qu'il est trop tôt pour connaître la manière dont elle est appliquée et quels sont ses résultats effectifs. Les mécanismes de communication dont elle est assortie (via la base de données des professions réglementées) laissent présumer qu'un contrôle sera effectué par la Commission européenne. Ceci dit, sur le fond, cette directive – qui n'est pas applicable en Suisse faute d'être mentionnée à l'annexe III ALCP – ne prévoit pas de principes fondamentalement différents que ceux qui sont en vigueur en Suisse.

7 Conclusions

Les professions réglementées représentent en Suisse 177 activités, essentiellement dans le domaine de la santé, du social et de l'enseignement. Elles représentent une portion très congrue de l'ensemble des activités et ne sauraient avoir d'impact sur la compétitivité économique de la Suisse. Si de nouvelles réglementations sont régulièrement édictées, il ne saurait être question de tendance protectionniste.

Le Conseil fédéral a rappelé à plusieurs reprises sa volonté de lutter contre toute réglementation excessive, la dernière fois en décembre 2018 dans son rapport au postulat Caroni 15.3421. Il a ainsi déjà exprimé sa volonté de garantir la compétitivité de la Suisse et sa croissance économique, notamment en ne réglementant que ce qui est strictement nécessaire et en insistant non pas sur le nombre des réglementations, mais sur leur efficacité.

Le présent rapport démontre que, dans le domaine des professions réglementées par le droit fédéral, il n'y a pas de nécessité impérieuse d'intervenir. On ne constate pas d'évolution marquée vers une plus forte réglementation. La tendance inverse serait plutôt vraie: les réglementations ont tendance à se fédéraliser, si bien que, dans l'ensemble, de nombreuses lois cantonales sont remplacées par un unique acte de droit fédéral. Rien n'indique que la Confédération intervient dans des domaines qui devraient être laissés à la liberté économique: l'intérêt public à réglementer les professions de la santé, pour prendre l'exemple le plus récent, est indéniable. Quant à l'autre exemple récent, à savoir la loi fédérale sur les activités à risque, le Conseil fédéral n'a pas pu libéraliser le domaine en raison des oppositions des acteurs du terrain et des cantons. Le Conseil fédéral prend très à cœur la promotion d'une Suisse performante et innovante ; il met en œuvre les instruments existants et les renforce, notamment en matière d'analyse d'impact de réglementation (voir les conclusions du rapport Caroni, p. 46). Preuve en est que, au cours de la dernière décennie, les nouvelles réglementations ne sont pas le fruit de propositions du Conseil fédéral. Il entend poursuivre cette stratégie et également intervenir lorsque des réglementations ne sont plus adéquates. Lorsqu'il met en œuvre des interpellations parlementaires, il veille à limiter au mieux les atteintes à la liberté économique, notamment en protégeant uniquement le port de titres professionnels, comme il l'a fait récemment pour les conseils en brevet ou les psychologues.

Finalement, la question de la réglementation obéit également à des impératifs politiques. La nécessité d'intervenir dans un domaine économique dépend fortement de paramètres locaux ou culturels. C'est la raison pour laquelle des instruments de contrôle existent. Ils fonctionnent concrètement, preuve en est l'abrogation de la LIA tessinoise. L'organe judiciaire cantonal, appliquant la LMI, a considéré que la restriction à la liberté économique n'était pas justifiée par des intérêts prépondérants. Le Conseil fédéral estime que, pour des réglementations futures, une attention particulière doit être accordée au contrôle systématique de l'activité législative. Il s'agit dès lors de faire usage des instruments existants et, plus globalement, d'évaluer sciemment les restrictions que l'on veut apporter à la liberté économique, en tenant compte des impacts que ces restrictions peuvent apporter à l'économie. Il entend ainsi pleinement mettre en œuvre le nouvel article 141 let. g^{bis} LParl⁷⁵, qui l'enjoint à faire le point sur la préservation de la responsabilité personnelle et de la marge de manœuvre des particuliers concernés par une réglementation donnée. Finalement, il appartient aux législateurs – fédéral et cantonaux – de jouer pleinement leur rôle et ainsi de contribuer à la promotion de la compétitivité de la place économique suisse.

⁷⁵ Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10.