

JAAC 63.36

Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 15
décembre 1998

*Liberté économique et égalité entre concurrents (art. 31 Cst.).
Formation postgrade en médecine générale. Accord avec la
Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation
des personnes.*

Interdiction de discriminer les personnes soumises au droit interne.

*Il serait contraire à l'art. 31 Cst. d'exiger des personnes formées en
Suisse une formation postgrade nettement plus longue et approfondie
que ce qui est requis des personnes formées à l'étranger pour exercer en
Suisse leur profession de manière indépendante.*

*Wirtschaftsfreiheit und Grundsatz der Gleichbehandlung der
Gewerbegenossen (Art. 31 BV). Weiterbildung in Allgemeinmedizin.
Vertrag mit der europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten
über den freien Personenverkehr.*

Verbot der Inländerdiskriminierung.

*Es würde Art. 31 BV widersprechen, wenn man an die Weiterbildung von
Personen in der Schweiz deutlich höhere Anforderungen stellen würde
als an diejenige von Personen aus dem Ausland, die in der Schweiz ihren
Beruf selbstständig ausüben wollen.*

*Libertà economica e principio della parità di trattamento tra i
concorrenti (art. 31 Cost.). Istruzione postuniversitaria nella medicina
generale. Accordo con la Comunità Europea ed i suoi Stati membri sulla
libertà di circolazione delle persone.*

Divieto di discriminazione delle persone sottoposte al diritto interno.

Sarebbe contrario all'art. 31 Cost. esigere dalle persone residenti in Svizzera una formazione postuniversitaria sensibilmente più lunga ed approfondita di quella richiesta a persone all'estero per esercitare in modo autonomo la professione in Svizzera.

1. La notion de discrimination des personnes soumises au droit interne
2. Réglementation de la formation en médecine générale
 - 2.1 Situation en droit communautaire
 - 2.2 Situation actuelle en droit suisse
 - 2.3 Projet de loi fédérale
 - 2.4 Projet d'accord avec la Communauté européenne
 - 2.5 Les cas de discrimination des médecins généralistes formés en Suisse
3. Constitutionnalité de la discrimination
 - 3.1 Prise en considération de faits régis par le droit international
 - 3.2 Liberté économique
 - 3.2.1. Restriction
 - 3.2.2 Base légale
 - 3.2.3 Intérêt public
 - 3.2.4 Proportionnalité
 - 3.3 L'égalité entre concurrents (art. 31 Cst.)
4. Alternatives à la discrimination
5. Résumé

1. La notion de discrimination des personnes soumises au droit interne

Traditionnellement, les Etats ont tendance à favoriser leurs nationaux par rapport aux ressortissants d'autres pays lors de l'octroi de droits. Suite au processus d'intégration européenne, un phénomène inverse s'est produit dans les Etats membres de l'Union européenne: les nationaux se sont retrouvés à maintes reprises désavantagés par rapport aux ressortissants des autres Etats membres en raison d'une différence de réglementation applicable. En effet, lorsque la législation nationale est plus restrictive ou moins généreuse que la réglementation découlant du droit communautaire, les personnes qui peuvent se prévaloir de cette dernière ont une situation juridique plus favorable que le reste de la population qui est soumis à la législation nationale.

Sous l'influence du droit américain de la concurrence, la doctrine européenne a développé pour ce phénomène la notion de «discrimination à rebours» («umgekehrte Diskriminierung»; «reverse discrimination»)[1]. Il ne s'agit toutefois pas d'une terminologie idéale, car en Suisse le terme de discrimination est usuellement employé dans un sens très fort et équivaut à une inégalité de traitement fondée sur un critère inadmissible et visant à déprécier un certain groupe social; une discrimination est ainsi considérée comme en principe interdite[2]. En revanche, la notion de discrimination à rebours est employée par la doctrine comme synonyme d'un traitement désavantageux des personnes soumises à la législation interne par rapport aux personnes pouvant se prévaloir des droits conférés par le droit communautaire, sans que ce traitement désavantageux soit nécessairement prohibé par le droit européen ou le droit interne de l'Etat en cause. Faute de mieux, nous en resterons toutefois à la notion de discrimination.

Dans la doctrine germanophone récente, la notion de discrimination à rebours (*umgekehrte Diskriminierung*) cède le pas à celle de *Inländerdiskriminierung*[3]. Cette notion-ci a l'avantage de mieux mettre en évidence l'objet de la discrimination, à savoir les personnes soumises à la législation nationale. Nous suivrons cette nouvelle optique en employant l'expression de «discrimination des personnes soumises au droit interne».

Le phénomène de la discrimination des personnes soumises au droit interne n'est pas lié exclusivement à l'intégration européenne. Il peut aussi résulter du droit international, notamment suite à l'élaboration de standards minima[4].

2. Réglementation de la formation en médecine générale

2.1 Situation en droit communautaire

Outre les dispositions de base prévues dans le traité CE, la libre circulation des médecins dans l'Union européenne est régie par la directive n° 93/16 du Conseil du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres[5]. Cette directive fixe un certain nombre de règles minimales quant à la formation universitaire des médecins (art. 23), énonce les diplômes universitaires en médecine délivrés par chaque Etat membre (art. 3) et oblige les autres Etats membres à reconnaître ces diplômes en leur donnant, en ce qui concerne l'accès aux activités du médecin et l'exercice de celles-ci, le même effet qu'aux diplômes qu'ils délivrent eux-mêmes (art. 2).

Cette directive fixe par ailleurs certaines règles minimales sur l'obtention de titres de médecin spécialiste (art. 24 ss), notamment quant à la durée minimale de formation postgrade (entre 3 et 5 ans). Elle énonce les différents titres de médecin spécialiste communs à tous les Etats membres (art. 5) ou à une partie d'entre eux (art. 6). La directive oblige enfin chaque Etat membre à reconnaître ces titres de médecin spécialiste en leur donnant le même effet sur son territoire qu'aux titres de spécialiste qu'ils délivrent eux-mêmes (art. 4). Le titulaire d'un titre de spécialiste peut employer le titre et l'abréviation prévus dans l'Etat où il travaille pour la formation spécialisée qu'il a suivie, s'il remplit les conditions de base prévues par la directive (art. 19).

S'agissant de la médecine générale, la directive ne prévoit pas l'obtention d'un titre de spécialiste, mais elle prescrit à chaque Etat membre d'instaurer une formation spécifique après l'obtention du diplôme universitaire et conduisant à la délivrance d'un diplôme particulier (art. 30 ss). La formation spécifique a comme caractéristiques principales d'avoir une durée minimale de seulement deux ans à plein temps, d'être de nature plus pratique que théorique et de ne pas devoir être «validée» au moyen d'un examen (art. 31). La directive oblige chaque Etat membre à exiger le diplôme de médecin généraliste pour exercer en tant que médecin généraliste dans le cadre de son régime de sécurité sociale (art. 36). Elle contraint aussi chaque Etat membre à reconnaître les diplômes de médecin généraliste délivrés par d'autres Etats membres[6] et à permettre au titulaire de ce certificat de pratiquer la médecine générale à charge de la sécurité sociale (art. 37). Elle donne enfin aux ressortissants d'un Etat membre auquel un autre Etat membre a délivré un diplôme de médecin généraliste le droit de porter dans l'Etat membre d'accueil le titre professionnel qui existe dans cet Etat et de faire usage de son abréviation (art. 38).

Il convient de relever que les dispositions de la directive sur le contenu et la durée des formations sont des règles minimales qui doivent être respectées par les Etats membres. Le droit communautaire n'empêche en revanche pas les Etats membres de fixer une durée supérieure à deux ans pour la formation spécifique des personnes formées sur leur territoire. En pratique, quatre Etats membres[7] ont limité à deux ans la durée de la formation en médecine générale tandis que les autres Etats ont prévu une durée de trois ans[8]. Trois Etats membres ont prévu en outre la possibilité de poursuivre une formation postgrade en médecine générale après avoir achevé la formation spécifique régie par la directive communautaire[9].

2.2 Situation actuelle en droit suisse

Actuellement, en matière de formation des médecins, le droit fédéral régit les conditions d'obtention du diplôme fédéral de médecin. Ce diplôme habilite son titulaire à exercer librement sa profession de médecin dans toute l'étendue de la Confédération[10]. Les cantons sont toutefois habilités à exiger une autorisation pour pratiquer la médecine sur leur territoire. S'ils sont tenus de reconnaître les diplômes fédéraux de médecine, ils peuvent d'une part faire dépendre l'autorisation cantonale de conditions supplémentaires (notamment de domicile, de moralité ou de santé[11]), d'autre part admettre à la pratique de la médecine des personnes qui ne sont pas titulaires de diplômes fédéraux[12].

La Confédération règle par ailleurs la pratique à charge de l'assurance-maladie en exigeant, outre le diplôme fédéral, une formation postgraduée de deux ans[13]; on relèvera qu'aucun examen n'est requis. Selon un accord conclu entre la FMH et le Concordat des assureurs-maladie suisses, la FMH a édicté un «Règlement relatif à la reconnaissance de la formation médicale postgraduée de deux ans selon la LAMal». Ce «règlement», dont la nature juridique est peu claire et qui n'a pas fait l'objet d'une approbation par les autorités fédérales, crée un certificat «Formation postgraduée LAMal» pour les médecins qui disposent d'une autorisation cantonale de pratiquer sans être titulaire

d'un titre de spécialiste FMH ou d'un diplôme équivalent. Ce certificat est reconnu par les caisses-maladie et permet donc de pratiquer à charge de l'assurance-maladie.

Formellement, il appartient aux cantons de réglementer l'emploi des titres de spécialiste en médecine. Dans la pratique, les cantons se contentent pour l'essentiel de reconnaître les titres de spécialiste délivrés par la FMH, l'association faîtière des médecins[14]. C'est la FMH qui fixe la liste des titres de spécialiste et qui en détermine les conditions et la procédure d'obtention dans un acte appelé la Réglementation pour la formation postgraduée (RFP). S'agissant de la formation en médecine générale, la FMH prévoit un titre de spécialiste en médecine générale qui requiert une formation postgraduée de cinq ans ainsi que la réussite d'un examen final.

2.3 Projet de loi fédérale

En décembre 1997, un projet de loi fédérale sur la formation de base, la formation postgrade et la formation continue des professions médicales a été mis en consultation (FF 1997 IV 1456). Ce projet prévoit que le diplôme fédéral obtenu à la suite de la formation universitaire de base habilite seulement à exercer la médecine sous la surveillance et la responsabilité d'un titulaire d'un titre fédéral de spécialiste. Pour pouvoir exercer à titre indépendant la médecine (y compris la médecine générale), il faut avoir un titre fédéral de spécialiste.

Selon ce projet de loi fédérale, les titres fédéraux de spécialiste peuvent être obtenus à l'issue d'une formation postgrade dont la durée peut varier entre deux et cinq ans et est fixée par le Conseil fédéral séparément pour chaque titre de spécialiste. La formation postgrade se déroule dans des centres de formation reconnus et s'achève par un examen final. Les conditions et la procédure relative à l'octroi des titres de spécialiste sont, pour l'essentiel, réglées par une ordonnance du département.

Dans la mesure où le projet de loi ne modifie pas l'art. 36 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10), le certificat actuel «formation postgraduée LAMal» pourrait continuer à être délivré bien qu'il ne puisse à l'avenir jouer de rôle que pour l'exercice de la médecine générale à titre dépendant.

2.4 Projet d'accord avec la Communauté européenne*

Dans le cadre des négociations sectorielles entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, il est prévu de conclure un accord sur la libre circulation des personnes. Ce traité donnerait en principe aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée et d'établissement en tant qu'indépendant sur le territoire des parties contractantes (art. 1 let. a, art. 4 et annexe I).

Afin de faciliter aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse l'accès aux activités salariées et indépendantes et leur exercice, les parties contractantes sont obligées de prendre les mesures nécessaires, conformément à la directive n° 93/16 du Conseil du 5 avril 1993, concernant:

- a. la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, et
- b. la coordination des dispositions légales, réglementaires et administratives concernant l'accès aux activités salariées et non salariées et l'exercice de celles-ci ainsi que la prestation de services (art. 9 et annexe III ch. 4).

2.5 Les cas de discrimination des médecins généralistes formés en Suisse

Si le projet de loi fédérale sur la formation postgrade des professions médicales maintient l'exigence d'un titre de spécialiste pour pratiquer la médecine générale de manière indépendante en Suisse et que le Conseil fédéral fixe, comme dans la réglementation actuelle de la FMH, à cinq ans la formation conduisant à ce titre de spécialiste, la ratification du projet d'accord avec la Communauté européenne entraînerait une discrimination pour les médecins généralistes formés en Suisse. Ces personnes devraient en effet remplir des exigences nettement plus sévères pour ouvrir un cabinet que les personnes qui viendraient pratiquer en Suisse en étant titulaires d'un diplôme en médecine générale délivré par un Etat membre de l'Union européenne: non seulement leur formation postgrade serait de cinq ans alors que l'accord avec la Communauté européenne permettrait à des médecins généralistes européens de venir pratiquer en Suisse après une formation postgrade de deux ou trois ans, mais encore les personnes formées en Suisse n'obtiendraient le titre de spécialiste qu'après la réussite d'un examen final tandis qu'un médecin généraliste titulaire d'un diplôme délivré par un Etat membre de l'Union européenne pourrait automatiquement, à l'échéance de la durée de formation, obtenir le diplôme correspondant sans passer d'examen.

Là-dessus se grefferait une seconde discrimination: les titulaires d'un diplôme européen seraient en droit d'utiliser en Suisse le titre suisse correspondant, à savoir celui de spécialiste en médecine générale, sans avoir suivi une formation postgrade aussi poussée[16]. La Confédération sera en effet obligée de notifier à la Commission européenne le diplôme qui sanctionne en Suisse la formation spécifique en médecine générale et qui habilite à pratiquer la médecine générale à charge des assurances sociales[17]. Or, seul un diplôme qui permet de pratiquer aussi bien comme indépendant que comme employé remplirait les exigences de la directive n° 93/16[18].

3. Constitutionnalité de la discrimination

3.1 Prise en considération de faits régis par le droit international

Si, d'une part, le projet d'accord avec la Communauté européenne aboutit et est ratifié par la Suisse et que, d'autre part, le législateur fédéral adopte la loi sur la formation postgrade, l'accès à la profession de médecin généraliste sera

régi tant par des règles internationales que par du droit interne. Ces sources distinctes de la réglementation applicable posent problème lors de l'examen de la constitutionnalité de l'un de ces groupes de règles. Doit-on examiner chacun de ces groupes de règles pour lui-même ou bien doit-on prendre en considération l'ensemble de la réglementation applicable? Cette question fait encore l'objet de controverses dans les pays de l'Union européenne en raison de la nature supranationale des règles communautaires[19].

En Suisse, toutefois, le droit international et le droit interne forment un ordre juridique uniforme. Les traités internationaux font partie intégrante de l'ordre juridique suisse[20]. Cela vaut non seulement pour les traités eux-mêmes, mais également pour les actes normatifs étrangers auxquels ces traités se réfèrent. Le projet d'accord avec la Communauté européenne est un traité international qui, dans le domaine de la libre circulation des personnes, entraîne de l'avis de l'Office fédéral de la justice (OFJ) une certaine unification du droit. Cet accord ne crée en Suisse aucun ordre juridique distinct. Or, les droits fondamentaux de la Constitution fédérale s'imposent dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse[21]. Peu importe donc que la situation juridique examinée soit régie par du droit interne adopté souverainement par la Suisse, par du droit interne qu'un accord international prédétermine intégralement ou par un traité international applicable directement. Il est également sans importance qu'une discrimination résulte d'un même acte législatif, de deux actes législatifs distincts ou de sources normatives différentes.

Autrement dit, la constitutionnalité d'une discrimination peut donc être contrôlée non seulement lorsque celle-ci résulte de normes internes mais aussi lorsqu'elle découle de la conjonction d'une norme interne avec une norme de droit communautaire directement applicable en vertu d'un accord avec la Communauté européenne. Il faut toutefois relever que ce pouvoir de contrôle n'implique pas nécessairement le pouvoir de sanctionner une inconstitutionnalité, eu égard notamment au principe de la primauté du droit international.

3.2 Liberté économique

3.2.1. Restriction

La liberté économique (art. 31 Cst.) protège le libre accès à la profession aussi bien pour les indépendants que pour les salariés[22]. En exigeant un titre de spécialiste et une formation postgrade de cinq ans pour pouvoir exercer de manière indépendante la profession de médecin, y compris pour la médecine générale, la Confédération limiterait l'accès à la profession de médecin et donc restreindrait la liberté économique des titulaires de diplômes fédéraux en médecine.

Cette restriction se fonderait sur la compétence fédérale de l'art. 33 et l'art. 31^{bis} al. 2 Cst. Comme elle demeurerait conforme au principe de la liberté économique, elle est soumise aux conditions constitutionnelles suivantes: reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public pertinent et respecter le principe de la proportionnalité.

3.2.2 Base légale

Le projet de loi sur la formation postgrade fixe le principe de l'exigence d'un titre de spécialiste pour l'octroi d'une autorisation cantonale de pratiquer et donc pour exercer la profession de médecin de manière indépendante[23]. Cela signifie d'une part que le régime d'autorisation cantonale sera dorénavant imposé par le droit fédéral et d'autre part que la condition principale de ce régime d'autorisation sera à l'avenir déterminée par la législation fédérale. Le projet de loi fédérale ne règle toutefois pas complètement cette condition. Il délègue en effet au Conseil fédéral la compétence de déterminer séparément pour chaque titre de spécialiste la durée de la formation postgrade nécessaire pour se présenter à l'examen final en vue d'obtenir le titre de spécialiste, tout en fixant une durée minimale de deux ans; quant à la durée maximale, elle est «en règle générale» de cinq ans, ce qui permettrait au Conseil fédéral de prévoir une durée de formation postgrade plus longue pour certains titres isolés[24].

La prescription d'un régime d'autorisation pour l'exercice d'une profession est une atteinte grave à la liberté économique et requiert une base légale formelle. Cela n'exclut toutefois pas que la loi formelle se limite à définir les grandes lignes de la restriction et délègue au gouvernement le soin de régler les détails[25]. En l'occurrence, le projet de loi règle lui-même le principe de la restriction à la liberté économique. Certes, la durée de la formation postgrade nécessaire pour obtenir le titre de spécialiste est un facteur important pour déterminer l'intensité de l'atteinte. Une délégation législative au Conseil fédéral est néanmoins admissible pour autant que la loi fixe un cadre assez précis. Dans cette perspective, on peut sérieusement douter que le principe de la légalité soit respecté si le Conseil fédéral reçoit carte blanche pour fixer une durée supérieure à cinq ans dans des cas particuliers. Une disposition légale qui fixerait une limite absolue ou qui énoncerait les facteurs susceptibles de justifier une exception paraît à tout le moins souhaitable. Il n'est cependant pas nécessaire de trancher en l'espèce, car la formation postgrade en médecine générale ne ferait certainement pas partie des cas particuliers justifiant une durée supérieure à cinq ans.

Quant aux autres conditions d'obtention du titre de spécialiste (étapes de la formation postgrade, domaine d'examen, etc.), elles relèvent de l'avis de l'OFJ des questions de détails que le législateur peut déléguer à une instance inférieure.

Cela étant, l'OFJ est d'avis que la condition de la base légale serait respectée si le projet de loi fédérale introduisait l'exigence d'un titre de spécialiste et si le Conseil fédéral fixait dans son ordonnance à cinq ans la durée de la formation postgrade nécessaire pour obtenir le titre de spécialiste en médecine générale.

3.2.3 Intérêt public

L'exigence d'un titre de spécialiste vise à encourager un approvisionnement médical de qualité en imposant un haut niveau de qualification pour les médecins pratiquant sous leur propre responsabilité[26]. En somme, il s'agit de mieux protéger les patients en fournissant une formation approfondie aux médecins indépendants auxquels ces patients sont susceptibles de faire appel. C'est là clairement un intérêt public pertinent.

3.2.4 Proportionnalité

Si l'on prend comme référence le but déclaré d'encourager un approvisionnement médical de qualité, la restriction envisagée est incontestablement *apte* à atteindre ce but. Une formation postgrade assez poussée et un contrôle final contribuent à améliorer la qualification des fournisseurs de prestations médicales. En revanche, l'aptitude à réaliser le but implicite de mieux protéger les patients est contestable si le législateur limite la portée de la restriction en permettant à d'autres médecins généralistes de pratiquer de manière indépendante sans avoir le même degré de qualification, que ce soit parce qu'ils viennent avec un diplôme européen conforme à la directive n° 93/16 ou parce qu'il s'agit de médecins déjà installés qui pourront continuer à exercer de manière indépendante sans titre de spécialiste en vertu d'une disposition transitoire du projet de loi. L'inaptitude de la restriction à atteindre le but implicite est d'autant plus évidente si l'on prend en considération que les clients ne seront pas en mesure de distinguer les médecins généralistes formés en Suisse puisque l'accord avec la Communauté européenne impliquera que le titre fédéral de spécialiste en médecine générale pourra être utilisé en Suisse aussi par les titulaires d'un diplôme communautaire, bien que leur formation postgrade soit moins poussée.

La condition de la *nécessité* de la mesure envisagée présuppose qu'aucune mesure moins restrictive ne peut atteindre le but recherché.

Vue sous l'angle du but implicite de protection des patients, l'exigence d'un titre de spécialiste en médecine générale (qui sanctionnerait une formation postgrade de cinq ans et la réussite à un examen final) ne peut pas être considérée comme nécessaire si la Suisse admet par ailleurs que des médecins généralistes européens dotés d'une formation postgrade nettement moins poussée puissent venir pratiquer comme indépendants sur son territoire. L'intégration de la directive n° 93/16 dans le projet d'accord avec la Communauté européenne démontre que la Suisse n'estime pas que la santé de sa population sera mise en danger à l'avenir par des médecins généralistes ayant suivi une formation postgrade limitée aux standards minimaux fixés par cette directive.

Le but explicite d'encourager un approvisionnement médical de qualité est difficile à mettre en œuvre dans l'optique de la condition de la nécessité, car il s'agit d'un but ouvert: le degré de formation postgrade nécessaire dépend du niveau de qualité d'approvisionnement médical que la collectivité publique entend obtenir à un moment donné. Autrement dit, si l'on examine le projet de loi sur la formation postgrade pour lui-même, l'exigence d'un titre de spécialiste est nécessaire pour atteindre le haut niveau de qualité poursuivi. Le problème est qu'en cas de ratification du projet d'accord avec la Communauté européenne, la Suisse fixerait déjà comme suffisant un niveau inférieur de qualité de l'approvisionnement en matière de médecine générale. Au regard de ce niveau-ci, une formation postgrade de cinq ans n'apparaît plus comme nécessaire pour un approvisionnement médical de qualité. Or, dans la mesure où la qualité de l'approvisionnement médical de la population est déterminée par la totalité des fournisseurs de prestations, le législateur fédéral ne saurait viser simultanément deux niveaux différents de qualité d'approvisionnement pour une même catégorie de fournisseurs de prestations[27].

Une restriction à la liberté économique doit aussi respecter la condition de la *proportionnalité au sens étroit*. Il faut donc que l'intensité de l'atteinte demeure dans une relation soutenable par rapport au but poursuivi. L'exigence d'une formation postgrade de cinq ans pour pouvoir exercer la médecine générale de manière indépendante est une restriction importante de la liberté économique, car elle empêche les titulaires d'un diplôme fédéral de médecin de s'installer comme indépendant pendant de nombreuses années. Si le niveau minimal de qualité d'approvisionnement médical que l'Etat doit assurer est fixé à celui susceptible d'être atteint avec les médecins généralistes qui s'installeraient en Suisse grâce à l'accord avec la Communauté européenne, l'exigence d'une formation postgrade de cinq ans apparaît disproportionnée.

On pourrait être tenté de défendre la proportionnalité de la restriction en avançant qu'une qualification supérieure peut constituer un avantage professionnel et économique dans les pays membres de l'Union européenne qui connaissent une formation de deux ans pour la médecine générale. Certes, une personne titulaire d'un titre suisse de spécialiste en médecine générale pourrait aussi employer celui-ci à l'étranger[28]. Un tel avantage ne rend toutefois pas nécessaire l'exigence d'une formation postgrade de cinq ans pour exercer la médecine générale de manière indépendante en Suisse. L'objectif d'améliorer la position concurrentielle sur le marché européen des médecins généralistes formés en Suisse pourrait en effet être atteint par une mesure moins restrictive, à savoir en faisant du titre de spécialiste en médecine générale un titre supplémentaire qui n'est pas nécessaire pour pratiquer en Suisse, mais qui peut être obtenu à l'issue d'une formation complémentaire plus poussée.

Que le projet d'accord avec la Communauté européenne fasse perdre à l'exigence d'une formation postgrade de cinq ans son caractère nécessaire et la rende disproportionnée ne signifie pas que seule une formation répondant aux conditions minimales des art. 30 et suivants de la directive n° 93/16 serait nécessaire et proportionnelle au regard de la liberté économique. Derrière l'octroi de diplômes, il y a une certaine image de marque du pays qui est en jeu. Le législateur peut dès lors aussi veiller à la réputation de la formation médicale en Suisse. Si ce facteur ne justifie pas l'exigence d'une

formation deux fois et demi plus longue, il laisse quand même au législateur une certaine marge de manœuvre. L'OFJ n'aurait ainsi aucune hésitation à considérer l'exigence d'un examen final comme une restriction nécessaire et proportionnelle malgré que la directive susnommée ne prévoie pas cette condition. De même, l'OFJ serait prêt à admettre que la réputation de la formation médicale en Suisse rend nécessaire et proportionnelle une durée un peu plus longue que celle fixée comme seuil minimal par la directive, par exemple trois ans.

3.3 L'égalité entre concurrents (art. 31 Cst.)

L'égalité entre concurrents complète la liberté économique et offre une protection contre les mesures étatiques dites de police économique qui faussent la concurrence en favorisant ou en désavantageant certains concurrents et qui ne reposent pas sur une différence de fait pertinente au regard du but poursuivi par la mesure[29]. Selon la jurisprudence récente, cet aspect de l'égalité est garanti par l'art. 31 Cst. et non pas par l'art. 4 Cst.[30].

L'égalité entre concurrents est accordée uniquement aux concurrents directs, à savoir aux personnes qui appartiennent à une même branche et qui s'adressent au même public avec la même offre afin de couvrir les mêmes besoins[31]. Dans le contexte de la formation des médecins généralistes, le marché en cause est celui des praticiens en médecine générale qui exercent de manière indépendante. Seuls peuvent donc se prévaloir de l'égalité entre concurrents les médecins généralistes déjà installés comme indépendants.

Une discrimination dans la réglementation de l'accès à la profession ne fausse pas nécessairement pour autant la concurrence entre les participants du marché en cause. La durée de la formation nécessaire pour accéder au même marché n'est en effet pas un facteur qui influe directement sur la situation concurrentielle. On ne saurait ainsi déduire de l'égalité entre concurrents une obligation pour l'Etat de veiller à ce que l'accès à un marché donné soit soumis à des conditions uniformes qui mettent tous les concurrents au même niveau. En revanche, une réglementation étatique qui empêche de communiquer au public une différence considérable dans les qualifications des acteurs du marché n'est pas neutre, mais favorise les concurrents les moins bien formés.

En l'espèce, si l'idée était maintenue d'exiger une formation postgrade de cinq ans et un titre de spécialiste pour pratiquer de manière indépendante la médecine générale, et si les personnes dotées d'un diplôme délivré par un Etat membre de l'Union européenne après une formation postgrade de deux ans pouvaient non seulement s'installer en Suisse comme indépendants mais aussi utiliser le titre suisse correspondant, c'est-à-dire le titre de spécialiste en médecine générale[32], les clients potentiels ne seraient donc pas en mesure de différencier entre un médecin généraliste doté d'une formation postgrade minimale et un autre qui a suivi une formation nettement plus approfondie. Cette apparence identique crée une égalité artificielle entre concurrents. Or, tout comme l'égalité dans la loi[33], l'égalité entre concurrents doit être comprise comme exigeant aussi un traitement distinct de situations différentes. Dans la mesure où la durée de la formation postgrade est un facteur déterminant pour l'octroi du titre qui ouvre l'accès à la profession, l'Etat ne saurait traiter de la même façon - c'est-à-dire accorder la possibilité

d'utiliser ce titre - des personnes qui bénéficient d'une formation beaucoup plus courte - sauf bien sûr si le niveau moindre de formation postgrade est compensé par d'autres facteurs tels que l'expérience professionnelle. Lorsque la formation de certains concurrents est nettement plus approfondie que celle des autres concurrents, le législateur doit donc permettre à ceux-là de faire connaître leur qualification supérieure à la clientèle potentielle. Certes, au bout de quelques années, une telle différence de formation initiale perd de son importance par rapport aux connaissances acquises au travers de la pratique et de la formation continue. Il n'empêche qu'une concurrence non faussée est essentielle aussi au début de l'activité d'indépendant, lors de la création d'une clientèle habituelle.

En conclusion, l'Etat viole la garantie de l'égalité entre concurrents s'il exige une formation postgrade de cinq ans pour les médecins généralistes formés en Suisse tout en accordant le droit d'employer le titre de spécialiste sanctionnant cette formation approfondie à des personnes qui ont suivi une formation postgrade nettement plus courte.

4. Alternatives à la discrimination

L'examen qui précède a conduit l'OFJ à constater que, au cas où la Suisse ratifierait le projet d'accord avec la Communauté européenne, l'art. 31 Cst. ne permettrait plus au législateur fédéral d'exiger une formation postgrade de cinq ans pour exercer la médecine générale de manière indépendante. Il faut toutefois relever que le projet de loi sur la formation postgrade énonce uniquement l'exigence d'un titre de spécialiste pour obtenir l'autorisation cantonale de pratiquer et qu'elle laisse au Conseil fédéral le soin de fixer la durée de la formation nécessaire pour l'obtention des différents titres de spécialiste entre deux et cinq ans. Cela étant, il existe deux possibilités:

- soit on maintient l'exigence d'un titre de spécialiste pour pratiquer en Suisse la médecine générale de manière indépendante; dans ce cas, le Conseil fédéral serait obligé par la Constitution, lorsqu'il fixerait dans son ordonnance la durée de la formation postgrade nécessaire pour obtenir le titre de spécialiste en médecine générale, de rabaisser cette durée à deux ou trois ans;
- soit on renonce à l'exigence d'un titre de spécialiste pour pratiquer la médecine générale de manière indépendante et on crée un diplôme particulier susceptible d'être obtenu après une formation postgrade de deux ou trois ans (avec ou sans examen final); dans cette hypothèse, il serait possible de conserver un titre de spécialiste en médecine générale qui pourrait être obtenu après une formation postgrade plus approfondie qui s'apparenterait à celle requise actuellement par

la FMH. Cette solution se rapprocherait de celle choisie en Allemagne, en Suède et en Finlande.

5. Résumé

Si le projet d'accord avec la Communauté européenne est ratifié, le législateur fédéral ne sera plus libre de réglementer l'exercice des professions médicales comme bon lui semble. Non seulement les règles internes devront être compatibles avec la réglementation communautaire reprise dans cet accord, mais la Constitution fédérale limitera dans une certaine mesure la possibilité d'édicter des règles plus strictes pour les personnes soumises au seul droit interne. En l'occurrence, l'exigence d'une formation postgrade de cinq ans pour pouvoir exercer la médecine générale de manière indépendante apparaît disproportionnée et viole la liberté économique si la Confédération s'engage à accorder cette possibilité aux titulaires de diplômes délivrés par les Etats membres de l'Union européenne bien que leur formation postgrade s'élève à deux ou trois ans. Par ailleurs, l'exigence de cette formation postgrade de cinq ans créerait une inégalité entre concurrents prohibée par la Constitution puisque le projet d'accord avec la Communauté européenne permettrait aux titulaires de diplômes en médecine générale délivrés par les Etats membres de l'Union européenne de se prévaloir du même titre que les personnes formées en Suisse bien qu'ils aient suivi une formation nettement plus courte.

[1] Voir notamment: Astrid Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen: Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Cologne 1995, pp. 17 ss, avec de nombreuses références.

[2] Projet 1996 de mise à jour: «Selon [le] principe [de non-discrimination] aucun fait ne peut justifier qu'on traite différemment un groupe de personnes quand ce fait est pris comme motif pour le déprécier.» FF 1997 I 144. Voir aussi U. Häfelin & W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3^e éd. 1993, n. 1561b et 1634 ss.; J. P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2^e éd. 1991, pp. 217 s.

[3] En Allemagne: Christoph Hammerl, Inländerdiskriminierung, Berlin 1997. En Autriche: Alexander Balthasar, «Inländerdiskriminierung» in der EU nach dem EG-Vertrag und aus österreichischer Sicht, Zeitschrift für öffentliches Recht, 53 (1998), 143-216.

[4] Cf. A. Balthasar (note 3), p. 145 note 2.

[5] Publiée au Journal officiel des Communautés européennes (JOCE) n° L 165 du 7 juillet 1993, p. 1 et modifiée depuis à plusieurs reprises.

[6] La liste des dénominations des diplômes de médecin généraliste couverts par la directive n° 93/16 est parue dans le JOCE sous la référence 96/C 393/04. Cela va du «Zeugnis über die spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin» (Allemagne) au «Titulo de especialista en medicina familiar y comunitaria» (Espagne) en passant par le titre de «Arzt für Allgemeinmedizin» (Autriche).

[7] France, Italie, Belgique et Finlande.

[8] Exception: 3 ans et demi au Danemark.

[9] Finlande: 4 ou 6 ans; Allemagne: 1 ans; Suède: 4 ans.

[10] Article premier de la loi du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse (RS 811.11).

- [11] BE: Loi sur la santé publique, art. 16; BL: Gesundheitsgesetz § 12 al. 2; GE: Loi sur les professions de la santé, art. 6; JU: loi sanitaire, art. 51; NW: Gesetz über das Gesundheitswesen, art. 17 al. 2; UR: Gesetz über das Gesundheitswesen, art. 9 al. 3; VD: Loi sur la santé publique, art. 78; ZH: Gesundheitsgesetz, § 8 al. 1; ZG: Gesetz über das Gesundheitswesen, § 18 al. 2.
- [12] AG: Gesundheitsgesetz, § 17 al. 1 2^e phr. et al. 3; AI: Gesundheitsgesetz, art. 2 al. 2, art. 11 ss; BL: Gesundheitsgesetz, § 12 al. 4; BS: Medizinalpersonengesetz, § 1 let. c et d; JU: loi sanitaire, art. 49; LU: Gesundheitsgesetz § 27 al. 2; TI: Legge sanitaria, art. 57; UR: Gesetz über das Gesundheitswesen, art. 10; VD: Loi sur la santé publique, art. 91 al. 1 let. b et c et al. 2; ZH: Gesundheitsgesetz, § 8 al. 2, § 16 al. 2; ZG: Gesetz über das Gesundheitswesen, § 19.
- [13] Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) art. 36 al. 1; O du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102) art. 38 al. 1.
- [14] Par ex.: FR: Loi sur la police de santé, art. 42; SG: Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe, art. 6; ZH: Verordnung über die Ärzte, § 13.
- [16] Art. 38 de la directive n° 93/16.
- [17] Art. 30, 36, 37 et 41 de la directive n° 93/16.
- [18] Voir aussi l'avant-dernier considérant de la directive: celle-ci s'applique aussi bien aux médecins salariés qu'aux médecins exerçant leur activité de manière indépendante.
- [19] Voir par exemple A. Balthasar (note 3), pp. 203 ss.
- [20] FF 1997 I 136 s.; [JAAC 53.54](#).
- [21] Cf. projet 96 de mise à jour de la Constitution, art. 31 al. 1 (= art. 35 al. 1 de la Constitution mise à jour du 18 décembre 1998, FF 1999 I 182, note de la rédaction).
- [22] R. Rhinow, Art. 31, in: Commentaire de la Constitution fédérale, n. 77 s. avec d'autres références.
- [23] Art. 18 du projet de loi.
- [24] Art. 16 du projet de loi.
- [25] [ATF 122 I 130](#), 134.
- [26] Cf. art. 1 du projet de loi.
- [27] Dans un arrêt non publié du 8 juin 1990 concernant l'ancienne réglementation vaudoise qui exigeait une thèse pour accéder au barreau, le Tribunal fédéral a déclaré cette exigence proportionnelle au regard des spécificités de la formation des juristes à l'Université de Lausanne. Il n'a toutefois fourni aucune explication sur les raisons qui l'ont poussé à écarter l'argument avancé par le recourant selon lequel la nécessité de la thèse est mise en cause par la possibilité qu'ont les licenciés en droit vaudois d'aller obtenir un brevet dans un autre canton romand avant de revenir s'installer dans le canton de Vaud sans avoir de thèse (Plaidoyer 3/1991, pp. 49 ss).
- [28] Art. 39 directive n° 93/16.
- [29] [ATF 121 I 279](#), 285 avec de nombreuses références à la jurisprudence et à la doctrine.
- [30] [ATF 121 I 129](#), 135. Pour une approche différente et un survol des positions doctrinales, cf. P. Schönbachler, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, thèse ZH, 1998, pp. 44 ss.

[31] ATF 124 II 193, 212; 121 I 279, 285. Critique à l'égard de cette définition: P. Schönbachler (note 29), pp. 196 ss.

[32] Art. 38 de la directive n° 93/16 et art. 9 du projet d'accord avec la Communauté européenne. Selon l'OFJ, si le certificat «formation postgraduée LAMal» ne donne pas accès en Suisse à l'exercice de la médecine générale comme indépendant, il ne saurait être annoncé à la Commission comme étant le diplôme suisse qui sanctionne la formation spécifique en médecine générale au sens des art. 30 et 41 de la directive susnommée.

[33] ATF 124 V 12, 15 avec d'autres références. Voir aussi J. P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1991, p. 219.

JAAC 63.36 - Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 15 décembre 1998

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1999
Année	
Anno	
Band	63
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 244

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.