Jean-Marc Guinchard
Polygone Consultants SA
Place Claparède 5
1205 Genève

Professeur Dominique Sprumont
Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel

Expertise portant sur la pertinence de la pro pharmacie¹ octroyée aux médecins en relation avec les dispositions légales actuelles (Loi sur les produits thérapeutiques, Loi sur l'assurance maladie et Loi sur les professions médicales)

Préambule :	1
Bref rappel historique de la législation sur la pro pharmacie en Suisse.....	2
1. La loi fédérale sur les produits thérapeutiques.....	3
2. La loi fédérale sur l'assurance maladie	4
Avis des partenaires	5
Les pharmaciens.....	5
Les médecins.....	5
Les assureurs.....	6
Remarques	6
L'initiative populaire sur les médicaments de 1999	7
La loi fédérale sur les professions médicales	9
Analyse	11
Conclusions.....	15

La question soulevée par le mandant est la suivante : « *pro pharmacie Art 36 Abs, 1 und 2 MedBG² pro pharmacie und pro pharmacie zur pro pharmacie von Heilmitteln (Selbstdispensation) oder behält es diese Tätigkeit – abgesehen von Notfällen oder der Unterversorgung – Apothekerinnen und Apotheker vor ?* »

Préambule :

¹ Le terme de "propharmacie" se traduit en allemand par "Selbstdispensation". Certains textes en français mentionnent l'expression de "dispensation de médicament" comme synonyme de "remise de médicament", mais il s'agit d'un germanisme. La notion de "remise de médicaments par le médecin" ne correspond d'ailleurs pas à celle de "propharmacie". En effet, dans les cantons où la vente de médicaments est interdite au médecin, celui-ci conserve le droit de remettre des médicaments en cas d'urgence ou pour initier le traitement prescrit. Le terme de "propharmacie" s'avère ainsi le plus exact et permet d'éviter toute confusion.

² Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), RS 811.11.

Le présent avis s'attachera dans un premier temps à décrire la situation actuelle, les positions des différents partenaires, puis d'explicitier dans ce contexte les différentes dispositions légales en vigueur, en particulier concernant la *pro pharmacie*.

Bref rappel historique de la législation sur la pro pharmacie en Suisse

Par pro pharmacie, il faut comprendre ici le fait pour un médecin ou un professionnel de la santé autre qu'un pharmacien ou un droguiste (par exemple un chiropraticien ou une sage-femme) de vendre directement des médicaments à ses patients alors qu'en principe la remise de médicaments n'est autorisée qu'en pharmacie ou en droguerie. Si nous traiterons ici de la situation actuelle, la question de la pro pharmacie n'est cependant pas nouvelle. Sans remonter au premier Concordat intercantonal sur le contrôle des médicaments de 1900, il convient de constater que la répartition des compétences entre autorités fédérales et cantonales que l'on connaît aujourd'hui en la matière était déjà la règle.

Ainsi, le Règlement d'exécution de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 25 mai 1972³ précise à son article 16 al. 2 concernant les modes de ventes de médicaments :

On entend par pharmacies, les pharmacies publiques et les pharmacies privées autorisées par le droit fédéral et le droit cantonal.

L'expression de pharmacie privée se retrouve en droit cantonal pour désigner soit un médecin⁴, soit un vétérinaire⁵. On peut ainsi en déduire que la disposition susmentionnée traite bien de la pro pharmacie. Selon les cantons, une telle pratique peut être interdite, sous réserve de certaines exceptions, ou autorisée. Des cantons, comme Berne ou Zurich, ont adopté un régime plutôt favorable aux médecins⁶, alors que les cantons romands ont développé une politique restrictive dans ce domaine.

Le message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits

³ Etat au 18 mai 1995. Ce règlement, établi par l'Office intercantonal de contrôle des médicaments, a été aboli par l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPTh) le 1^{er} janvier 2002.

⁴ Voir par exemple la Loi sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP) du canton de Berne (RSB 811.01), art. 31 et 32. <http://www.sta.be.ch/belex/f/>

⁵ Voir par exemple, pour le canton de Neuchâtel, l'art. 35 du Règlement sur l'exploitation des pharmacies, la fabrication et le commerce des agents thérapeutiques, du 15 février 1984, RSN 804.10, http://rsn.ne.ch/ajour_52/default.html RSN, 1999/3, mise à jour au 31 octobre 1999.

⁶ Voir note précédente et Heidi BÜRGI, ad Art 24 Heilmittelgesetz, in : THOMAS EICHENBERGER, URS JAISLI ET PAUL RICHLI, *Basler Kommentar : Heilmittelgesetz*, Bâle ; Genève ; Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2006, p. 231, § 15.

thérapeutiques, LPT) du 1^{er} mars 1999⁷ s'exprime à plusieurs reprises sur la pro pharmacie en indiquant notamment que « La réglementation de la pro pharmacie (remise de médicaments par le médecin traitant) demeurera du ressort des cantons. »⁸ De même, il est mentionné dans le commentaire de l'article 24 de la loi, que la pro-pharmacie est déjà réglée par les articles 35 à 38 de la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal)⁹. Le message précise à ce sujet : « La *pro-pharmacie* (c.-à-d. la vente directe de médicaments par le médecin traitant) ne saurait être régie par la présente loi, dont le but est la protection de la santé de l'homme et des animaux (cf. art. 1). Ce type de remise a sans doute des effets sur les coûts de la santé, mais les avis divergent à ce propos. En tout état de cause il n'y a aucune raison que la Confédération règle cette matière dans la présente loi, des éléments de réglementation étant déjà posés par la loi sur l'assurance-maladie (*let. b*). »¹⁰

1. La loi fédérale sur les produits thérapeutiques

La disposition de la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPT)¹¹, modifiée en 2007 (FF 2000 2245) pertinente dans le domaine qui nous occupe est l'article 24.

La formulation de l'article 24, si elle ne faisait pas partie du projet initial du Conseil Fédéral, a été ajoutée en plénum du Conseil National sur proposition de la Commission de la santé et de la Sécurité sociale du Conseil National (CSSS-N Bulletin Officiel 2000 N 107).

Il avait la teneur suivante :

Art. 24 Remise de médicaments soumis à ordonnance

1 Sont habilités à remettre des médicaments soumis à ordonnance:

a. les pharmaciens, sur ordonnance médicale et, dans des cas exceptionnels justifiés, sans ordonnance médicale;

*b. toute autre personne exerçant une profession médicale, conformément aux dispositions sur la pro pharmacie;*¹²

c. tout professionnel dûment formé, sous le contrôle d'une personne visée aux let, a et b.

⁷ Feuille fédérale (FF) 1999, p. 3151.

⁸ FF 1999, p. 3278.

⁹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10.

¹⁰ FF 1999, p 3207.

¹¹ Recueil systématique (RS) 812.21.

¹² Nous soulignons.

...

L'ajout voulu par le législateur démontre que le débat sur le sujet n'a pas laissé indifférent, qu'une majorité du Parlement souhaitait mettre en exergue l'importance de cette activité et confirmer la compétence des cantons, même si le message du Conseil fédéral était déjà clair à ce propos, comme nous l'avons vu plus haut¹³.

2. La loi fédérale sur l'assurance maladie

Les dispositions de la LAMal, en particulier ses articles 35 à 40, fixent au niveau fédéral les conditions auxquelles les « fournisseurs de prestations » peuvent être admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins et, par conséquent, voir leurs prestations remboursées par l'assureur.

L'article 37 al. 3 LAMal règle plus précisément le cas des médecins autorisés à vendre des médicaments :

Art. 37 Pharmaciens

1 Sont admis les pharmaciens titulaires du diplôme fédéral et d'une formation postgraduée reconnue par le Conseil fédéral.

2 Le Conseil fédéral règle l'admission des pharmaciens titulaires d'un certificat scientifique équivalent.

3 Les cantons fixent les conditions auxquelles les médecins autorisés à tenir une pharmacie¹⁴ sont assimilés aux pharmaciens. Ils tiennent compte en particulier des possibilités d'accès des patients à une pharmacie.

On voit que, comme par le passé, l'exercice de la pro pharmacie est déléguée aux cantons qui gardent la faculté de prévoir à quelles conditions les médecins peuvent tenir une pharmacie et, dans quelle mesure ils peuvent à cet égard être assimilés à des pharmaciens. L'article 37 LAMal précise toutefois que les cantons tiennent compte, ce faisant, des *possibilités d'accès* des patients à une pharmacie.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'interprétation donnée à la notion d'accès et de proximité d'une officine de pharmacien, au profit du patient,

¹³ Message [du Conseil fédéral] concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, FF 1999, p. 3207 et 3278 notamment. Voir aussi Heidi BÜRGI, ad Art 24 Heilmittelgesetz, in : THOMAS EICHENBERGER, URS JAISLI ET PAUL RICHLI, *Basler Kommentar : Heilmittelgesetz*, Bâle ; Genève ; Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2006, p. 227-232..

¹⁴ Nous soulignons.

donne lieu à des situations pratiques sensiblement différentes d'un canton à l'autre :

- treize cantons autorisent leurs médecins à pratiquer la pro pharmacie (AI, AR, BL, GL, LU, OW, NW, SG, SO, SZ, TG, UR et ZG),
- neuf cantons interdisent strictement et expressément la pro pharmacie aux médecins (AG, BS, FR, GE, JU, NE¹⁵, TI, VD et VS),
- enfin, quatre cantons appliquent des systèmes mixtes (BE, GR, SH et ZH).

Avis des partenaires

Trois partenaires sont concernés par cette problématique et ne manquent pas de faire valoir leurs avis. Il s'agit des pharmaciens, des médecins et des assureurs. En ce qui concerne la position des patients, celle-ci reste plutôt anecdotique et a peu d'incidence pour notre analyse.

Le débat actuel fait rage d'autant plus que les pharmaciens réclament de plus en plus le droit, non seulement de préparer et de remettre les médicaments, mais également celui de les prescrire. Notons qu'il s'agit là certainement d'une tactique anticipative.

Les pharmaciens

Les arguments de la profession sont de deux ordres. Le premier s'attache à la qualité des prestations, notamment par l'application du principe dit du « double contrôle » (Vieraugenprinzip), qui permet au pharmacien de vérifier l'ordonnance établie par le médecin, notamment quant aux interactions médicamenteuses. Il est d'ailleurs aidé en cela par des moyens techniques et informatiques mis à sa disposition par son organisation professionnelle, ce qui garantit une plus grande précision. L'argument économique, quant à lui, tient au fait que l'incitation financière à augmenter la prescription des médicaments est pratiquement nulle chez le pharmacien.

Les médecins

¹⁵ Pour Neuchâtel par exemple, en remplacement du règlement cité plus haut, le *Règlement sur les produits thérapeutiques, les pharmacies et les drogueries*, du 18 octobre 2006, RSN 804.10, ne traite simplement plus des pharmacies privées pour vétérinaires. C'est l'art. 21 du *Règlement concernant l'exercice des professions médicales et des autres professions de la santé*, du 2 mars 1998 RSN 801.100, qui soumet le vétérinaire à autorisation.

Les arguments de la profession sont également de deux ordres. Dans un premier temps, c'est le confort du patient qui est invoqué, au même titre que celui dont il bénéficie lorsqu'il peut effectuer ses analyses de laboratoire chez son médecin traitant. Le deuxième argument est aussi d'ordre économique puisque les médecins estiment que les coûts des médicaments à charge sont beaucoup plus élevés dans les cantons qui n'autorisent pas la pro pharmacie. Sans vouloir entrer dans les batailles de chiffres, nous reviendrons plus bas sur cet aspect.

Les assureurs

Santésuisse, organisation faîtière des assureurs, n'est pas en mesure pour l'instant, en fonction des données disponibles, de déterminer quels sont les canaux de distribution les plus économiques pour les médicaments. En revanche, elle souhaite placer les médecins dispensant sur le même plan que les pharmaciens et leur imposer, par le biais des cantons, des conventions à conclure avec les assureurs afin d'être sur un pied d'égalité avec les pharmaciens. Elle rappelle en revanche que tout rabais, ou un prix inférieur facturé doit être au bénéfice du patient.

Remarques

On peut rappeler ici que les pharmaciens, à teneur des diverses législations cantonales, sont soumis à des prescriptions relativement sévères portant en particulier sur la sécurité et la salubrité des locaux, l'assortiment et le stock de médicaments et les horaires d'exploitation. Ils sont en outre régulièrement inspectés et les ordonnances, ainsi que la façon dont elles ont été honorées, font l'objet d'une attention particulière de la part du pharmacien cantonal.

Les médecins, et plus spécifiquement ceux qui sont installés en pratique privée, non intégrés à un établissement médical, ne supportent guère les mêmes contraintes, surtout au niveau des inspections de l'autorité sanitaire. On constate donc une inégalité de traitement entre ces deux professions, et le coût des infrastructures à charge du pharmacien est largement supérieur à celui supporté par le médecin dispensant.

Il manque dès lors un certain nombre de paramètres si l'on voulait parvenir à une situation de réelle concurrence entre deux professions remettant des médicaments. La voie des conventions, prônée par Santésuisse, mettant en exergue des principes de qualité et de contrôle supplémentaires, serait un premier pas, mais ne résoudrait cependant pas tous les problèmes d'égalité de traitement.

Il est de plus utile de rappeler que les critères de proximité et d'accessibilité d'une officine pour le patient – condition posée à l'exercice de la pro pharmacie par l'article 37 alinéa 3 LAMal – font l'objet d'interprétations fort variées et ne résistent pas à une analyse concrète et critique. Ils semblent d'ailleurs plus tenir de motifs historiques et de luttes de pouvoirs¹⁶, quand il ne s'agit pas d'intérêts purement financiers, que d'une application stricte et cohérente des critères posés par la LAMal.

À titre de comparaison, le 13 janvier 2004, un projet de loi modifiant l'article L-4211-3 du code français de la santé publique, déposé devant le Sénat, relevait qu'à cette époque, on dénombrait 118 autorisations d'exercer la pro pharmacie. Les auteurs de la modification proposée signalaient que certaines autorisations subsistaient quand bien même l'offre d'officines était devenue suffisante. Le décalage avec la situation dans certains cantons suisses est flagrant.

L'initiative populaire sur les médicaments de 1999

L'initiative populaire «pour un approvisionnement en médicaments sûr et axé sur la promotion de la santé (Initiative sur les médicaments)»¹⁷, déposée à la Chancellerie fédérale le 21 avril 1999, prévoyait d'ajouter à la Constitution un nouvel alinéa 1bis à l'art.69bis, al. 1bis, ancienne Constitution (aCst.), correspondant à l'art. 118, al. 3, nouvelle Constitution (nCst¹⁸.), selon lequel la Confédération aurait du régler les modalités de la commercialisation des médicaments, notamment la vente par correspondance, et leur dispensation individuelle. Elle demandait également que la dispensation des médicaments soit le fait de professionnels de la santé habilités à cet effet (médecins, pharmaciens, droguistes). Elle voulait en outre astreindre la Confédération à prévenir et à interdire toute incitation à une consommation inappropriée, excessive ou abusive de médicaments. A cet égard, le comité d'initiative considérait que, pour des considérations de politique de la santé, la concurrence sur le marché des médicaments devait impérativement être soumise à certaines restrictions et que la protection de la santé publique était plus importante que le libre jeu de la concurrence.

Sous le régime de l'ancien droit (aCst article 31 bis, alinéa 2, articles 69 et 69 bis), le Conseil fédéral n'était qu' « habilité » à édicter des prescriptions dans le domaine de l'utilisation des produits thérapeutiques, et ce dans un but de protection de la santé. L'initiative voulait « astreindre » le Conseil fédéral à édicter des normes concernant l'utilisation des produits thérapeutiques. Or, depuis le 1.1.2000, selon la

¹⁶ Voir à ce propos DOMINIQUE SPRUMONT ET GUILLAUME RODUIT, La législation sanitaire fribourgeoise : une législation en mouvement, RFJ, [n° spécial sur] le droit en mouvement, 2002, p. 329-349.

¹⁷ Voir à ce propos le Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 2000 relatif à cette initiative, FF 2000, p. 1964.

¹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

nouvelle Constitution (article 118, alinéa 2, let a nCst), la Confédération est tenue de légiférer dans les domaines des médicaments et des dispositifs médicaux. De plus, en 2000, la loi sur les produits thérapeutiques était devant le parlement et son contenu remplissait les objectifs que l'initiative voulait atteindre.

En recommandant le rejet de l'initiative¹⁹ sans contre-projet autre que la future LPT_h – considérée dès lors comme un contre-projet indirect – le Conseil fédéral insistait sur des normes de protection de la population de la population, se référait aux aspects concurrentiels et publicitaires, mais passait comme chat sur braises sur la pro pharmacie. Nous citons *in extenso* :

*« S'il est adopté par le Parlement, le projet de loi sur les produits thérapeutiques répondra aux revendications du comité d'initiative en ce sens qu'il pose le principe de l'interdiction de la vente par correspondance (art. 27 LPT), interdiction motivée par le fait que les médicaments ne sont pas des marchandises ordinaires. Des exceptions sont toutefois autorisées sous certaines conditions. L'interdiction de toute incitation à la consommation abusive de médicaments n'implique pas nécessairement celle de formes commerciales telles que la vente par correspondance **ou la pro pharmacie**, car il n'est pas prouvé que ces formes de remise aient nécessairement pour corollaire une consommation abusive de médicaments.*

L'objectif consistant à prévenir ou à interdire «toute incitation à une consommation inappropriée, excessive ou abusive de médicaments» existe lui aussi déjà, en substance, dans la Constitution fédérale en vigueur. Si elle était acceptée, l'initiative n'attribuerait pas de compétence supplémentaire à la Confédération, car elle ne fait qu'énoncer la compétence générale de celle-ci, définie à l'art. 118 nCst., de manière plus concrète et sous la forme d'un mandat de légiférer. Là encore, il y a lieu de peser les intérêts en jeu entre la protection de la santé et la liberté économique, ce que fait précisément le projet de loi sur les produits thérapeutiques en instituant des prescriptions nuancées en matière de publicité (art. 31 à 33 du projet de loi).

Le Conseil fédéral recommande de rejeter cette initiative sans lui opposer de contre-projet, étant donné que la Confédération a déjà la compétence de légiférer au sens de l'initiative, qu'une distinction nuancée doit être faite entre le maintien des acquis et la protection de la santé, que la compétence de légiférer en matière de commercialisation des médicaments n'implique pas l'obligation d'instituer un monopole, et que les revendications de l'initiative seront réalisées pour l'essentiel avec la mise en vigueur de la loi sur les produits thérapeutiques »²⁰.

¹⁹ FF 2000, p. 1966.

²⁰ FF 2000, p. 1966.

Le message du Conseil fédéral concernant l'initiative ne traite de la pharmacie en à peine plus d'une page, rappelant que celle-ci ne doit pas être gérée de façon centralisée, mais attribuée aux cantons qui en fixent les conditions conformément aux articles 24 LPT^h et 37 LAMal. Même si l'initiative était superfétatoire, les arguments développés dans le message paraissent faibles. En effet, le Conseil fédéral rappelle que « la compétence de légiférer en matière de commercialisation n'implique aucunement l'obligation de contrôler le marché... Il s'agit uniquement de réglementer l'exercice ses activités économiques lucratives privées ». (Article 31 bis aCst article 95, alinéa 1 nCst, Message relatif à la nouvelle LPT²¹). Belle appréciation vis-à-vis des initiants dont l'objectif était de considérer le médicament comme un « bien social »²².

La loi fédérale sur les professions médicales

Sont soumis à la loi fédérale sur les professions médicales²³ (LPMed) les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les vétérinaires et les chiropraticiens.

Dans son message²⁴ sur cette loi, le Conseil fédéral rappelle que ...« *la LPMed vise à garantir des soins médicaux de grande qualité tout en se fondant sur la définition globale de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). Elle attache une importance toute particulière à une pratique professionnelle (à titre indépendant) centrée sur les exigences de la santé individuelle et collective et la protection de la santé. La LPMed est axée sur les qualifications nécessaires à la pratique professionnelle. Ces dernières doivent, en effet, être assez vastes pour permettre au corps médical d'anticiper et de faire face aux rapides mutations survenant dans la recherche et l'enseignement ainsi qu'aux nouvelles données sociodémographiques. Outre les connaissances, aptitudes et capacités techniques, la formation abordera tout particulièrement les aspects psychosociaux et éthiques. La gestion économique des prestations médicales sera également inscrite dans les cursus. Les formations universitaire, post grade et continue constituent ainsi des moyens décisifs pour appréhender les changements de manière adéquate et pour atteindre les objectifs visés par la politique sanitaire et en pérenniser les résultats.* »²⁵

²¹ FF 1999, p. 3282.

²² Documents du comité d'initiative « Santé publique et commerce en concurrence ! » du 23.10.1998, commentaire résumé.

²³ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), RS 811.11.

²⁴ Message concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), FF 2005 157 <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/157.pdf>

²⁵ Voir le condensé du Message concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), FF 2005, p. 160.

Lors de l'audition des cinq associations faîtières concernées (médecins FMH, dentistes SSO, vétérinaires SVS, chiropraticiens ASC et pharmaciens SSP), leurs représentants ont remis aux membres de la commission santé et sécurité du Conseil National (CSSS – CN) une prise de position commune sur les grands principes de la LPMed. Ce document abordait les principes suivants :

- rappel de l'aspect novateur du projet
- souhait que tous les titres post grades d'une profession médicale soient octroyés par la même organisation faîtière
- argumentaire pour un complément à l'article 25
- concurrence et maintien des acquis au regard de la LPMed
- suppression de l'article 21 alinéa 4 LPMed.

Aucune mention n'est faite à ce moment précis d'une définition exhaustive de la notion de pro pharmacie et de son acception par les deux associations concernées, en particulier de la FMH et de la SSP. Il paraît vraisemblable qu'une position commune n'aurait pas été possible, les positions de ces deux associations professionnelles étant par trop divergentes sur ce point, comme nous l'avons signalé plus haut.

Dans le message du Conseil fédéral à l'appui de la présentation de la LPMed, il n'est jamais fait mention de la problématique de la pro pharmacie. Seuls sont rappelés les grands principes de la libre circulation des professionnels, la délégation aux cantons de l'octroi des autorisations de pratique notamment dans le contexte de la clause du besoin pour les cabinets médicaux.

Le principe de la pro pharmacie n'est donc pas traité en tant que tel et doit faire l'objet d'une analyse au regard des dispositions de la LAMal et de la LPMed. La seule certitude en l'état est que le premier projet de LPMed prévoyait, en son article 8 lettre c, que le médecin devait recevoir une formation le rendant apte à « prescrire et remettre » des médicaments, double activité qui n'a pas été reprise dans le projet définitif. A défaut de débat spécifique sur la question, il paraît difficile de déduire a contrario que le législateur entendait ainsi interdire la pro pharmacie. Tout au plus, cela met en lumière le champ de compétence différent des médecins par rapport aux pharmaciens.

Ceci dit, alors que la LPMed met autant l'accent sur la formation et les compétences spécifiques des uns et des autres, cela crée un doute quant à la capacité réelle des médecins de pratiquer la pro pharmacie alors qu'ils n'ont pas, selon la LPMed, de compétences spécifiques en la matière. Cette contradiction entre le contenu et la nature de la formation par rapport à l'étendue des activités professionnelles pose sérieusement problème en mettant en lumière le décalage entre les exigences requises des médecins par rapport à celles des pharmaciens pour remettre des

médicaments. Quelle garantie peut-on alors apporter aux patients sur la qualité des prestations fournies, sans parler de la qualité ? De même, cela met en lumière un sérieux déséquilibre du point de vue de la concurrence. Il paraît utile d'approfondir ces questions.

Analyse

La LAMal ne règle que les situations particulières relatives à l'admission et à la reconnaissance des « fournisseurs de soins » pratiquant à charge des assureurs sociaux. La LPMed est à cet égard plus générale puisqu'elle prend en compte l'ensemble des conditions nécessaires à l'exercice d'une profession indépendante. Elle constitue donc une disposition plus générale et plus large.

Ces conditions sont énumérées à l'article 36 LPMed alinéas 1 et 2 et prévoient :

- le diplôme fédéral
- les exigences physiques et psychiques nécessaires
- les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession
- le titre post grade pour les médecins et les chiropraticiens.

En amont de ces conditions, c'est la structure même de la LPMed et dans le déroulement logique de ses articles, qui nous permet de bien distinguer les spécificités de chaque profession régie, telles que voulues par le législateur.

En effet, un cadre précis est d'ores et déjà donné par l'article 1 alinéa 1 quant à l'objet de cette disposition légale. Chacune des professions est citée en relation avec la qualité des formations universitaire, post grade et continue. Et c'est dans la LPMed que l'on trouvera toutes les dispositions relatives aux bases de ces formations, qui sont bien distinctes les unes des autres.

C'est le même article 1, alinéa 2 et lettre e qui précise cet état en inscrivant dans la loi que c'est elle qui « *établit les règles régissant l'exercice des professions médicales universitaires à titre indépendant* ».

Le chapitre 2 de la LPMed définit les principes et les objectifs des formations universitaire, post grade et continue. La première fournit les « fondements nécessaires à l'exercice de la profession médicale choisie » (article 3 alinéa 2), ce qui exprime clairement que chacune des professions a des fondements spécifiques et que des mélanges de compétences ne devraient pas exister.

La formation post grade permet « d'accroître les compétences et de se spécialiser dans le domaine choisi » (article 3 alinéa 3). C'est bien le but des formations imposées aux pharmaciens, d'une durée de deux ans dans une officine et sous la responsabilité d'un pharmacien diplômé. Cette situation, au-delà de l'inégalité de traitement qu'elle engendre (cf infra p. 12) entre deux professions, démontre clairement qu'un médecin qui n'a pas cette obligation ne saurait acquérir les qualifications nécessaires pour délivrer lui-même des médicaments aussi bien que le pharmacien.

En détaillant les objectifs de la formation universitaire (article 4 alinéa 2, lettres d et f), la LPMed consacre le principe selon lequel chaque praticien universitaire assume ses responsabilités en fonction des spécificités de sa profession, et en tenant compte des compétences des autres professionnels de santé reconnus.

Cela signifie que la « remise » de médicaments octroyée aux pharmaciens par l'art 9 LPMed (cf infra p. 12) démontre bien qu'il s'agit d'une spécificité de cette profession universitaire. Et cette spécificité n'est clairement pas reconnue aux médecins, médecins dentistes pas plus qu'aux chiropraticiens (article 8).

De même, la notion de collaboration entre professionnels, rappelée à deux reprises dans la LPMed (article 1, alinéa 3, lettre f et article 6, alinéa 1, lettre d) implique la complémentarité entre ces cinq professions, et non leur concurrence, en particulier dans un domaine aussi précis que celui des médicaments.

En fait, les dispositions pertinentes de la LPMed rappelées ci-dessus vont suffisamment loin à notre avis d'une part pour ne pas autoriser la pharmacie – moyennant quelques exceptions – mais aussi, d'autre part, pour enlever aux cantons la compétence d'agir en ce domaine. Les objectifs des formations, leurs spécificités étant fixés dans une loi fédérale, il n'y a logiquement aucune raison que des compétences résiduelles reviennent aux cantons.

Les articles 8 et 9 LPMed s'attachent plus précisément à déterminer – et ce, de façon exhaustive – les objectifs des professions de médecin et de pharmacien.

À ce titre, le lettre c de l'article 8 précisent que les médecins ayant terminé leurs études **doivent** « être capables de **prescrire** des médicaments de façon professionnelle, respectueuse de l'environnement et économique ». Quant aux pharmaciens, pour qui c'est la lettre a de l'article 9 qui s'applique, ils **doivent** « connaître et comprendre notamment les bases scientifiques et les dispositions légales concernant **la fabrication, la remise et la distribution** de médicaments et d'adjuvants pharmaceutiques, l'établissement de la documentation y relative ainsi que leur élimination ». Le législateur fait donc ici une

distinction très nette entre les prérogatives attachées à ces deux professions médicales. Le médecin peut prescrire, le pharmacien fabriquer, remettre et distribuer. À teneur de la seule LPMed, qui reste une disposition d'application générale, on peut donc partir du principe que les deux activités sont clairement distinctes.

À teneur de la LAMal, qui constitue dans ce contexte une « lex specialis », les conditions des articles 35 à 40 ne sont pas en contradiction avec celles de la LPMed, à l'exception notable de l'article 37 alinéa 3 qui délègue aux cantons la possibilité de déterminer « les conditions auxquelles les médecins autorisés à tenir une pharmacie sont assimilés aux pharmaciens ». Dans ce cadre, la notion d'accès et de proximité est citée comme l'une des composantes de ces conditions parmi d'autres, alors que – manifestement – les cantons autorisant la pro pharmacie ne se réfèrent qu'à cette notion purement géographique. Or cette attitude introduit une grave inégalité entre deux professions médicales :

- la formation de base des médecins ne traite que de la prescription de médicaments ;
- le médecin ne se voit pas imposer l'exigence d'effectuer une formation post grade de deux ans dans une pharmacie, sous la surveillance et la responsabilité d'un pharmacien diplômé, comme c'est le cas des pharmaciens ;
- le médecin n'est pas soumis à des exigences particulières quant à l'infrastructure nécessaire à la remise de médicaments ;
- il n'est pas non plus soumis aux contrôles et inspections spécifiques du pharmacien cantonal concernant ces aspects et ceux liés au classement des ordonnances ;
- les médecins remettants n'ont aucune obligation d'adhérer à une convention avec les assureurs portant sur la fixation du prix, sur les principes de qualité et de formation continue en la matière ;
- le médecin n'a aucune incitation à remplacer un original par un générique, comme celle qui est imposée au pharmacien.

Ajoutons à cela que dans les cantons qui n'autorisent pas la pro pharmacie, un contrôle de remise des médicaments par le médecin est exercé de façon régulière par *Santésuisse*, par le biais de ses statistiques de facturation. Une certaine tolérance est admise en cas de traitement lourd (oncologie) ou dans le cadre de l'administration de vaccins (pédiatrie).

Enfin, l'OMS s'est prononcé sur la problématique de la prescription médicamenteuse dans le cadre du « Programme d'Action pour les Médicaments essentiels, Organisation mondiale de la Santé, 1211 Genève 27, Suisse ». Selon les auteurs de cet opuscule, la formation des étudiants met plus l'accent sur les «...*aptitudes diagnostiques que sur les compétences thérapeutiques*... » (op cité page 1), ce qui a pour conséquence pour l'OMS que le savoir pratique acquis par les étudiants

est insuffisant dès lors qu'il s'agit de prescrire. Qui plus est, selon plusieurs études – malheureusement non citées expressis verbis – les compétences des médecins en pharmacologie ne progressent pas beaucoup dans le cadre de leur pratique.

Plus grave, toujours selon l'OMS, « *...les mauvaises habitudes de prescription sont la cause de traitements inefficaces ou dangereux, d'une exacerbation ou de la prolongation de la maladie, de détresse et de souffrance pour le patient et de coûts accrus. De plus, elles font que le prescripteur est exposé à subir des influences menant éventuellement à une prescription irrationnelle – pressions exercées par le patient, mauvais exemples de confrères, délégués médicaux très entreprenants...* » (op cité pages 1 et 2).

Ces appréciations sévères ne concernent – faut-il le rappeler – que la **prescription** des médicaments. Elles revêtent d'autant plus de pertinence s'agissant de la remise des médicaments, le médecin se trouvant dès lors soumis aux pressions rappelées ci-dessus avec encore plus de force.

De plus, la mise à jour des connaissances dans le domaine de la pharmacologie est rendue de plus en plus difficile par la pléthore des informations qui atteignent le médecin, en particulier celles émanant des laboratoires et des circuits commerciaux.

« *En matière de médicaments, le savoir et les conceptions évoluent sans cesse. De nouveaux produits sont mis sur le marché; on connaît aussi toujours mieux ceux dont on se sert depuis longtemps, dont on comprend mieux les effets secondaires et pour lesquels on trouve de nouvelles indications ou applications.*

On attend d'ordinaire d'un clinicien que ses connaissances pharmacothérapeutiques soient à jour. S'il arrive par exemple qu'un médicament induise chez un patient une maladie, et s'il apparaît que son médecin aurait eu la possibilité d'avoir connaissance du risque pharmacologique et de l'éviter, les tribunaux, dans maints pays, condamneront le médecin. Le manque de connaissances ne constitue donc pas une excuse ». (op cité, page 87).

Conclusions

1. La LPMed, selon notre interprétation, ne reconnaît pas explicitement la compétence de remettre des médicaments pour le médecin prescripteur, à teneur de l'article 8 alinéa c.
2. La décision d'autoriser les médecins à exercer la pro pharmacie est laissée à l'appréciation des cantons, selon l'article 37 alinéa 3 de la LAMal pour ce qui est du domaine de l'assurance sociale.
3. Les cantons qui autorisent la pro pharmacie ne procèdent ainsi que sur la base de critères d'accessibilité et de proximité, dont la pertinence ne se vérifie plus dans la plupart des cas.
4. Ce faisant, ils n'appliquent pas aux médecins remettants des critères aussi rigoureux que ceux imposés aux pharmaciens quant aux contrôles, à la formation, à la garantie de qualité et aux infrastructures.
5. Cette situation crée une inégalité de traitement entre deux professions médicales universitaires de même niveau.
6. Le remettant - prescripteur - est soumis à des pressions financières et commerciales, notamment de la part de délégués médicaux.
7. Cette situation est hautement critiquable tant du point de vue déontologique que de l'application des critères de la LAMal, telles que l'économicité, l'adéquation au traitement et l'efficacité.
8. Le TF a rappelé à réitérées reprises que la pro pharmacie n'appartenait pas au coeur de compétences de la pratique médicale²⁶.
9. L'OMS a aussi rappelé dans ses principes que la remise de médicaments (hormis dans les cas d'urgence et /ou pour initier un traitement) n'appartenait pas à la pratique médicale.

²⁶ Voir notamment ATF 131 I 205, p. 216 et les articles de Franziska SLONGO, Signalwirkung oder Rohrkrepierer? Anmerkungen zu den Urteilen 2P.324/2003 (Solothurn) und 2P.131/2004 (Zürich) betreffend die Selbstdispensation, RSDS, n° 2 (2006), p. 79-84
http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000.20.7.Revue_suisse_de_droit_de_la_sante_9_2006_2.pdf et «Nachlese » zu BGE 131 I 205 (Selbstdispensation im Kanton Zürich): Urteil 2P.17/2006 des Bundesgerichts vom 6. April 2006 betreffend Widerruf der Bewilligungen zur Führung einer Privatapotheke, RSDS, n° 3 (2006), p. 121-124
http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000.20.7.Revue_suisse_de_droit_de_la_sante_10_2006_3.pdf