

V. Junod

Pr Valérie Junod
 Faculté de droit
 Université de Genève
 Faculté des HEC
 Université de Lausanne
 valerie.junod@unige.ch

Rev Med Suisse 2012; 8: 288-9

La publicité pour les médicaments n'est pas seulement l'apanage des entreprises pharmaceutiques. Un médecin peut tout aussi bien se rendre coupable d'une violation des lois en la matière. Et cela alors même que son objectif premier est de promouvoir ses propres services de médecin, et non d'inciter à la consommation ou à l'achat de médicaments.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF)¹ vient de donner raison à Swissmedic, l'Institut suisse des produits thérapeutiques, contre un médecin accusé de publicité illicite. Ce dernier vantait, par le biais de présentoirs sur la voie publique et d'un site internet, ses traitements cosmétiques à base de Botox. Derrière ce terme devenu largement générique, le public sait que se cache la toxine botulique. Trois médicaments à base de cette toxine sont autorisés en Suisse. Le Vistabel de la société Allergan est homologué spécialement pour l'indication thérapeutique du traitement des rides glabellaires. Le Botox de la même société dispose, lui, d'une autorisation de mise sur le marché pour une demi-douzaine de maladies (par exemple : blépharospasme, dystonie cervicale, spasticités focales); il est cependant aussi utilisé hors indication par des médecins en vue du lissage des rides. Le Dysport commercialisé par Future Health Pharma partage largement les indications thérapeutiques du Botox. Ces deux derniers figurent sur la Liste des spécialités remboursées (LS) pour un prix public de CHF 418.65, respectivement 519.25; évidemment le Vistabel n'en fait pas partie.

L'arrêt du 17 octobre 2011 est l'occasion pour le TAF de rappeler une série de principes pour l'essentiel connus.

D'abord, les règles de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh) et de l'Ordonnance sur la publicité pour les médicaments

Ne dites plus Botox!

(OPMéd) s'appliquent à *chacun*, et non pas qu'aux entreprises pharmaceutiques titulaires de l'autorisation de mise sur le marché du médicament en cause. Un médecin, un pharmacien ou même un simple individu animant un site web sont soumis à ces règles – d'ailleurs exactement à la même enseigne qu'une société pharmaceutique.

MENTIONNER LE NOM DU MÉDICAMENT EST RISQUÉ

Ensuite, il y a *publicité* pharmaceutique dès que l'objectif, voire l'effet, est de promouvoir les ventes du médicament. A l'inverse, échappe à cette définition le message qui n'évoque que la maladie en général. Le critère-clé tient dans la perception globale qu'a le public du message. Cependant, dès qu'un médicament est identifié ou même identifiable par le public-cible – ne serait-ce qu'en raison d'une large médiatisation d'un produit populaire comme le Viagra ou le Botox –, on pénètre le secteur à risque de la publicité pour les médicaments. Le professionnel de la santé n'y échappera pas en soutenant que sa publicité porte avant tout sur son activité thérapeutique, par exemple le conseil aux patients ou l'injection d'un produit. En effet, même dans cette hypothèse, il y a bel et bien un potentiel d'essor des ventes du médicament. En d'autres termes, le droit qu'a un médecin de faire de la publicité en faveur de son cabinet (à teneur de la Loi sur les professions médicales) cède devant les impératifs de la législation sur les produits thérapeutiques.

Troisièmement, la publicité est considérée comme *s'adressant au public* si elle n'est pas réservée aux professionnels de la santé. Il y a donc publicité au public dans le cas d'un site internet dont l'accès n'est pas bloqué par un mot de passe remis aux seuls professionnels de la santé dûment identifiés. Que l'internaute qui consulte un site web ait une démarche active est sans pertinence.

LA DESTINATION COSMÉTIQUE EST INDIFFÉRENTE

Quatrièmement, une publicité à l'attention du public est illicite si elle porte sur un médicament soumis à prescription, comme le sont le Botox et le Vistabel. La *destination cosmétique* de ces produits est indifférente.

On signalera incidemment que la publicité du médecin poursuivi minimisait très largement les risques – nombreux à teneur de l'information professionnelle – du traitement par Botox. En cela, sa publicité était de surcroît de nature à induire en erreur. Cependant, même une publicité au contenu parfaitement équilibré demeure illicite lorsqu'elle ne se cantonne pas aux médicaments des catégories de remise C, D et E.

Enfin, la publicité recommandant l'emploi d'un médicament *hors de son indication approuvée* par Swissmedic est toujours illicite. La référence au Botox en liaison avec le comblement des rides est donc problématique même lorsque le message s'adresse aux seuls professionnels de la santé. Le TAF ne s'étend toutefois pas sur ce point.

Le TAF conclut son arrêt avec un point cette fois-ci en faveur du médecin. Swissmedic voulait contraindre ce dernier à lui soumettre pour approbation l'ensemble de ses textes web avant publication sur le site web. Ainsi, l'Institut comptait s'assurer que les messages soient toujours conformes à la loi. Or le TAF observe que le législateur n'a pas conféré à Swissmedic un pouvoir général de *censure préalable* des messages publicitaires. Ce n'est que dans deux hypothèses bien circonscrites que l'OPMéd accorde un tel droit à l'Institut (art. 23 al. 1 : contrôle préalable pour la publicité à la radio, à la télévision ou au cinéma des médicaments des catégories C et D et publicité de tout type s'adressant au public pour des analgésiques, des somnifères, des sédatifs, des laxatifs et des anorexigènes; art. 23 al. 2 : contrôle préalable systématique pendant une période prédéfinie comme sanction supplémentaire en cas de violation grave ou répétée de la législation sur la publicité). Aucune de ces hypothèses n'était réalisée ici. La norme générale (art. 66 LPTh), qui permet à Swissmedic de prendre les mesures administratives nécessaires à rétablir une situation conforme au droit, ne peut guère constituer la *base légale* indispensable pour une mesure aussi drastique qu'une censure préalable. Sans se prononcer définitivement sur la question – pourtant hautement intéressante – de la base légale, le TAF relève que la mesure de contrôle préalable n'est de toute façon pas un moyen *proportionné* de garantir le respect de la législation sur la publicité pharmaceutique.

¹ L'arrêt du 17 octobre 2011 rendu en allemand porte la référence C-1795/2009; il est accessible à www.bvger.ch/publiws/download?decisionId=eab325f5-36e2-475a-8c63-8e73003ab81f



PAS DE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ILLÉGALITÉ

Cet arrêt ne révolutionne pas le droit de la publicité pharmaceutique. Cependant, il rappelle aux médecins des principes que certains ont pu oublier. Toute référence à un médicament – même indirecte par l'usage d'abréviations courantes – expose son auteur à des sanctions si le destinataire du message est un «laïque» et que le médicament

est sur prescription. Que les sites web affichant de tels messages aient fait florès n'excuse pas le comportement des exploitants et des médecins. A méditer : il n'y a pratiquement jamais de droit à *l'égalité dans l'illégalité* – autrement dit, le professionnel de la santé ne peut exiger de bénéficiaire de la même tolérance dont profitent ou semblent profiter certains sites web.

On s'interrogera tout de même sur la co-

hérence du système entériné par le TAF. En effet, il reste admis que la publicité pour des opérations chirurgicales est en soi légale. Libre aux médecins de proposer à la population liftings, rhinoplasties, implants mammaires, liposuccions et autres. Mais attention au déferlement de sanctions administratives, voire pénales, si le mot Botox apparaît. La ride du lion a du souci à se faire.

