

Avantages dans le commerce des médicaments: recommandations supplémentaires de l'OFAS

Comité central de la FMH

Après une première tentative de recommandations – inutilisables – en décembre 2001 (cf. Bull Méd Suisses 2002,83[6]: 258), l'OFAS a édicté de nouvelles recommandations, le 11 juillet 2002, concernant les avantages dans le commerce des médicaments. Leur qualité n'est pas meilleure, loin s'en faut. Nous les publions malgré tout, nous limitant aux remarques suivantes:

1. Le résultat ne répond ni aux débats, ni à une quelconque décision prise au sein du groupe de travail spécialement mis sur pied «rabais et bonifications», auquel a participé également la FMH. L'OFAS, après une brusque dissolution de la commission, a formulé ses propres recommandations sans rien demander à personne.

2. Les recommandations évoquent aussi bien l'application de la répercussion d'avantages matériels conformément à l'art. 56, 3^e al., LAMal, que l'interdiction d'octroi d'avantages matériels selon l'art. 33 de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPT). Disons d'emblée que l'OFAS n'est pas, à priori, compétent pour la LPT: la poursuite contre les abus cités à l'art. 33 LPT relève de la compétence de Swissmedic.

De plus, il s'agit de directives dites administratives qui, en principe, n'engagent pas le juge. Si de telles directives administratives peuvent certes contenir une portée juridique, c'est dans ce sens que les personnes concernées qui s'y tiennent ne sauraient en fin de compte craindre de sanctions. Les recommandations de l'OFAS sont à ce point floues, contradictoires et impraticables que cette fonction possible de directives administratives, en soi louable, ne saurait développer son effet.

3. Indépendamment de ces réserves formelles sur le plan juridique, les recommandations souffrent du fait qu'elles ne résolvent pas et ne sauraient résoudre la contradiction fondamentale existant entre la LPT (interdiction d'octroi d'avantages) et la LAMal (obligation de répercussion des avantages). En effet, ce qui est interdit ne peut pas être répercuté. La seule recommandation sensée possible serait de mandater le législateur de choisir le système qu'il préfère:

- un système fondé sur les interdictions, avec l'avantage de pouvoir pratiquement exclure les tentatives d'influence pécuniaires, mais comportant le désavantage de «bétonner» les prix étatiques de manière plus rigoureuse encore qu'à l'époque du cartel Sanphar;
- un système fondé sur le principe de concurrence, lié à des instruments de création de la transparence (pas simples à définir) et une conception des prix à l'avenant. Un tel système rendrait bien sûr caduque l'interdiction (bien pensante) de répercussion d'avantages, du moins si elle s'adresse individuellement aux «participants au marché». Il serait dès lors exigé des autorités qu'elles suivent l'évolution des lois du marché dans la fixation des prix.

Résultat: dans l'état actuel des choses, tous les protagonistes choisiront dans leur propre intérêt l'interdiction d'avantages selon la LPT, l'obligation de répercuter ceux-ci selon la LAMal devant rester lettre morte.

Le champ d'action de la LPT est relativement étroit, l'incertitude juridique n'étant pas dissipée pour autant (mot-clé: «rabais usuels dans le commerce»). Face aux menaces de sanctions pénales, le constat laconique selon lequel il demeure bon gré mal gré du ressort de la jurisprudence de fixer les limites du tolérable cas par cas n'est pas du goût de tout le monde. Personne ne vous tiendra rigueur de ne pas vouloir encourir ce risque. Vous ferez bien, en cas d'espèce, de vous adresser à Swissmedic ou à l'OFAS en demandant une réponse écrite à votre question.

Par ailleurs, le corps médical devra se demander, à l'instar des autres personnes concernées, s'il ne serait pas plus indiqué de formuler lui-même un code de conduite simple et pratique dans le domaine du commerce des médicaments. La question demeure ouverte de savoir si les associations qui s'engageraient dans cette voie devraient subir à nouveau les foudres de la commission de la concurrence les sanctionnant en tant que cartels ...