

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les réglementations des professionnels de la santé revues à l'aune des libertés de circulation économiques

Bourguignon, Camille

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Bourguignon, C 2019, 'Les réglementations des professionnels de la santé revues à l'aune des libertés de circulation économiques: l'exemple de la publicité à l'ère du numérique', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 74, pp. 25-54.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les réglementations des professionnels de la santé revues à l'aune des libertés de circulation économiques : l'exemple de la publicité à l'ère du numérique

Camille Bourguignon¹

Le fait publicitaire, ou la promotion par un médecin, un dentiste ou un pharmacien de ses services, est traditionnellement perçu, par les ordres professionnels ou les autorités publiques compétentes, comme étranger aux activités de soins prodigués par les professionnels de la santé. Or, avec la numérisation d'une partie de ces services, la publicité devient un outil essentiel aux professionnels de la santé pour développer leur activité. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne enseigne, par ailleurs, que même si un encadrement étroit peut être prévu, une interdiction générale et absolue de toute publicité par les professionnels de la santé n'est pas admissible au regard des principes de libre circulation posés par le droit de l'Union européenne. Un réexamen des réglementations nationales professionnelles concernées, à l'aune de l'évolution du secteur et du droit de l'Union, s'avère, dans ce contexte, nécessaire.

• • •

Advertising is traditionally seen, by professional bodies or competent public authorities, as alien to the services provided by health care professionals – whether they are doctors, dentists or pharmacists. However, with the digitalisation of a part of such services, advertising becomes an essential tool for health care professionals in order to develop their activity. The case law of the Court of Justice of the European Union also shows that, even if a close supervision can be provided, a general and absolute prohibition of any advertising by health care professionals is not admissible with regard to the principles of free movement laid down by the European Union law. In such a context, a reconsideration of the national professional regulations concerned becomes necessary in the light of the evolutions of the sector and the European Union law.

INTRODUCTION

1. Les professionnels de la santé. Dans la présente contribution, les professionnels de la santé visent les professionnels exerçant des

activités dans le secteur des soins de santé couverts par la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles² ainsi que par la directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients

¹ Assistante à l'UNamur, Chercheuse au CRIDS-NaDI UNamur, avocate au barreau de Paris. Avec nos vifs remerciements au Professeur Hervé Jacquemin pour la relecture de cette contribution et ses remarques éminemment pertinentes.

² Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, J.O.U.E., L 255, 3 septembre 2005.

en matière de soins de santé transfrontaliers³. Sont ainsi concernés les professionnels assurant «des services de santé fournis [...] aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux»⁴. Seront précisément évoqués les médecins, les praticiens de l'art dentaire et les pharmaciens⁵.

2. La double dimension caractéristique des professionnels de la santé. Les professionnels de la santé, comme le secteur dans lequel ils interviennent et les missions qu'ils assurent, ont cette particularité de présenter une double dimension. Ils participent, d'une part, à la réali-

sation d'objectifs d'intérêt général, notamment l'atteinte d'un niveau élevé de protection de la santé publique. Ils sont, d'autre part, des acteurs de l'économie, insérés en tant que tels dans le marché intérieur de l'Union européenne. Ils bénéficient, à ce titre, des libertés de circulation économiques inscrites dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶ (ci-après le «traité» ou le «TFUE»). Comme le souligne M. Blanquet, la dimension économique de la santé n'est pas «contraire à de véritables avancées pour les patients européens»⁷. Il reste que la conciliation entre ces deux dimensions, acteur de la santé et acteur économique, n'est pas évidente à réaliser⁸.

La publicité, stigmaté en quelque sorte «provocateur» car visible de la dimension économique des professionnels de la santé, constitue

³ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.U.E.*, L 88, 4 avril 2011.

⁴ Définition des «soins de santé» consacrée à l'article 3, a), de la directive 2011/24/UE précitée.

⁵ Ces professionnels de la santé font partie des professionnels expressément cités dans la directive 2011/24/UE précitée et dont les conditions minimales de formation sont explicitement prévues par la directive 2005/36/CE précitée. En Belgique, la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions de soins de santé (*M.B.*, 18 juin 2015) rassemble les professionnels de la santé sous la notion de «praticien professionnel» de «soins de santé». Cette loi définit le praticien de soins de santé comme la personne dispensant des services «en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient, de modifier son apparence corporelle à des fins principalement esthétiques ou de l'accompagner en fin de vie» (voy. la définition des «soins de santé», art. 2). Elle vise notamment l'exercice de l'art médical et de l'art pharmaceutique (chapitre 2), l'exercice de la kinésithérapie (chapitre 3) ou encore l'exercice de l'art infirmier (chapitre 4). En France, le Code de la santé publique régit les «professions de santé». Cette notion englobe les professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes), les professions de la pharmacie et de la physique médicale (pharmaciens, préparateurs en pharmacie et en pharmacie hospitalière ainsi que physiciens médicaux) et les auxiliaires médicaux, les aides-soignants, les auxiliaires de puériculture, les ambulanciers et les assistants dentaires.

⁶ *J.O.U.E.*, C 326, 26 octobre 2012.

⁷ M. BLANQUET, «Compétence et ambivalence de l'Union européenne en matière de santé publique», *Rev. UE*, 2019, p. 12.

⁸ La Cour de justice de l'Union européenne est régulièrement saisie de questions préjudicielles concernant la mise en œuvre d'une telle conciliation. Par exemple, la Cour a eu à se prononcer sur la possibilité des pharmaciens de délivrer les médicaments également par internet et de faire de la publicité en faveur de la vente à distance de ces produits (voy. par exemple C.J.C.E., arrêt *Deutscher Apothekerverband eV contre 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, 11 décembre 2003, C-322/01, EU:C:2003:664). Plus récemment, a été soulevée la question de l'imposition, par l'État membre de destination, de prix fixes pour certains médicaments, aux pharmaciens établis dans un autre État membre proposant à la vente à distance ces médicaments aux patients de l'État de destination. La liberté tarifaire et la possibilité d'une concurrence par les prix étaient alors en jeu (C.J., arrêt *Deutsche Parkinson Vereinigung eV contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, 19 octobre 2016, C-148/15, EU:C:2016:776). Par ailleurs, la possibilité de disposer d'un site internet, pour un médecin ou un chirurgien-dentiste, ou de faire de la publicité pour leurs services ont fait l'objet de décisions importantes de la part de la Cour (voy. respectivement C.J., arrêt *Kostas Konstantinides*, 12 septembre 2013, C-475/11, EU:C:2013:542 et C.J., arrêt *Procédure pénale contre Luc Vanderborght*, 4 mai 2017, C-339/15, EU:C:2017:335).

un curseur particulièrement intéressant pour étudier le niveau d'articulation à l'œuvre entre ces deux dimensions.

3. Le professionnel de la santé et la publicité. Un professionnel de la santé est-il autorisé à faire de la publicité pour promouvoir son existence, ses services et le cas échéant les produits qu'il délivre? Selon les États et les professionnels considérés, la réponse sera parfois négative, parfois positive, et l'encadrement éventuel plus ou moins poussé.

La notion de publicité renvoie à « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre »⁹, sachant que les « produits » ici visés recouvrent tant les biens que les services¹⁰. La publicité dans la société de l'information (comprise de manière très large comme l'ensemble des services fournis sur et par internet)¹¹ fait également l'objet d'une définition spécifique. Elle désigne « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée »¹². Traditionnellement considérée comme peu ou pas compatible avec l'exercice d'une profession de soins de santé, la publicité devient, avec la numérisation d'une partie des activités concernées, un facteur essentiel, voire indispensable, au développement de l'activité du professionnel de la santé. Il n'est pas rare aujourd'hui

que les médecins ou chirurgiens-dentistes disposent d'un site internet et/ou d'une page sur Facebook ou sur un autre réseau social¹³. Pour les pharmaciens exerçant en ligne, l'optimisation et/ou l'achat de mots clés auprès des services de référencement des moteurs de recherche, l'envoi de newsletters présentant la gamme des produits en vente sur le site internet, la proposition de réductions de prix ou de frais de livraison offerts sont autant de pratiques publicitaires qui se développent de plus en plus.

L'objet ici étudié – la publicité – est important tant il est à même de cristalliser les éléments les plus visibles, et parfois agressifs, de la vision économique du bien ou service qu'il promeut, en le réduisant quasiment à cela. Une telle vision est étrangère à bon nombre de professionnels de la santé à tel point que toute tentative d'insertion de la publicité dans leur activité peut produire l'effet d'un catalyseur et causer de violentes réactions allergiques, tel un corps étranger immédiatement rejeté.

4. Le contexte de la libre circulation des services de soins de santé au sein du marché unique à l'ère du numérique. À l'heure de la télémédecine et du commerce électronique de médicaments, une circulation qui impliquait auparavant un déplacement physique du praticien peut désormais se contenter d'internet. Il est, d'ailleurs, de plus en plus fréquent de voir un pharmacien ne pas restreindre son activité à son marché national pour proposer à la vente en ligne ses produits sur plusieurs marchés européens. La conséquence directe d'une telle

⁹ Art. I.8, 13°, du Code de droit économique (ci-après le « CDE »).

¹⁰ Art. I.1, 4°, du CDE.

¹¹ Le service de la société de l'information désigne précisément « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » (art. I.18, 1°, du CDE).

¹² Art. I.18, 6°, du CDE.

¹³ L'Ordre belge des médecins a d'ailleurs estimé utile d'adopter des recommandations pour orienter et encadrer l'utilisation par les médecins de sites internet et des médias sociaux (voy. l'avis du Conseil national des médecins, « Médecins et médias numériques », 7 février 2015, Doc a1480006, Bull. 148, accessible sur: <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/respect-de-la-vie-prive-par-le-mdecin-lorsqu-il-utilise-les-diffrentes-applications-numriques>, consulté le 14 octobre 2019).

circulation transfrontière est le possible choc frontal entre les différentes réglementations nationales en jeu, les plus manifestes étant celles encadrant la publicité (l'effet de leur application – beaucoup de publicité ou pas de publicité – étant particulièrement visible). Or, un praticien établi dans un État A peut-il sereinement accepter de voir son confrère, installé dans l'État membre voisin, développer des pratiques publicitaires sur son marché national, alors que lui subit les foudres de son ordre professionnel ou de l'autorité publique dont il dépend à chaque annonce, aussi discrète soit-elle, qu'il diffuse¹⁴ ? La diversité des réglementations nationales, qu'internet met de façon immédiate en concurrence, est susceptible de créer une situation de « discrimination à rebours » peu tenable à terme au détriment des professionnels de l'État disposant des réglementations les plus strictes en matière de publicité¹⁵. La position, parfois très restrictive et attentiste, de certains États membres ou

ordres professionnels, est déjà critiquée par les professionnels eux-mêmes¹⁶.

5. Les enseignements du droit de l'Union européenne. Dans un tel contexte, l'articulation des restrictions en matière de publicité avec les libertés de circulation économiques du traité, en l'occurrence la liberté de circulation des services posée par l'article 56, ainsi que, pour les pharmaciens dès lors qu'ils vendent des biens de santé, la liberté de circulation des marchandises posée par l'article 34, prend une acuité toute particulière. L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice » ou la « C.J.U.E. ») enseigne qu'une interdiction générale et absolue du recours à la publicité par les professionnels de la santé n'est pas acceptable au regard du droit de l'Union européenne. En revanche, un encadrement, même étroit, pourra être admissible. Il sera d'ailleurs, selon les cas, souhaitable¹⁷. Tout est donc une question de dosage et de proportionnalité.

¹⁴ Pour un contentieux mettant en exergue ces questions, voy. C.A. Paris, 28 septembre 2018, n° RG 17/17803. Dans cette affaire, une pharmacie établie aux Pays-Bas a été assignée devant les juridictions françaises par des associations représentant des pharmaciens français et par des pharmaciens établis en France, au motif que la publicité développée par la pharmacie hollandaise en France était contraire aux règles françaises. En cela, la pharmacie hollandaise aurait commis des actes de concurrence déloyale portant préjudice à ses concurrents français. L'affaire a été portée devant la CJUE. La juridiction européenne doit désormais répondre à des questions préjudicielles concernant l'applicabilité à une pharmacie en ligne établie dans un autre État membre de règles françaises restreignant la publicité faite par les pharmaciens (voy. C.J., affaire *A contre Daniel B, UD, AFP, B, L*, C-649/18).

¹⁵ Voy. en ce sens l'avis de l'Autorité française de la concurrence n° 13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêté de la ministre des Affaires sociales et de la santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, point 113.

¹⁶ L'Autorité française de la concurrence, dans le cadre d'une consultation publique du secteur de la pharmacie, a relevé que « 55 % des pharmaciens ayant développé un site de vente en ligne de médicaments ont estimé que [les règles françaises restreignant le recours à la publicité] ne leur permettaient pas de faire connaître leur site internet à une patientèle plus large que celle de leur officine physique » (avis 19-A-08 du 4 avril 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée, précité, point 245). En Belgique, plusieurs pharmacies ont déposé des plaintes auprès de l'Autorité belge de la concurrence au motif que les décisions des instances disciplinaires et les positions de l'Ordre des pharmaciens interdisaient un certain nombre de pratiques publicitaires ainsi que les principaux mécanismes de publicité en ligne. Il était alors reproché à l'Ordre d'avoir violé l'interdiction des ententes posée par l'article 101 du TFUE et l'article IV.1 du CDE. Les plaintes ont été favorablement reçues par l'Autorité belge de la concurrence (voy. Autorité belge de la concurrence, décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD, 15 octobre 2019, affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030).

¹⁷ C.J., arrêt *Luc Vanderborght*, 4 mai 2017, précité.

Tout est, en toute hypothèse, question d'articulation. L'enjeu est d'aboutir *in fine* à une réglementation de la publicité pour le professionnel de la santé qui permette d'atteindre l'objectif de santé qu'elle vise et qui soit adéquate pour y parvenir. La difficulté est d'identifier les pistes et méthodes pertinentes pour procéder à cette articulation.

6. Présentation du plan. Afin de déceler les pistes et méthodes qui permettraient de mener une telle articulation, nous nous efforcerons, tout d'abord, de comprendre les raisons qui expliquent l'existence et la persistance de telles frictions entre les professionnels de la santé et la publicité, tout en confirmant que les particularités caractéristiques des professionnels de la santé doivent être maintenues (section 1). Nous présenterons, ensuite, le cadre qui est posé par le juge européen pour procéder à une telle articulation. Nous verrons que ce cadre ne semble néanmoins pas suffisant pour permettre, ou inciter, les États membres à y parvenir (section 2). Nous identifierons alors la méthode d'articulation d'un nouveau genre que propose l'Union européenne et qui entend donner aux États membres davantage de clefs pour réaliser l'articulation souhaitée (section 3).

SECTION 1 – LE CONTEXTE : LE MAINTIEN DES PARTICULARITÉS DES PROFESSIONNELS DE LA SANTÉ À L'ÈRE DU NUMÉRIQUE

A. Les professionnels de la santé à l'ère du numérique

7. La vente de biens et la prestation de services de santé à distance. Les professionnels de la santé peuvent désormais proposer certains de leurs services à distance. Les pharmaciens sont autorisés à disposer d'un site internet leur permettant de vendre en

ligne une partie de leurs produits de santé. Ils peuvent ainsi délivrer à distance des médicaments à usage humain non soumis à prescription médicale, ainsi que, sauf exception, tous les autres produits non médicamenteux vendus en officine physique¹⁸. Le patient peut donc désormais commander en ligne ses produits de santé sans avoir à se déplacer à l'officine et communiquer avec son pharmacien par le biais des outils de communication interactive que ce dernier aura mis en place (téléphone, messagerie instantanée, questionnaire, etc.).

En France, les médecins peuvent proposer des actes médicaux via des procédés de télé médecine¹⁹. Par ailleurs, des salles de téléconsultation

¹⁸ L'activité de vente en ligne des médicaments est encadrée par l'article 85quater de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (J.O.C.E., L 311, 28 novembre 2001), telle que modifiée. L'article 85quater a été transposé en Belgique par l'article 3 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments (M.B., 17 avril 1964) et l'article 29 de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens (M.B., 30 janvier 2009). Le règlement (UE) 2019/6 du 11 décembre 2018 relatif aux médicaments vétérinaires et abrogeant la directive 2001/82/CE (J.O.U.E., L 4, 4 janvier 2019) et l'arrêté royal du 6 décembre 2018 abrogeant l'arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros des médicaments et à leur dispensation, modifiant le titre X de l'arrêté royal du 14 décembre 2006 relatif aux médicaments à usage humain et vétérinaire et l'article 29 de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens (M.B., 15 janvier 2019) autorisent désormais le pharmacien à proposer à la vente en ligne également les médicaments vétérinaires dont la délivrance n'est pas soumise à une prescription.

¹⁹ La télémédecine y est encadrée par les articles L. 6316-1 et R. 6316-1 et suivants du Code de la santé publique. La Belgique n'a pas encore légiféré sur le cadre qu'il serait, ou non, opportun d'adopter pour permettre la télémédecine. Mais l'Ordre national des médecins, qui y était traditionnellement opposé, voit désormais en la télémédecine une des « initiatives contribuant à une meilleure efficacité de la médecine générale » (avis sur les « Conditions dans lesquelles un

tation médicale se développent au sein des officines pharmaceutiques françaises en vue de permettre à des personnes de consulter un médecin, en toute confidentialité, par le biais de procédés *ad hoc* de vidéo-conférence²⁰. De tels procédés permettent «une prise en charge plus rapide et au plus près du lieu de vie des patients», d'éviter «des déplacements inutiles» et de «contribuer au désengorgement des services d'urgence en apportant une offre de soins de premier recours très accessible»²¹.

L'activité concernée étant alors exercée à distance, la visibilité physique de l'officine ou du cabinet ne joue plus son rôle habituel d'information du public sur l'existence du praticien et sur ses services. Une action d'annonce et d'information est donc, dans certains cas, nécessaire pour que le praticien informe le public de son existence et des services et biens qu'il propose²².

8. Les outils numériques de publicité mis à la disposition du professionnel. Même lorsqu'il exerce son activité de manière «traditionnelle», en recevant le patient dans son officine ou dans son cabinet, le praticien bénéficie de la numérisation, et en particulier des outils marketing innombrables qu'offre internet, pour diffuser des informations sur son existence et

les services qu'il propose. La création d'un site internet présentant les services, l'achat de mots clés auprès des moteurs de recherche, l'insertion de bannières publicitaires sur des sites internet tiers, l'envoi de courriers ou de newsletters, le référencement sur des annuaires numériques et des sites de prise en ligne de rendez-vous sont autant de procédés numériques qui permettent au professionnel de se faire connaître et de promouvoir son existence et ses services. Une diffusion d'informations bien au-delà de la zone géographique limitée aux quartiers proches du lieu d'installation du praticien est alors rendue possible. Cette diffusion intéresse, dans certains cas, une patientèle située parfois au-delà même des frontières de l'État membre où le praticien est installé. Pour le praticien, une telle publicité lui assure une visibilité élargie et ainsi de plus grandes possibilités de développer sa patientèle. Pour le patient, elle offre un choix plus important de praticiens et de services de soins de santé au-delà de ceux existant dans son quartier, sa ville, ou même l'État dans lequel il réside.

9. L'accès facilité aux informations relatives à la santé pour les patients. En se rendant sur les nombreux sites internet consacrés à l'information médicale et de santé, le patient trouve désormais, de lui-même et très aisément, un ensemble d'informations relatives à la santé auquel il n'avait auparavant accès que par l'intermédiaire de son praticien²³. Les sites d'avis ou de recommandations qui permettent aux internautes de noter ou de recommander un professionnel de la santé, par

médecin généraliste peut limiter sa pratique et refuser d'accueillir de nouveaux patients», a163003, *Bull.* 163, 20 octobre 2018).

²⁰ La téléconsultation en officine est encadrée par l'arrêté français du 2 septembre 2019 portant approbation de l'avenant n° 15 à la convention nationale du 4 mai 2012, organisant les rapports entre les pharmaciens titulaires d'officine et l'assurance maladie (*J.O.R.F.*, n° 0207, 6 septembre 2019).

²¹ Préambule de l'annexe à l'arrêté français précité du 2 septembre 2019 portant approbation de l'avenant n° 15.

²² Par exemple, le pharmacien basé à Anvers, qui propose à la vente ses produits de santé dans toute la Belgique et même dans d'autres États membres de l'Union, n'a en fait pas d'autre moyen que la publicité pour faire connaître son activité au public, et pour la développer au-delà de la ville d'Anvers.

²³ On citera, par exemple, le site www.doctissimo.fr, qui se présente comme le «pure player pionnier de l'information santé» («Qui sommes-nous?», disponible sur <http://www.doctissimo.fr>, consulté le 8 septembre 2019) et sur lequel l'internaute trouvera bon nombre d'informations notamment sur les symptômes ou le diagnostic de maladies sous forme d'articles, de vidéos ou même de tests à effectuer en ligne.

ailleurs, se multiplient²⁴. Le patient peut donc s'y référer pour choisir de recourir à tel professionnel et non à tel autre. La relation entre le patient et le praticien, traditionnellement fondée sur la confiance que le patient voue en son praticien²⁵, peut s'en trouver fondamentalement changée.

10. L'acuité de la publicité des professionnels de la santé à l'ère du numérique.

Constatant l'évolution de la pratique à l'ère du numérique, le docteur Jacques Lucas, alors vice-président du Conseil national de l'Ordre des médecins français, affirmait en 2016 que le fait publicitaire pour les médecins «se pose avec d'autant plus d'acuité dans la société de l'information et de la communication que l'intérêt du public pour tous les sujets relatifs à la santé va croissant [...], que les procédés d'information se diversifient à l'extrême, avec un poids croissant de l'internet, que les médecins eux-mêmes sont sollicités pour y intervenir, parfois de façon interactive»²⁶.

B. Les professionnels de la santé objets d'un encadrement particulier

11. Un encadrement strict de la publicité.

L'encadrement de l'activité des professionnels de la santé contient la plupart du temps des dispositions restreignant leur possibilité de recourir à la publicité. Dans certains cas, l'interdiction de recourir à la publicité sera simple et directe. Par exemple, la loi du

15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires²⁷, abrogée en 2018²⁸, interdisait le recours à toute forme de publicité par les dentistes²⁹. Dans d'autres cas, l'interdiction ne sera pas expressément inscrite dans les textes, mais se déduira de principes généraux comme par exemple l'exigence du respect de la dignité professionnelle. Ainsi, si les pharmaciens belges sont formellement autorisés à développer une «publicité personnelle» par leur Code de déontologie³⁰, leur marge de manœuvre peut se trouver, dans les faits, drastiquement réduite par une application particulièrement large du principe du respect de la dignité par les instances disciplinaires de l'ordre professionnel dont ils relèvent³¹.

12. Les professionnels de la santé, des professions réglementées. L'accès à l'ensemble des professions de santé et leur exercice sont soumis à la possession d'une qualification professionnelle particulière. À ce titre, les professions de santé constituent des professions dites «réglementées» au sens de la directive 2005/36 relative à la reconnais-

²⁷ M.B., 5 mai 1958.

²⁸ Par l'article 66 de la loi du 30 octobre 2018 portant des dispositions diverses en matière de santé (M.B., 16 novembre 2018).

²⁹ L'article 1^{er} de cette loi prévoyait : «nul ne peut se livrer directement ou indirectement à quelque publicité que ce soit en vue de soigner ou de faire soigner par une personne qualifiée ou non, en Belgique ou à l'étranger, les affections, lésions ou anomalies de la bouche et des dents [...]». En France, des interdictions directes de publicité sont édictées à l'égard des médecins (voy. le Code français de la santé publique, art. R. 4127-19, al. 2) et des dentistes (voy. le Code français de la santé publique, art. R. 4127-215 et R. 4127-225).

³⁰ Code de déontologie pharmaceutique, art. 91.

³¹ Pour une décision concluant, sur le fondement de la violation de la dignité professionnelle, à l'interdiction par le pharmacien exerçant en ligne de recourir aux services de référencement payant de Google et aux bannières publicitaires sur le site d'un tiers ou encore de diffuser en ligne un spot vidéo présentant la pharmacie, voy. : Cass., 5 janvier 2018, D.17.0002.

²⁴ Sur les sites ou applications de notation de médecins, voy. C. MALIGORNE, «Quand les patients notent leur médecin sur internet», disponible sur www.lefigaro.fr, 15 avril 2019; et C. BILLIARD, «Wisdoc, une appli pour trouver le meilleur médecin», disponible sur www.rtbfb.be, 19 avril 2017.

²⁵ À cet égard, voy. *infra*, point 16.

²⁶ J. LUCAS, vice-président du Conseil national de l'Ordre des médecins, Rapporteur, «Le médecin dans la société de l'information et de la communication – Information, Communication, Réputation numérique et Publicité. Réflexions sur la déontologie médicale», septembre 2016.

sance des qualifications professionnelles³². L'article 3 de cette directive définit la profession réglementée de manière précise. Il s'agit d'« une activité ou [d'] un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées [...] » à savoir les « qualifications attestées par un titre de formation, une attestation de compétence [...] et/ou une expérience professionnelle ».

L'exercice d'une profession réglementée de santé sans posséder la qualification professionnelle requise par l'État membre constitue un exercice illégal de l'art de la santé concerné³³. Un tel exercice est formellement interdit³⁴ et pénalement sanctionné³⁵.

13. Les professionnels de la santé, des professions libérales. La plupart des professions de la santé en Belgique sont, par ailleurs, des professions dites « libérales ». La profession libérale a en commun avec la profession réglementée le fait qu'elle ne peut s'exercer que sur la base de qualifications professionnelles particulières et se fonde sur la « nécessité du suivi

d'une formation »³⁶. Le titulaire de la profession libérale, en outre, doit répondre à certaines caractéristiques supplémentaires³⁷. En plus de respecter le droit commun applicable, il doit se soumettre à l'autorité et à la compétence disciplinaire d'une association professionnelle et aux règles déontologiques que cette dernière édicte et applique de manière autonome³⁸. La plupart du temps, l'association concernée prendra la forme d'un ordre professionnel créé par la loi auprès duquel chaque professionnel doit s'inscrire pour pouvoir exercer la profession visée. Ainsi, conformément à l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens³⁹, tous les pharmaciens domici-

³⁶ S. GHISLAIN, « Publicité et professions libérales: questions actuelles au regard de l'arrêt *Vanderborght* du 4 mai 2017 de la Cour de Justice », *D.C.C.R.*, 2018/3-4, n°s 120-121, p. 38.

³⁷ Le considérant 43 de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles précitée définit la profession libérale comme « toute profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public. L'exercice de la profession peut être soumis dans les États membres, en conformité avec le traité, à des obligations juridiques spécifiques, basées sur la législation nationale et la réglementation établie dans ce cadre de manière autonome par l'organe professionnel représentatif compétent, qui garantissent et améliorent le professionnalisme, la qualité du service et la confidentialité des relations avec le client ». Le droit belge reprend des éléments similaires de définition pour décrire le « titulaire d'une profession libérale ». L'article I.1, 14°, du CDE, indique qu'il désigne « toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise à une déontologie dont le respect peut être imposé par une institution disciplinaire désignée par la loi ou en vertu de celle-ci ».

³⁸ Sur la nature du droit disciplinaire voy. J. DU JARDIN, « Le contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation sur la justice disciplinaire au sein des ordres professionnels », *J.T.*, 2000/30, n° 5980, pp. 625-645.

³⁹ *M.B.*, 14 novembre 1967.

³² Directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles précitée.

³³ Ainsi, pour prendre l'exemple de l'exercice de l'art médical, en Belgique, l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé (*M.B.*, 14 novembre 1967) définit et sanctionne l'exercice illégal de l'art médical.

³⁴ Conformément à l'article 2, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 78 précité: « nul ne peut exercer l'art médical s'il n'est porteur du diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé, et s'il ne réunit pas, en outre, les conditions imposées par l'article 7 [...] ».

³⁵ Voy. sur ce point les peines prévues par l'article 38 de l'arrêté royal n° 78 précité.

liés en Belgique doivent être inscrits à l'Ordre belge des pharmaciens⁴⁰. Ils doivent répondre de leurs fautes déontologiques devant les instances disciplinaires des conseils provinciaux et d'appel institués en son sein⁴¹. Il en est de même pour les médecins domiciliés en Belgique qui doivent être inscrits à l'Ordre belge des médecins et se soumettre à l'autorité de ses instances disciplinaires⁴². En revanche, il n'y a pas en Belgique d'ordre professionnel encadrant l'activité des chirurgiens-dentistes, ni par conséquent de règles déontologiques auxquelles ceux-ci devraient se soumettre en plus du droit commun⁴³. En ce sens, les chirurgiens-dentistes n'entrent pas, en Belgique, dans la catégorie des « professions libérales » telles que définies par le droit de l'Union européenne et par le Code de droit économique⁴⁴.

14. Un encadrement juridique double.

Lorsque la profession constitue une « profession réglementée » et une « profession libérale », la question de l'articulation des mesures encadrant le recours à la publicité par cette profession avec les libertés du TFUE se pose avec encore plus d'acuité. En effet, lesdites mesures d'encadrement peuvent alors provenir tant de l'autorité publique (les lois et actes réglementaires) que de l'ordre professionnel désigné (les règles déontologiques). Le corpus de mesures à articuler, le cas échéant, est donc double.

C. Les missions particulières des professionnels de la santé expliquant un tel encadrement

15. Les objectifs visés par les réglementations professionnelles.

Les professions de santé sont encadrées, d'une part, par des mesures qui en définissent les conditions d'accès en exigeant des qualifications professionnelles particulières. Elles sont soumises, d'autre part, à des mesures qui en encadrent l'exercice, qu'il s'agisse de mesures organisant les modalités d'exercice (l'obligation de s'inscrire à un ordre, par exemple) ou de mesures aménageant la liberté d'action du professionnel concerné (comme par exemple les mesures qui restreignent la publicité). Ces réglementations ont été mises en place dans l'optique de « protéger à la fois l'intérêt public et les bénéficiaires des services »⁴⁵. Pour la Commission européenne, de telles réglementations ont pu apporter « une valeur ajoutée à la société en clarifiant, par exemple, les connaissances techniques, la formation et les compétences escomptées des professionnels en vue de protéger les citoyens »⁴⁶. Dans les domaines de la santé en particulier, la Commission européenne considère même que « la réglementation des professions est justifiée, voire préférable »⁴⁷.

⁴⁰ Voy. l'article 2 de l'arrêté royal n° 80 précité.

⁴¹ Voy. les articles 5, 6, 2° et 13 de l'arrêté royal n° 80 précité.

⁴² Voy. l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins (*M.B.*, 14 novembre 1967) et ses articles 2, 5, 6, 2° et 13.

⁴³ À la différence de la France où l'Ordre national des chirurgiens-dentistes a été créé par l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme (*J.O.R.F.*, 28 septembre 1945).

⁴⁴ Voy. sur ce point, S. GHISLAIN, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015, p. 8. Voy. également en ce sens la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur les recommandations de réformes en matière de réglementation des services professionnels, COM(2016) 820 final, 10 janvier 2017, p. 2.

⁴⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions, COM(2016) 822 final, 10 janvier 2017, p. 2.

⁴⁷ *Ibidem*.

16. La protection des destinataires de service. De telles réglementations visent notamment à compenser l'asymétrie d'information entre le professionnel et le destinataire du service, caractéristique de ces professions⁴⁸.

Une telle asymétrie d'information résulte de la complexité particulière de la prestation fournie par le professionnel et de l'expertise élevée que la fourniture de cette prestation implique⁴⁹. Dans ce contexte, le destinataire du service se trouve dans une situation de dépendance particulière vis-à-vis du professionnel. Il ne dispose pas de la capacité pour juger de la qualité de la prestation effectuée⁵⁰, d'autant que lorsqu'il fait appel à l'expertise d'un professionnel de la santé, il est souvent dans une situation de nécessité, son état de santé exigeant, la plupart du temps, un tel recours.

La confiance que doit procurer le professionnel de la santé dans le chef du destinataire du service (de son patient) est donc primordiale, en ce qu'elle constitue le siège du consentement du patient pour l'accomplissement de tels ou tels actes de soins⁵¹. À cause de cette

asymétrie d'information et «étant donné que les prestataires des soins de santé peuvent avoir d'autres intérêts que ceux de leurs patients», la doctrine n'hésite pas à qualifier la relation entre le patient et le professionnel de «très précaire»⁵². Pour l'ensemble de ces raisons, le Comité économique et social européen considère que la confiance nécessitée dans la relation entre le professionnel et son patient dans le contexte décrit d'asymétrie d'information, fait «des normes professionnelles minimales et [du] respect de codes d'éthique professionnelle [...] les instruments appropriés pour prévenir tout abus de confiance»⁵³. Dans la mesure où, par définition, la publicité a pour but de promouvoir tel service ou tel bien et le professionnel qui le délivre⁵⁴, elle pourrait conduire ce dernier à mettre en avant son propre intérêt parfois au détriment de celui du patient. Elle pourrait ainsi mener à ce que le professionnel abuse de la confiance que le patient lui voue. Un tel risque peut donc expliquer que des restrictions soient apportées au recours à la publicité par les professionnels de la santé.

17. La protection de la santé publique. Les réglementations encadrant l'activité des professionnels de la santé, en ce compris le recours à

⁴⁸ Avis du Comité économique et social européen – Le rôle et l'avenir des professions libérales dans la société civile européenne (avis d'initiative), INT/687, 25 mars 2014, point 1.4; Final report of the working group of the European Commission – Action lines for bolstering the business of liberal professions, Ares(2016)424583, 26 janvier 2016, p. 6.

⁴⁹ Avis du Comité économique et social européen INT/687 précité, point 2.10.

⁵⁰ Voy. en ce sens l'avis du Comité économique et social européen INT/687 précité, point 2.10 et le Final report of the working group of the European Commission – Action lines for bolstering the business of liberal professions précité, p. 6.

⁵¹ En d'autres termes, comme le précise le Comité économique et social européen, «de par cette asymétrie d'information, le bénéficiaire du service n'a d'autre choix que de faire confiance au prestataire pour qu'il n'exploite pas à son profit ce déficit d'information mais lui fournisse au contraire un service qui soit le meilleur possible et réponde à ses besoins» (avis du Comité économique et social européen INT/687 précité, point 2.11); voy. également le Final report

of the working group of the European Commission – Action lines for bolstering the business of liberal professions, précité, p. 6.

⁵² R. BAETEN, «Chapitre 7 – La réglementation des soins de santé: obstacle au commerce transfrontalier des services?», *Bilan social de l'Union européenne 2017 – Dix-huitième rapport annuel*, B. VANHERCKE, S. SABATO et D. BOUGET (dir.), Bruxelles, Institut syndical européen (ETUI) et Observatoire social européen (OSE), 2017, p. 148.

⁵³ Avis du Comité économique et social européen INT/687 précité, point 2.11; voy. également le Final report of the working group of the European Commission – Action lines for bolstering the business of liberal professions, précité, p. 6.

⁵⁴ Pour rappel, l'article I.8, 13°, du CDE définit la publicité comme «toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre».

la publicité, s'expliquent également par la poursuite de l'objectif d'intérêt général de protection de la santé publique qu'elles sont censées viser. Pour rappel, le praticien de soins de santé est défini comme étant la personne dispensant des services «en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient, de modifier son apparence corporelle à des fins principalement esthétiques ou de l'accompagner en fin de vie»⁵⁵. L'exercice par les professionnels de la santé de leur art contribue ainsi à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de protection de la santé publique. Le professionnel a, à ce titre, une mission sociale bien particulière, qui explique que l'accès et l'exercice de ces professions soient réglementés et encadrés.

18. Conclusion et transition. Les prestations réalisées par les professionnels de la santé doivent être considérées dans leur globalité et leur complexité par le prisme de leur double dimension – prestations de santé et prestations économiques. L'application des règles encadrant la publicité doit tenir compte de telles particularités. Jusqu'à présent l'articulation entre les deux dimensions passe difficilement d'un rapport frictionnel à la conciliation.

SECTION 2 – LE CADRE : L'ARTICULATION DES RÉGLEMENTATIONS ENCADRANT LA PUBLICITÉ AVEC LES LIBERTÉS DE CIRCULATION ÉCONOMIQUES

A. Une articulation en l'absence d'harmonisation européenne

19. L'absence d'harmonisation européenne des règles nationales encadrant le recours à la publicité par les professionnels de la santé. Les conditions d'exercice d'une profession réglementée de la santé,

en ce compris les règles encadrant la publicité, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau européen⁵⁶. La Commission européenne précise qu'«il appartient à chaque État membre de décider s'il y a lieu d'intervenir et d'imposer des règles et des restrictions à l'accès à une profession ou à son exercice»⁵⁷.

20. Les compétences limitées de l'Union européenne en matière de santé. Le secteur d'activité concerné, celui de la santé, est un secteur éminemment sensible. L'article 168 du TFUE pose le principe selon lequel «un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union». Néanmoins, les compétences de l'Union pour mener des actions en matière de santé sont limitées⁵⁸. Concernant les réglementations des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques, l'action de l'Union en vue de la suppression progressive des restrictions «est subordonnée à la coordination de leurs conditions d'exercice dans les différents États membres»⁵⁹. Pour les professions de médecin, d'infirmier responsable de soins généraux, de

⁵⁶ Voy. en ce sens la proposition de directive relative à un contrôle de proportionnalité, COM(2016) 822 final, précitée, p. 2 et la directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (J.O.U.E., L 173), considérant 2.

⁵⁷ Proposition de directive COM(2016) 822 final, précitée, p. 2; voy. également le rapport sur la mise en œuvre de la directive 2005/36 en ce qui concerne la réglementation et le besoin de réforme des services professionnels de la Commission du marché intérieur de la protection des consommateurs du Parlement européen, 2017/2073(INI), 12 décembre 2017, p. 3 et la directive (UE) 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité précitée, considérant 2.

⁵⁸ F. BERROD, «Libre circulation et protection nationale de la santé. Quelle conciliation des droits et libertés?», in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-25; M. BLANQUET, *op. cit.*

⁵⁹ Art. 53 (2) du TFUE.

⁵⁵ Art. 2 de la loi coordonnée précitée du 10 mai 2015.

praticien de l'art dentaire et de pharmacien, l'Union européenne a coordonné les conditions d'accès⁶⁰, mais pas les conditions d'exercice⁶¹. Or, l'article 53(2) du TFUE empêche l'Union européenne d'agir pour supprimer progressivement les restrictions qui existent dans les réglementations des États membres tant que les conditions d'exercice des professions concernées n'ont pas fait l'objet d'une coordination. L'Union européenne ne peut donc pas intervenir, par le biais d'une directive ou d'un règlement, pour harmoniser les règles encadrant la publicité pour les professionnels de la santé.

21. Le traitement particulier des professionnels de la santé ou de leurs prestations par le droit dérivé. Cette limitation de compétence de l'Union européenne explique que certaines directives ne soient pas applicables aux professionnels de la santé. On notera l'exclusion des soins de santé du champ d'application de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur⁶² mettant en œuvre la liberté de circulation des services au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, si la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁶³ n'exclut pas expres-

sément les soins de santé de son champ d'application, elle énonce devoir être observée «sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé»⁶⁴. Il y est confirmé que les «États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales⁶⁵ pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel [...]»⁶⁶.

22. La santé publique comme objectif d'intérêt général permettant de déroger aux libertés de circulation économiques⁶⁷. Les professionnels de la santé ont ainsi une position particulière au sein de la législation européenne. Il reste qu'ils sont soumis aux libertés de circulation économiques du traité, en l'occurrence à la liberté de circulation des services posée par l'article 56, ainsi que, pour les pharmaciens dès lors qu'ils vendent des biens de santé, à la liberté de circulation des marchandises posée par l'article 34. À ce titre, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice, une réglementation nationale qui viendrait limiter ou interdire le recours à la publicité par un professionnel de la santé devra être justifiée au regard d'un objectif d'intérêt général, comme l'objectif de protection de la santé publique, et être nécessaire et proportionnée à cet objectif⁶⁸. La santé publique, vue cette fois comme un objectif permettant de

⁶⁰ Pour ces professions, la directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles précitée a coordonné les conditions minimales de formation.

⁶¹ R. BAETEN, *op. cit.*, p. 148.

⁶² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 376, 27 décembre 2006.

⁶³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), *J.O.U.E.*, L 149, 11 juin 2005.

⁶⁴ Directive 2005/29/CE précitée, art. 3, § 3.

⁶⁵ En ce compris la publicité, voy. art. 2, d), de la directive.

⁶⁶ Directive 2005/29/CE, précitée, considérant 9.

⁶⁷ Sur la conciliation réalisée par le biais de la dérogation au principe de libre circulation, voy. F. BERRON, «Libre circulation et protection nationale de la santé. Quelle conciliation des droits et libertés?», *op. cit.*, pp. 8-14.

⁶⁸ En matière de libre prestation des services, voy. par exemple C.J., arrêt *Konstantinides*, précité, point 50 et C.J., arrêt *Vanderborght*, précité, point 65; en matière de liberté de circulation des marchandises, voy. par exemple: C.J., arrêt *Ker-Optika bt contre ÁNTSZ Dél-*

déroger aux libertés économiques du traité⁶⁹, est analysée de manière tout à fait inédite par la Cour de justice. Celle-ci ne cesse, en effet, de rappeler que « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité »⁷⁰. Elle reconnaît aux États membres une marge de manœuvre pour décider du degré et de la manière qu'ils estiment adéquats pour protéger la santé publique sur leurs territoires respectifs⁷¹.

Pour ce qui concerne la liberté de circulation des services de la société de l'information, la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁷²

n'exclut pas de son champ d'application les soins de santé. Il est précisé, par contre, qu'elle doit assurer « un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection [...] de la santé publique »⁷³. À ce titre, elle doit être « sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de protection de la santé publique [...], établi par les instruments communautaires »⁷⁴. Le principe de la clause de marché intérieur posé par l'article 3 de la directive interdit aux États membres de restreindre la libre circulation d'un service de la société de l'information pour des raisons relevant du domaine coordonné⁷⁵ (couvrant les exigences ayant trait à l'accès à l'activité de service de la société de l'information et à son exercice, en ce compris la publicité)⁷⁶. Cette clause de marché intérieur pose le principe de la loi du pays d'origine⁷⁷. En d'autres termes, un service de la société de l'information est soumis aux règles relevant du domaine coordonné – en ce compris les règles de publicité – de son État membre d'établissement et ne peut, sauf exception, se voir opposer les règles de l'État de destination où il propose également ses services. La clause de marché intérieur réduit d'autant la marge de manœuvre des États membres pour

dunántúli Regionális Intézet, 2 décembre 2010, C-108/09, EU:C:2010:725, point 57.

⁶⁹ La protection de la santé publique compte parmi les objectifs d'intérêt général pouvant justifier une limitation au principe de libre circulation des marchandises prévu par les articles 34 et 35 du TFUE. Ainsi, l'article 36 du traité prévoit que « les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de [...] de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux [...] ». La Cour de justice confirme en outre que « la protection de la santé est l'un des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme constituant des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services » (sur ce point, voy. C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 67; C.J., arrêt *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contre Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, 10 mars 2009, C-169/07, EU:C:2009:141, point 46; C.J., arrêt *Konstantinides*, 12 septembre 2013, précité, point 51).

⁷⁰ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 71; C.J., arrêt *Valev Visnapuu contre Kihlakunnansyyttäjä et Suomen valtio – Tullihallitus*, 12 novembre 2015, C-198/14, EU:C:2015:751, point 118; C.J., arrêt *Ker-Optika*, précité, point 58.

⁷¹ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 71; C.J., arrêt *Visnapuu*, 12 novembre 2015, précité, point 118; C.J., arrêt *Ker-Optika*, 2 décembre 2010, précité, point 58.

⁷² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E., L 178, 17 juillet 2000.

⁷³ *Ibidem*, considérant 10.

⁷⁴ *Ibidem*, considérant 11.

⁷⁵ *Ibidem*, art. 3, 1° et 2°.

⁷⁶ *Ibidem*, art. 2, h).

⁷⁷ Sur la nature et les implications de la clause de marché intérieur de la directive sur le commerce électronique, voy. A. CRUQUENAIRE, avec la collaboration de C. LAZARO, « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 55, n° 94; ainsi que la recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique ») (14263/1/1999 – C5-0099/2000 – 1998/0325(COD)), A5-0106/2000, 12 avril 2000, p. 11.

imposer leur propre législation à des professionnels établis dans un autre État membre intervenant en ligne. Par exception, toutefois, les États membres retrouvent une certaine marge de manœuvre en ce qu'ils peuvent imposer à un professionnel établi dans un autre État membre des mesures nationales qui seraient (i) nécessaires notamment à la protection de la santé publique, (ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte à la protection de la santé publique ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à cet objectif, (iii) proportionnelles à cet objectif⁷⁸. Une procédure de notification de la mesure à l'État membre d'établissement (d'origine) et à la Commission européenne⁷⁹ doit être respectée pour pouvoir imposer une telle mesure dérogeant à la clause de marché intérieur⁸⁰.

B. Les principes d'articulation posés par l'arrêt *Vanderborght*

23. L'arrêt *Vanderborght*. La Cour de justice a rendu l'arrêt *Vanderborght*⁸¹ le 4 mai 2017. Pour les professionnels de la santé, cet arrêt est crucial en ce qu'il confirme un principe désormais clair. Une réglementation ne peut pas interdire de manière générale et absolue l'utilisation de la publicité par les professionnels de la santé. Au-delà du principe, la Cour reconnaît que certaines limitations, même strictes, peuvent être apportées à l'utilisation de la publicité par les professionnels de la

santé. Ainsi, elle a jeté les bases de la réflexion que doivent mener les États membres pour procéder à l'articulation nécessaire entre leurs réglementations encadrant la publicité et les libertés de circulation économiques. Plus précisément sont concernés le principe de liberté de circulation des services de la société de l'information et celui de libre circulation des services⁸².

Dans l'arrêt *Vanderborght*, la Cour de justice a eu à connaître d'actes publicitaires développés, en ligne⁸³ et hors ligne⁸⁴, par un chirurgien-dentiste installé en Belgique, M. Luc Vanderborght. Des poursuites pénales avaient été engagées à son encontre au motif que, par ces actes publicitaires, M. Vanderborght aurait contrevenu à la réglementation belge sur la publicité faite par les dentistes. Il aurait ainsi violé, d'une part, l'article 8^{quinquies}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 réglementant l'exercice de l'art dentaire⁸⁵, limitant la possibilité pour le dentiste de fournir des infor-

⁷⁸ Directive 2000/31 sur le commerce électronique, art. 3, 4°, a).

⁷⁹ *Ibidem*, art. 3, 4°, b).

⁸⁰ Sur la mise en œuvre de l'exception à la clause de marché intérieur prévue par l'article 3, 4°, de la directive sur le commerce électronique, voy. les conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 30 avril 2019, C.J., affaire *YA, AIRBNB Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP), Valhotel*, C-390/18, EU:C:2019:336.

⁸¹ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité.

⁸² Dans d'autres hypothèses, lorsque la vente en ligne de produits de santé est en jeu – c'est le cas du pharmacien qui vend des médicaments en ligne – la liberté de circulation des marchandises posée par l'article 34 du TFUE, ou encore le principe de l'ouverture de la vente en ligne des médicaments et leur publicité, prévues respectivement par les articles 85^{quater} et 86 et s. de la directive 2001/83/CE précitée, seront également pertinents pour analyser les restrictions imposées au professionnel de la santé en matière de publicité (voy., C.J.C.E., arrêt *DocMorris*, 11 décembre 2003, précité; les questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Paris à la Cour de justice par décision du 28 septembre 2018, RG 17/17803 et l'affaire désormais pendante devant la C.J.U.E., affaire *A contre Daniel B, UD, AFP, B, L*, précitée).

⁸³ M. Vanderborght avait créé un site internet dans le but d'informer les patients des différents types de traitements qu'il propose.

⁸⁴ M. Vanderborght avait, d'une part, installé un panneau comportant trois faces imprimées, indiquant son nom, sa qualité de dentiste, l'adresse de son site internet ainsi que le numéro d'appel de son cabinet, d'autre part, inséré des annonces publicitaires dans des journaux locaux.

⁸⁵ *M.B.*, 7 juin 1934.

mations sur sa pratique à l'apposition d'un certain nombre de mentions bien délimitées sur une inscription ou une plaque⁸⁶, d'autre part, la loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires⁸⁷, interdisant le recours à toute forme de publicité par les dentistes⁸⁸. Pour M. Vanderborght, ces deux textes étaient contraires au principe de l'autorisation de l'utilisation des communications commerciales par les professions réglementées posé par l'article 8 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique et à l'article 56 du TFUE interdisant les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union. La Cour de justice lui a donné raison.

24. L'incompatibilité de l'interdiction générale et absolue de l'utilisation de la publicité en ligne. L'article 8, § 1^{er}, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique pose le principe suivant: «les États membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, soit autorisée [...]». La Cour précise qu'une telle autorisation «a pour objet de permettre aux membres d'une profession réglementée d'utiliser les services de la société de l'information afin de

promouvoir leurs activités»⁸⁹. Ainsi, le professionnel de la santé dont la profession est réglementée doit, en principe, être autorisé à utiliser un service de la société de l'information (il peut s'agir notamment d'un site internet ou d'une publicité en ligne⁹⁰) pour développer des communications commerciales en vue de promouvoir ses services, ou en d'autres termes, d'en faire la publicité⁹¹. En l'espèce, M. Vanderborght a donc valablement pu créer un site internet pour présenter les services qu'il propose.

Dès ce principe posé, l'article 8, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique précise que de telles communications commerciales sont autorisées «sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession». Sur ce point, la Cour apporte une clarification importante selon laquelle une telle réserve ne peut, en aucun cas, mener à une interdiction générale et absolue de l'utilisation des communications commerciales par la profession réglementée. Pour la Cour, en effet, «les règles professionnelles mentionnées à ladite disposition ne sauraient, sans priver celle-ci d'effet utile et faire obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union, interdire de manière générale et absolue toute

⁸⁶ L'article se lisait comme suit: «pour l'annonce au public, est seule autorisée, sur l'immeuble dans lequel une personne qualifiée conformément à l'article 1^{er} exerce l'art dentaire, l'apposition d'une inscription ou d'une plaque de dimensions et d'aspect discrets, portant le nom du praticien et éventuellement sa qualification légale, ses jours et heures de consultations, la dénomination de l'entreprise ou de l'organisme de soins au sein duquel le praticien exerce son activité professionnelle [...]».

⁸⁷ M.B., 5 mai 1958.

⁸⁸ L'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 prévoyait, notamment: «nul ne peut se livrer directement ou indirectement à quelque publicité que ce soit en vue de soigner ou de faire soigner par une personne qualifiée ou non, en Belgique ou à l'étranger, les affections, lésions ou anomalies de la bouche et des dents [...]».

⁸⁹ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 42.

⁹⁰ La Cour précise, dans les points 36 et 37 de sa décision, que «le considérant 18 de la directive 2000/31 précise que la notion de «services de la société de l'information» englobe un large éventail d'activités économiques [qui] s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou de communications commerciales. [...] Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la publicité en ligne est susceptible de constituer un service de la société de l'information au sens de la directive 2000/31 [...]».

⁹¹ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, points 37 à 42.

forme de publicité en ligne destinée à promouvoir l'activité d'une personne exerçant une profession réglementée»⁹². Une limitation est donc possible, mais à deux conditions: (1) elle doit être issue de règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession; (2) elle n'a pas pour effet d'interdire de manière générale et absolue la publicité.

Cette conclusion est également valable à l'égard des réglementations encadrant le recours à la publicité par les professionnels de la santé, aucune profession réglementée n'ayant été exclue du principe de l'article 8 de la directive⁹³. La Cour coupe court, ainsi, à tout débat sur la prise en compte, ou non, des particularités que présentent les professionnels de la santé. Elle affirme, en effet, que le cadre posé permet de tenir compte «des particularités des professions de santé dans l'élaboration des règles professionnelles y afférentes, en encadrant, le cas échéant de manière étroite, les formes et les modalités des communications commerciales en ligne mentionnées à ladite disposition en vue notamment de garantir qu'il ne soit pas porté atteinte à la confiance qu'ont les patients envers ces professions»⁹⁴. La marge de manœuvre laissée aux États membres pour encadrer, le cas échéant, le recours à la publicité par les professionnels de la santé peut donc s'avérer large, pour autant qu'*in fine* l'encadrement envisagé ne mène pas à une interdiction générale et absolue de l'utilisation de la publicité.

25. L'incompatibilité de l'interdiction générale et absolue de la publicité faite hors ligne. La confrontation des textes belges au

principe de libre circulation des services posé par l'article 56 du traité aboutit à une conclusion similaire. Elle vise cette fois la publicité qui n'est pas réalisée au moyen d'un service de la société de l'information⁹⁵ (en l'espèce M. Vanderborght avait imprimé des panneaux et diffusé des publicités dans les journaux locaux).

Reprenant son raisonnement habituel, la Cour vérifie, tout d'abord, si les législations belges en question sont susceptibles de constituer une restriction à la liberté de circulation des services. Tel est le cas, selon la Cour, dès lors qu'«une législation nationale qui interdit, de manière générale et absolue, toute publicité pour une certaine activité est de nature à restreindre la possibilité, pour les personnes exerçant cette activité, de se faire connaître auprès de leur clientèle potentielle et de promouvoir les services qu'ils se proposent d'offrir à cette dernière»⁹⁶.

Ensuite, la Cour recherche si une telle législation pourrait être justifiée. Pour cela, elle devrait poursuivre un objectif d'intérêt général, être propre à garantir la réalisation de celui-ci et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif⁹⁷. En l'espèce, la Cour n'a pas d'hésitation pour reconnaître que les législations en question poursuivent les objectifs de protection de la santé publique et de la dignité de la profession de dentiste et que de tels objectifs constituent des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une

⁹⁵ La publicité réalisée au moyen d'un service de la société de l'information est déjà couverte par l'analyse de la compatibilité menée au regard de l'article 8, § 1^{er}, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (voy. sur ce point C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 52).

⁹⁶ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 63.

⁹⁷ Voy. C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 65 et C.J., arrêt *Konstantinides*, 12 septembre 2013 précité, point 50.

⁹² C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, point 44.

⁹³ *Ibidem*, points 47 et 48.

⁹⁴ *Ibidem*, point 49.

restriction⁹⁸. Elle admet, de plus, que les législations sont aptes à atteindre ces objectifs en ce que « l'usage intensif de publicités ou le choix de messages promotionnels agressifs, voire de nature à induire les patients en erreur sur les soins proposés, est susceptible, en détériorant l'image de la profession de dentiste, en altérant la relation entre les dentistes et leurs patients, ainsi qu'en favorisant la réalisation de soins non appropriés ou non nécessaires, de nuire à la protection de la santé et de porter atteinte à la dignité de la profession de dentiste »⁹⁹.

En revanche, la nécessité et la proportionnalité des législations en question est moins certaine. La Cour rappelle alors sa jurisprudence constante selon laquelle « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité » et reconnaissant une marge de manœuvre large aux États membres pour décider du niveau de protection qu'ils entendent atteindre sur leur territoire¹⁰⁰. Néanmoins, la Cour constate que tous les messages publicitaires interdits par les législations belges en cause ne sont pas susceptibles, en tant que tels, de porter atteinte aux objectifs de santé publique et de dignité professionnelle invoqués¹⁰¹. Elle en conclut que « la restriction découlant de l'application de la législation nationale en cause au principal, interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires, dépasse ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs poursuivis par cette législation » et que lesdits objectifs pourraient être atteints par d'autres mesures moins restrictives¹⁰². En cela, les restrictions belges ne sont pas justifiées et ne peuvent pas

être admises au regard du principe de libre circulation des services posé par l'article 56 du TFUE¹⁰³.

26. Conclusion sur l'arrêt *Vanderborght*.

Avec l'arrêt *Vanderborght*, il est désormais une certitude : un État ne peut interdire, de manière générale et absolue, aux professionnels de la santé, de recourir à la publicité pour promouvoir leurs services. Toutefois, un encadrement strict peut, et parfois doit, être organisé. Derrière cette certitude, des zones d'ombre subsistent néanmoins. En particulier, quel sera le sort de la législation qui, sans interdire expressément de manière générale et absolue le recours à la publicité, l'encadre de manière tellement stricte que la publicité possible *in fine* ne sera pas en mesure de remplir son office premier de promotion de services et ne constituera donc, en fait, pas de la publicité¹⁰⁴ ?

C. Un effort d'articulation encore limité

27. La prise de conscience de certains acteurs de la nécessité d'évaluer les restrictions en matière de publicité.

Si l'arrêt *Vanderborght* n'apporte pas toutes les réponses, il trace le cadre au sein duquel ces réponses devront être définies par les États membres et les ordres professionnels de chaque profession concernée. Le cap minimal à atteindre est de supprimer les interdictions générales et absolues. L'étape ultérieure, mais essentielle, sera de vérifier l'adéquation des réglementations en vigueur avec les objectifs qu'elles entendent atteindre, en se posant, comme la Cour le

⁹⁸ C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, précité, points 66 à 68.

⁹⁹ *Ibidem*, point 69.

¹⁰⁰ *Ibidem*, point 71.

¹⁰¹ *Ibidem*, point 73.

¹⁰² *Ibidem*, points 72 et 74.

¹⁰³ *Ibidem*, point 76.

¹⁰⁴ Voy. sur cette interrogation les propos pertinents de S. Ghislain, selon lesquels les « associations professionnelles bénéficiant d'une marge de manœuvre particulièrement large, la frontière entre l'encadrement strict, voire très strict des communications commerciales effectuées par les titulaires de professions réglementées et l'interdiction pure et simple de procéder à de telles communications pourrait dès lors apparaître ténue » (S. GHISLAIN, *op. cit.*, p. 29).

fait, les questions de leur nécessité et de leur proportionnalité.

Un certain nombre d'entités se sont déjà prêtées à l'exercice. On citera en particulier les travaux menés par l'Ordre belge des médecins, en vue d'une redéfinition des règles de déontologie médicale, en ce compris celles encadrant la publicité. Un nouveau Code de déontologie médicale est ainsi entré en vigueur le 3 mai 2018, accompagné d'une version commentée, article par article, approuvée le 5 juillet 2019¹⁰⁵. Le nouveau code n'interdit pas la publicité et se contente d'indiquer au médecin qu'il « peut porter son activité médicale à la connaissance du public »¹⁰⁶. La première phrase du commentaire de cet article ne laisse pas de doute et énonce « le droit du médecin à faire de la publicité »¹⁰⁷.

L'Autorité française de la concurrence a également mené une étude de fond sur la distribution du médicament et a rendu son avis le 4 avril 2019¹⁰⁸. En matière de publicité, l'Autorité a dénoncé un régime « confus et imprécis »¹⁰⁹ contenant des notions, telles la « sollicitation de clientèle » ou la « dignité de la profession », imprécises au point d'empêcher le pharmacien « d'organiser avec sérénité et sécurité juridique ses modes de communication »¹¹⁰. Elle a préco-

nisé que de telles notions soient tout simplement supprimées¹¹¹.

Le Conseil d'État français s'est vu confier par le premier ministre la mission d'analyser de manière transversale la réglementation en matière d'information et de publicité applicable aux professionnels de la santé. L'enjeu était de questionner la compatibilité d'une telle réglementation avec le droit de l'Union européenne, son adéquation avec les attentes du public et son adaptation, éventuellement nécessaire, à l'économie numérique¹¹². Le Conseil d'État a, dans son avis, suggéré une série de propositions visant l'évolution de la réglementation vers l'introduction non pas d'une autorisation générale de publicité mais d'un principe de libre communication des informations¹¹³. En se fondant sur l'arrêt *Vanderborght*, le Conseil d'État français statuant au contentieux a par ailleurs annulé deux décisions de la ministre des Solidarités et de la Santé par lesquelles elle refusait implicitement d'abroger les dispositions réglementaires interdisant aux médecins et aux dentistes de recourir à des procédés publicitaires¹¹⁴. Il revient ainsi sur sa jurisprudence encore récente qui considérait que les dispositions interdisant aux médecins de recourir à des procédés publicitaires poursuivaient « un objectif d'intérêt général de bonne information des patients et, par suite, de protection de la santé publique [et] qu'elles [étaient] propres à en garantir la réalisation »¹¹⁵.

¹⁰⁵ « Communiqué de presse – L'Ordre des médecins présente le nouveau Code de déontologie médicale », 3 mai 2018, disponible sur <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/code-de-deontologie-medicale>, consulté le 2 septembre 2019; « Communiqué de presse – Le Conseil national a publié le Code de déontologie médicale commenté, approuvé le 5 juillet 2019, sur le site de l'Ordre www.ordomedic.be », 8 août 2019, disponible sur <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/code-de-deontologie-medicale-commenté>, consulté le 2 septembre 2019.

¹⁰⁶ Code de déontologie médicale, art. 37.

¹⁰⁷ Code de déontologie médicale commenté, art. 37.

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence fr., Avis 19-A-08, précité.

¹⁰⁹ Avis 19-A-08, précité, points 377 et s.

¹¹⁰ Avis 19-A-08, précité, point 384.

¹¹¹ Avis 19-A-08, précité, points 440 à 459.

¹¹² Conseil d'État fr., « Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité », précité, p. 9.

¹¹³ Conseil d'État fr., « Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité », précité, pp. 88 à 92.

¹¹⁴ C.E. fr., 6 novembre 2019, req. n°s 416948 et 420225; pour un commentaire de ces décisions, voy. J.-M. PASTOR, « Les médecins vont pouvoir faire leur pub », *Dalloz actualité*, 12 novembre 2019.

¹¹⁵ C.E. fr., 4 mai 2016, req. n° 383548.

On citera enfin une décision rendue le 7 juin 2018 par la Cour de cassation belge dans un contentieux disciplinaire¹¹⁶. La Cour suprême a cassé l'arrêt rendu au second degré au motif que les juges disciplinaires, en fondant «leur décision sur la protection des intérêts importants des membres de la profession et sur les idées générales relatives à l'organisation économique de la pharmacie, [avaient limité] la concurrence sans expliquer concrètement en quoi [la pharmacienne poursuivie, en procédant à du référencement payant via les services Google Adwords menaçait] l'intérêt général en termes de santé de la population, la protection de la santé des patients et le traitement et la guérison des malades, [mettait] en danger la qualité des prestations de soins, [poussait] à la surconsommation ou [portait] préjudice aux règles essentielles du métier, [donnait] à l'exercice de la pharmacie un caractère d'exagération commerciale ou [entravait] le libre choix des patients»¹¹⁷. La Cour exige ainsi des instances disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens qu'elles effectuent un travail de justification et de proportionnalité au moment de rendre une décision restreignant la publicité dans le but de protéger la santé publique. L'Auditorat de l'Autorité belge de la concurrence aboutit à un constat similaire, au regard du droit de la concurrence, selon lequel l'Ordre des pharmaciens «s'est rendu coupable d'avoir, d'une part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du Code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie et, d'autre part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du Code de déontologie et des communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie, ces comportements constituant une infraction

unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE»¹¹⁸.

28. Des frictions qui perdurent, le cas de la loi du 30 octobre 2018¹¹⁹. La Belgique a pris acte de l'arrêt *Vanderborght* et tiré les conséquences qui s'imposent en adoptant la loi du 30 octobre 2018 portant des dispositions diverses en matière de santé. Par ses articles 65 et 66, la loi abroge les règles condamnées par la Cour de justice interdisant aux dentistes de faire de la publicité¹²⁰. Un troisième article, l'article 64 de la loi, est plus étonnant. Il ne concerne plus uniquement les dentistes mais s'applique à l'ensemble des praticiens de soins de santé. L'article 64 se lit comme suit : «le praticien professionnel [...], peut porter sa pratique à la connaissance du public uniquement dans le respect des conditions suivantes : 1° l'information professionnelle doit être conforme à la réalité, objective, pertinente et vérifiable, et doit être scientifiquement fondée ; 2° l'information professionnelle ne peut pas inciter à pratiquer des examens ou des traitements superflus et ne peut avoir pour objectif de rechercher des patients [...]».

Cette disposition est surprenante à divers égards. D'une part, les travaux parlementaires de la loi la présentent comme nécessitée par une exigence d'urgence. Il fallait se conformer au plus vite à l'arrêt *Vanderborght* pour éviter des sanctions financières importantes. Elle est, dans ces circonstances, annoncée comme incomplète¹²¹ et vouée à être abrogée à court

¹¹⁶ Cass., 7 juin 2018, D.16.0021.

¹¹⁷ *Ibidem*, traduction libre.

¹¹⁸ Décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre 2019 précitée, p. 30.

¹¹⁹ Loi du 30 octobre 2018 portant des dispositions diverses en matière de santé, précitée.

¹²⁰ Pour le rappel de ces règles, voy. *supra*, point 23.

¹²¹ La ministre de la Santé explique «qu'il était à l'origine prévu d'insérer ces dispositions dans la future loi relative à la qualité des soins. En raison de la jurisprudence de la Cour, la Belgique risque cependant de se voir imposer d'ici peu le paiement d'importantes astreintes. Afin de les éviter, la décision a donc été

terme¹²². D'autre part, la lecture de l'article 64 indique que les professionnels de la santé auraient seulement la possibilité de fournir une information sur leur pratique, pour autant qu'une telle information n'ait pas pour objectif de rechercher des patients. Ladite information que le praticien pourrait donc fournir au public devrait se limiter à une information neutre, évitant toute ambition de promouvoir et de faire la publicité de ses services. L'exposé des motifs de la loi précise qu'«en d'autres termes, il est interdit de faire de la publicité»¹²³. La nouvelle loi interdirait donc purement et simplement à l'ensemble des praticiens de soins de santé de faire de la publicité. Une telle interdiction a un champ d'application général : sont concernés l'ensemble des praticiens de santé et est interdite toute communication, quelle qu'en soit la forme, qui dépasserait une information neutre sur le praticien¹²⁴. En cela,

l'article 64 semble s'inscrire en contradiction frontale avec les enseignements de l'arrêt *Vanderborght* qu'il est pourtant censé implémenter. La Cour constitutionnelle a été saisie de plusieurs recours en annulation à l'encontre de cet article 64¹²⁵. L'analyse et la décision de la juridiction constitutionnelle sont attendues avec une certaine impatience par les professionnels et associations du secteur.

29. Conclusion et transition. L'adoption de l'article 64 de la loi du 30 octobre 2018 semble révéler que le cadre d'articulation fourni dans l'arrêt *Vanderborght* n'incite manifestement pas suffisamment les États membres, ni les ordres professionnels, à s'emparer des restrictions de publicité pour en évaluer la compatibilité avec les libertés de circulation du traité. L'une des difficultés peut venir du fait que l'analyse devrait être réalisée à un double niveau : au niveau de l'État mais également au niveau des ordres professionnels qui édictent les règles déontologiques (excepté pour les dentistes). Il semble dès lors utile de définir, au niveau européen, une nouvelle méthode d'articulation.

prise de régler ce problème sans attendre dans la présente loi. L'objectif est d'intégrer par la suite les présentes dispositions dans la loi relative à la qualité des soins. Quant aux mécanismes de contrôle et de sanctions, ils seront également développés ultérieurement dans cette dernière loi» (projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, Rapport du 10 octobre 2018 fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouvellement de la société par M. Damien Thiéry, Exposé introductif, *Doc.*, Ch., 2018, n° 3226/004, p. 25).

¹²² Ladite disposition a déjà été abrogée par l'article 84 de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé (*M.B.*, 15 mai 2019). Elle reste d'application, en l'état, jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le 1^{er} juillet 2021. Sa substance est, en toute hypothèse, reprise dans l'article 31 de la nouvelle loi, malgré certaines modifications (notamment l'insertion d'une définition de la notion d'«information professionnelle»).

¹²³ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de santé, Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018, n° 3226/001, p. 45.

¹²⁴ Il est à noter que le contenu de l'article 64 de la loi n'avait pas été soumis au Conseil d'État lors des travaux parlementaires de la loi du 30 octobre 2018. L'article en question n'était pas encore inséré dans le projet de loi lorsqu'il a été soumis au Conseil d'État. Le Conseil d'État a, en revanche, été consulté lors des discussions sur l'article 31 de la nouvelle loi du 22 avril 2019 relative à

la qualité de la pratique des soins de santé précitée, qui reprend en substance le contenu de l'article 64 de la loi du 30 octobre 2018. À cette occasion, le Conseil d'État a soulevé une difficulté quant au manque de précision de la notion d'«information au sujet de la pratique». Pour le Conseil d'État, «Dans un souci de clarté, il conviendrait (...) de définir la notion d'«information au sujet de la pratique» dans des termes similaires à ceux qui sont employés pour définir la notion d'«information professionnelle» par l'article 2, 7^e, de la loi du 23 mai 2013. Cela permet, en effet, de clairement distinguer cette notion de la notion de «publicité» au sens strict» (projet de loi relatif à la qualité des soins de santé, avis du Conseil d'État n° 34.331/2 du 22 octobre 2018, *Doc.*, Ch., 2018, n° 3441/001, p. 121). Le législateur a alors inséré, dans l'article 31 *in fine* adopté, une définition de la notion d'«information sur la pratique», en vue de la distinguer de la notion de «publicité». Seule la première reste autorisée, à l'exclusion donc de la publicité. Il semble ainsi que sous l'égide du nouvel article 31 qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021, l'interdiction faite aux professionnels de la santé de recourir à la publicité reste entière.

¹²⁵ Numéros de rôle : 7175, 7176 et 7179.

SECTION 3 – LA MÉTHODE: L'IMPRÉGNATION PAR LES ÉTATS MEMBRES DU TEST DE PROPORTIONNALITÉ

A. L'identification des différentes méthodes d'articulation

30. Les différentes méthodes d'articulation en l'absence d'harmonisation européenne. L'Union européenne ne dispose que d'une compétence limitée pour mener des actions en matière de santé¹²⁶. Elle ne peut adopter de directive d'harmonisation ni de règlement obligeant les États membres, par ce biais, à modifier leurs réglementations encadrant la publicité des professionnels de la santé dans un sens déterminé.

La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique donne une piste qui pourrait mener, de manière indirecte, à une harmonisation partielle des réglementations nationales édictées par les ordres professionnels en matière de communications commerciales sur internet. Son article 8, § 2 exige des États membres et de la Commission européenne qu'ils encouragent «les associations et les organismes professionnels à élaborer des codes de conduite au niveau communautaire pour préciser les informations qui peuvent être données à des fins de communications commerciales». Un tel effort d'harmonisation indirecte doit encore être mis en œuvre et porter ses fruits. Par exemple, alors que les codes de déontologie pharmaceutiques sont en train d'être réformés en Belgique¹²⁷ et en France¹²⁸, il n'est pas certain qu'ils seront le

résultat d'une réelle coordination au niveau européen.

Même en l'absence d'harmonisation européenne, les principes des libertés de circulation économiques s'insèrent dans les corpus nationaux et tendent à faire évoluer les réglementations nationales de publicité. Le réajustement des réglementations au regard des libertés de circulation économiques, s'il s'avère nécessaire, se fait de manière indirecte, par l'intervention du juge. La compatibilité des restrictions imposées en matière de publicité avec le droit de l'Union est analysée par le juge, national ou européen, dans le cadre, pour la seconde hypothèse, soit d'un recours en manquement initié par la Commission européenne, soit de questions préjudicielles soumises à la Cour de justice par un juge national. L'affaire *Vanderborght* et l'évolution de la législation belge qui s'en est suivie en est un exemple. L'articulation entre les réglementations de publicité et les libertés de circulation économiques, et le réajustement de la réglementation, rendu le cas échéant nécessaire, sont alors imposés par le juge. Ladite articulation procède, dans ce cadre, d'une intégration européenne, en quelque sorte, par défaut, ou «négative»¹²⁹. Le risque que comporte cette méthode d'articulation est que le réajustement soit moins le fruit d'une volonté d'évolution ou d'introspection de la part des États, des ordres professionnels ou des professionnels intéressés, que celui d'une contrainte imposée par une instance extérieure¹³⁰, ce qui a probable-

¹²⁶ Voy. *supra*, point 20.

¹²⁷ L'Ordre des pharmaciens s'est engagé à adopter un code de déontologie réformé qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (voy. en ce sens la décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre 2019 précitée de l'Autorité belge de la concurrence, point 179).

¹²⁸ Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens français a adopté le 1^{er} octobre 2018 un projet de code réformé. Ce projet doit encore être adopté par décret

en Conseil d'État pour entrer en vigueur. Ledit projet est accessible sur le site internet de l'Ordre français des pharmaciens : <http://www.ordre.pharmacien.fr/Nos-missions/Assurer-le-respect-des-devoirs-professionnels/Code-de-deontologie>, consulté le 18 octobre 2019.

¹²⁹ Voy. sur cette notion d'«intégration négative», F. BERROD, «Libre circulation et protection nationale de la santé. Quelle conciliation des droits et libertés?», *op. cit.*, p. 20.

¹³⁰ L'adoption en urgence, en Belgique, de la loi du 30 octobre 2018 précitée nous semble constituer un

ment un impact en termes d'acceptabilité par la profession concernée¹³¹.

Une autre méthode d'articulation, d'un genre nouveau, est désormais proposée par les institutions de l'Union européenne avec l'adoption, le 28 juin 2018, de la directive relative à un contrôle de proportionnalité¹³². Cette méthode d'articulation consiste à exiger des États qu'ils évaluent leurs réglementations professionnelles au regard des libertés de circulation économiques en amont, avant leur adoption. Dans le cadre de cette méthode, l'Union européenne souhaite voir les États procéder eux-mêmes à l'inspection de leurs réglementations professionnelles, pour qu'ils en vérifient les mesures éventuellement non justifiées ou disproportionnées et, le cas échéant, les réajustent ou les suppriment. Il s'agit alors d'impliquer et de responsabiliser¹³³ davantage les États dans l'évaluation de leurs réglementations, tout en les laissant souverains quant à leur définition. Cette directive devra être transposée par les États au plus tard au 30 juillet 2020.

exemple de la réalité de ce risque de réforme non mûrie car provenant davantage d'une contrainte externe que d'une volonté politique interne.

¹³¹ Pour F. Berrod, une telle piste d'articulation du droit national avec les libertés de circulation économiques, ou selon ses termes, une telle « intégration négative », comporte le risque d'être « à la fois lacunaire et mal vécue par les autorités nationales » (F. BERROD, « Libre circulation et protection nationale de la santé. Quelle conciliation des droits et libertés ? », *op. cit.*, p. 20). L'auteur, en abordant la jurisprudence développée par la Cour de justice en matière de systèmes d'assurance de santé, précise qu'une telle jurisprudence, qu'elle qualifie d'« invasive » pour les systèmes nationaux d'assurances de santé, dessine un « mode de conciliation des droits et libertés [qui est] bien plus imposé par la Cour de justice que légitimé par les États » (*ibidem*, p. 16).

¹³² Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée.

¹³³ Sur cette notion de responsabilisation des États membres, voy. F. BERROD, « La proposition de directive sur le principe de proportionnalité dans les professions réglementées : prendre la responsabilité des États au sérieux », *L'Observateur de Bruxelles*, 2017/3, p. 33.

B. La présentation du test de proportionnalité à réaliser par les États membres

31. L'émergence du principe du test de proportionnalité à effectuer en amont par les États membres. Dans sa proposition ayant mené à l'adoption de la directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, la Commission européenne rappelle qu'« une réglementation inappropriée peut constituer une charge pour les professionnels, les entreprises et les consommateurs » susceptible « d'entraver ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les citoyens et entreprises de l'UE, des libertés fondamentales qui leur sont garanties par le traité »¹³⁴. La Commission développe une initiative « visant à établir une évaluation de la proportionnalité, que les États devraient mener avant d'adopter ou de modifier des réglementations nationales des professions »¹³⁵. Les professions concernées sont les professions réglementées couvertes par la directive 2005/36/UE sur la reconnaissance des diplômes. Ladite directive couvre donc les professionnels de la santé visés dans la présente contribution, à savoir les médecins, les dentistes et les pharmaciens. Le but de la proposition est d'apporter aux États membres des indications précises sur la manière dont cette évaluation doit être effectuée et sur les éléments qui doivent être pris en compte.

L'obligation de procéder à l'évaluation du caractère proportionné des exigences restreignant l'accès aux professions réglementées ou leur exercice, était en fait, d'ores et déjà, inscrite dans le droit dérivé, depuis l'insertion, en 2013¹³⁶, de

¹³⁴ Proposition de directive relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions, COM(2016) 822 final, précitée, p. 3.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁶ Par la directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la

l'article 59 au sein de la directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles. Cet article impose expressément aux États membres d'examiner si les exigences contenues dans leur système juridique, qui restreignent l'accès aux professions réglementées ou leur exercice ne sont (1) ni directement, ni indirectement discriminatoires sur la base de la nationalité ou du lieu de résidence, (2) sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et (3) sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà du strict nécessaire pour l'atteindre¹³⁷. Les États membres devaient communiquer à la Commission européenne les résultats de cette évaluation pour le 18 janvier 2016, ainsi que tous les deux ans par la suite¹³⁸. La Commission se chargeait ensuite de communiquer ces différents rapports nationaux à l'ensemble des États membres de sorte que chacun puisse se prononcer sur le caractère proportionné ou non des réglementations de son voisin¹³⁹, permettant ainsi la mise en place d'un « processus d'évaluation mutuelle »¹⁴⁰.

Toutefois, il est apparu que les critères devant être utilisés par les États membres pour évaluer le caractère proportionné de leur réglementation manquaient de clarté¹⁴¹. Une approche commune pour procéder à l'examen exigé et empêcher l'adoption de mesures disproportionnées a paru donc nécessaire¹⁴². La définition d'une telle approche constitue le but de la directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité.

32. Le principe d'un examen de proportionnalité en amont. En vertu de l'article 4 de la nouvelle directive, avant d'adopter de nouvelles mesures limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice ou venant modifier de telles dispositions existantes, les États membres doivent évaluer leur proportionnalité. Il sera noté d'emblée que seules les nouvelles mesures ou mesures de modification sont concernées par l'obligation.

L'examen de proportionnalité devra être effectué « de manière objective et indépendante »¹⁴³. Il prendra la forme d'une « explication [...] suffisamment détaillée pour permettre d'apprécier le respect du principe de proportionnalité »

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 »), *J.O.U.E.*, L 354, 28 décembre 2013.

¹³⁷ Voy. l'article 59, § 3, de la directive 2005/36/CE, précitée, telle que modifiée; voy. également la directive 2018/958 relative au contrôle de proportionnalité, précitée, considérant 4.

¹³⁸ Art. 59, §§ 5 et 6, de la directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, précitée, telle que modifiée.

¹³⁹ Art. 59, § 7, de la directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, précitée, telle que modifiée.

¹⁴⁰ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, considérant 4. Cette procédure de transparence et d'échange d'information n'est pas sans rappeler la procédure de notification mise en place en matière de libre circulation de biens et des services dans la société de l'information par la directive 1998/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure

d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, L 204, 21 juillet 1998, abrogée et remplacée par la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015; ainsi que la procédure de notification visant la libre circulation des services instaurée par la directive 2006/123/CE précitée relative aux services dans le marché intérieur.

¹⁴¹ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, considérant 5. La Commission européenne a constaté que l'examen de proportionnalité à effectuer a présenté des difficultés pour de nombreux États membres et que, lorsqu'elles ont été réalisées et communiquées, les évaluations n'étaient pas dûment motivées (voy. COM(2016) 822 final, précitée, p. 3).

¹⁴² Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, considérant 5.

¹⁴³ *Ibidem*, art. 4, § 5.

intégrant les motifs pour lesquels la mesure est jugée justifiée et proportionnée. Ces motifs devront être « étayés par des éléments probants qualitatifs et, dans la mesure du possible et lorsque cela est pertinent, quantitatifs »¹⁴⁴.

Enfin, il est précisé que les citoyens destinataires des services et les autres parties prenantes doivent avoir accès à l'information leur permettant d'exprimer leur point de vue sur la mesure qu'il est envisagé d'adopter, si besoin par l'organisation d'une consultation publique¹⁴⁵.

33. Le rappel des principes encadrant l'examen de proportionnalité. La mesure que l'État membre entend adopter ne doit pas être directement ou indirectement discriminatoire en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence¹⁴⁶. La mesure doit, par ailleurs, être justifiée par la poursuite d'un ou de plusieurs objectif(s) d'intérêt général identifié(s)¹⁴⁷. Le législateur, dans un effort de synthèse des objectifs d'intérêt général reconnus tant par le traité (dont celui de la santé publique) que par la jurisprudence de la Cour de justice en tant que raisons impérieuses d'intérêt général (comme la protection des consommateurs), établit une liste, non exhaustive, d'objectifs pouvant justifier une restriction. Les motifs d'ordre purement économique ou les motifs purement administratifs, en revanche, ne peuvent en aucun cas constituer de tels objectifs.

34. La détermination des éléments dont les États membres doivent tenir compte dans le cadre de l'examen de proportionnalité. L'article 7 de la directive fournit les éléments dont les États membres doivent obligatoirement tenir compte pour procéder au test de proportionnalité de la mesure et établir l'explication « suffisamment détaillée »

exigée¹⁴⁸. Parmi ces éléments, on retrouve, sans surprise¹⁴⁹, la nature des risques liés aux objectifs poursuivis, le caractère approprié de la mesure pour atteindre l'objectif annoncé ou encore la possibilité ou non de recourir à des moyens moins restrictifs. Il sera mis l'accent sur deux éléments qui semblent davantage novateurs. L'État devra, tout d'abord, vérifier si le corpus de règles déjà en vigueur n'est pas suffisant pour atteindre l'objectif visé¹⁵⁰. Le deuxième élément novateur est la prise en compte de l'effet des mesures nouvelles ou modifiées telles qu'elles sont conjuguées à d'autres dispositions qui elles-mêmes limitent l'accès à la profession ou son exercice. L'analyse doit donc intégrer un examen du corpus juridique global et non pas uniquement de la norme nouvelle envisagée.

Le législateur a listé, en outre, d'autres éléments dont il s'agit de tenir compte lorsque cela s'avère pertinent au regard de la nature et du contenu de la disposition envisagée¹⁵¹. Parmi ces éléments, on citera tout particulièrement celui de « l'évolution de la technique et le progrès scientifique qui peuvent effectivement réduire ou accroître l'asymétrie d'information entre les professionnels et les consommateurs »¹⁵². Il a été noté *supra*¹⁵³ que l'asymétrie d'information entre le professionnel de la santé et son patient peut justifier que des restrictions en matière de publicité puissent être imposées aux professionnels. Ce rapport d'asymétrie

¹⁴⁸ *Ibidem*, art. 7, § 1^{er}.

¹⁴⁹ Ils correspondent à la jurisprudence constante de la Cour de justice lorsqu'elle exige la proportionnalité d'une mesure au regard d'un objectif ou d'une raison impérieuse d'intérêt général invoqué(e).

¹⁵⁰ Il est précisé que cet élément est particulièrement pertinent concernant la législation relative à la sécurité des produits ou celle relative à la protection du consommateur.

¹⁵¹ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, art. 7, § 2.

¹⁵² *Ibidem*, art. 7, § 2, point f).

¹⁵³ *Supra*, point n° 16.

¹⁴⁴ *Ibidem*, art. 4, §§ 3 et 4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, art. 8.

¹⁴⁶ *Ibidem*, art. 5.

¹⁴⁷ *Ibidem*, art. 6.

semble évoluer avec l'utilisation d'internet. Le patient est désormais en mesure d'obtenir en ligne des informations relatives à la santé et aux professionnels auxquelles il n'avait pas accès auparavant¹⁵⁴. Si la fiabilité de ces informations peut, dans certains cas, être sérieusement mise en doute, il reste qu'une telle évolution est susceptible de réduire l'asymétrie d'information postulée ou ressentie dans le chef du patient. Par ailleurs, une restriction à l'utilisation de la publicité ou plus généralement à la possibilité pour le professionnel de communiquer en ligne pourrait avoir pour effet de l'empêcher de défendre sa réputation dans le cas d'un avis négatif publié à son encontre sur internet ou d'apporter un complément d'information qu'il estimerait nécessaire à celles fournies sur un site web. Le caractère éventuellement nécessaire et proportionné d'une restriction adoptée il y a plusieurs années, en matière de publicité, peut donc être remis en cause par l'utilisation d'internet. Il est, par conséquent, particulièrement pertinent d'intégrer dans l'examen de la proportionnalité de restrictions en matière de publicité qu'il est envisagé d'imposer aux professionnels de la santé «l'évolution de la technique» mentionnée à l'article 7 de la directive.

35. La transparence et l'échange d'informations entre États membres. La directive confirme l'obligation procédurale, déjà imposée aux États membres par l'article 59 de la directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles¹⁵⁵, de notifier à la Commission européenne les raisons pour lesquelles la disposition est jugée, par l'État, justifiée et proportionnée à l'objectif qu'elle entend atteindre¹⁵⁶. De telles informations sont rendues accessibles aux autres

États membres et ceux-ci peuvent présenter des observations à la Commission et à l'État concerné¹⁵⁷.

C. L'impact incertain de la directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité sur les règles encadrant la publicité faite par les professionnels de la santé

36. Les dispositions devant être soumises au test de proportionnalité avant leur adoption. D'un point de vue matériel, les dispositions devant faire l'objet de l'examen de proportionnalité sont «les dispositions qui limitent l'accès à une profession réglementée ou l'exercice de celle-ci, ou l'une des modalités d'exercice de celles-ci [...] et qui relèvent du champ d'application de la directive 2005/36/CE»¹⁵⁸. Ainsi, au-delà de simplement concerner l'accès à une profession ou son exercice, les dispositions considérées doivent «limiter» cet accès ou cet exercice. On comprend que seules sont visées les mesures qui ajoutent une exigence particulière restreignant ainsi la liberté d'exercer la profession concernée, soit en ce qu'elles imposent le suivi d'une formation et des qualifications déterminées, soit en ce qu'elles limitent la liberté d'action du professionnel dans son exercice. Par conséquent, le champ d'application matériel de la directive semble large. Il couvrirait tant les exigences en termes d'accès à la profession que les exigences concernant l'exercice en tant que tel de la profession. Néanmoins, une incertitude demeure sur ce que recouvre cette notion de «disposition limitant l'exercice de la profession». En particulier, l'exigence encadrant la publicité faite par un professionnel de la santé est-elle concernée?

¹⁵⁴ Voy. *supra*, point n° 9.

¹⁵⁵ Voy. *supra*, point 31.

¹⁵⁶ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, art. 11, § 1^{er}.

¹⁵⁷ *Ibidem*, art. 11, § 2.

¹⁵⁸ *Ibidem*, art. 2.

37. L'exigence encadrant la publicité, une disposition limitant l'exercice de la profession ? Pour illustrer la notion de « restrictions imposées à l'exercice de la profession », la directive donne les exemples de l'usage d'un titre professionnel et de la définition des activités que le professionnel peut exercer sur le fondement de ce titre¹⁵⁹. Au-delà de ces exemples, ni la directive 2018/958, ni la directive 2005/36/CE qu'elle complète¹⁶⁰, ne prennent le soin de définir le type d'exigences qui peuvent être considérées comme limitant l'exercice ou les modalités d'exercice de la profession réglementée. L'objectif de la directive 2005/36/CE était d'établir « les règles selon lesquelles un État membre qui subordonne l'accès à une profession réglementée ou son exercice, sur son territoire, à la possession de qualifications professionnelles déterminées [...] reconnaît, pour l'accès à cette profession et son exercice, les qualifications professionnelles acquises dans un ou plusieurs autres États membres [...] »¹⁶¹. Elle n'aborde donc pas les réglementations limitant l'exercice de la profession. Il est en cela logique de ne pas y trouver de définition de ce que peut constituer une exigence limitant l'exercice de la profession ou une modalité de celui-ci. Néanmoins, la directive 2005/36/CE encadre la possibilité pour les États d'imposer au professionnel en provenance d'un autre État membre certaines modalités d'exercice. Il est alors fait référence (i) aux exigences linguistiques, (ii) au port d'un titre de formation, (iii) aux exigences concernant le conventionnement d'un praticien par une caisse d'assurance maladie et (iv) aux exigences imposées en matière d'accomplis-

sement de stages professionnels¹⁶². La directive 2005/36/CE couvre donc également des restrictions nationales qui limitent certaines modalités d'exercice. Couvre-t-elle toutefois des restrictions à l'exercice autres que celles qui sont ci-dessus mentionnées ?

La directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité semble élargir le champ de la réflexion à l'ensemble des règles qui limitent l'accès à une profession réglementée et à celles qui limitent l'exercice de celle-ci. Les règles à analyser alors ne seraient pas uniquement les règles qui imposent la possession d'une qualification particulière ou qui précisent les modalités d'exercice telles qu'elles sont mentionnées dans la directive 2005/36/CE, mais également l'ensemble des règles qui limitent l'exercice de la profession. Seraient incluses, à ce titre, les règles qui limitent ou interdisent le recours à la publicité par les professionnels de la santé. Une telle analyse semble être confirmée par une partie de la doctrine¹⁶³. L'exigence de l'évaluation de proportionnalité posée par la directive 2018/958 nous semble donc devoir être imposée également pour les règles encadrant la publicité.

¹⁶² *Ibidem*, art. 53 à 55bis.

¹⁶³ Voy. en ce sens S. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 691. Pour l'auteur, « en pratique, les exigences nationales « limitatives » peuvent porter sur des aspects très variés, tels que la forme juridique, la détention du capital, les modalités de publicité ou encore les modalités d'exercice d'activités pluridisciplinaire ». Cette conclusion n'est d'ailleurs pas sans rappeler la définition des exigences intégrées dans le domaine coordonné de la clause de marché intérieur de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique précitée. Cette clause dite de marché intérieur pose le principe suivant lequel « les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre » (art. 3, § 2). Ledit domaine coordonné est défini comme ayant trait aux exigences des États membres concernant, d'une part, l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, d'autre part, son exercice, telles que les exigences portant sur le contenu du service (et le législateur de préciser, à l'article 2, h), i., « y compris en matière de publicité »).

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ La directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité précitée s'applique expressément « en complément de la directive 2005/36/CE » (considérant 8).

¹⁶¹ Directive 2005/36/CE sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, précitée, art. 1^{er}.

38. L'exclusion des exigences de nature déontologique?

Par ailleurs, la directive impose aux États membres de soumettre au test de proportionnalité les seules dispositions de nature législative, réglementaire ou administrative¹⁶⁴. Une telle position paraît surprenante dans la mesure où une grande partie des normes limitant l'exercice d'une profession réglementée, en particulier pour ce qui concerne les professionnels de la santé, ne sont de nature ni législative, ni réglementaire, ni administrative. Elles sont de nature déontologique¹⁶⁵. En Belgique, les limitations en matière de publicité imposées aux médecins et aux pharmaciens sont, en effet, essentiellement issues des codes de déontologie. Doit-on comprendre que les mesures de nature déontologique ne sont pas concernées par la directive et ne doivent pas faire l'objet de l'examen de proportionnalité exigé? La lettre de l'article 2 de la directive semble le confirmer de manière claire¹⁶⁶. Une nuance utile doit cependant être évoquée. Le législateur a précisé, dans les considérants de la directive, que «les États membres devraient procéder à des examens de la proportionnalité de manière objective et indépendante, y compris lorsqu'une profession est réglementée de manière indirecte par un organisme professionnel spécifique habilité à cet effet»¹⁶⁷. Les règles édictées par les ordres professionnels ne sont donc pas passées sous silence. Néanmoins, elles ne sont évoquées qu'indirectement.

Il est fort à parier que les ordres professionnels, à qui l'on exigera dans le cadre d'instances disciplinaires qu'ils évaluent les règles qu'ils édictent au regard du test de proportionnalité explicité par la directive 2018/958, n'hésiteront

pas à arguer que de telles règles n'entrent pas dans le champ d'application de la nouvelle directive. Une telle exclusion des règles déontologiques risque, par ailleurs, de mener à une situation d'inégalité absurde en fonction du statut de la règle. En effet, des dispositions nationales comportant des limitations d'exercice en matière de publicité, pourtant similaires, seraient ou non soumises à l'obligation de subir le test de proportionnalité selon l'organe qui les adopte. Par exemple, dès lors qu'elles sont adoptées par le législateur et non par un ordre professionnel, des règles nouvelles limitant la possibilité pour le dentiste belge de faire de la publicité devront être évaluées en amont conformément à la nouvelle directive. Par contre, l'adoption de règles au contenu identique par l'Ordre des médecins ou l'Ordre des pharmaciens n'impliquerait aucun test préalable de proportionnalité¹⁶⁸. De même, des règles au contenu identique ou similaire restreignant la possibilité pour le pharmacien de faire de la publicité devraient subir le test de proportionnalité en France (le Code de déontologie, préparé par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État, ce qui lui confère une nature réglementaire)¹⁶⁹ mais pas en Belgique (le Roi n'étant pas intervenu pour donner force obligatoire au Code de déontologie pharmaceutique comme le lui permettait l'arrêté royal n° 80, ledit Code n'est pas de nature réglementaire¹⁷⁰). Pour ces différentes raisons, on comprend mal pourquoi le législa-

¹⁶⁴ Directive 2018/958 relative à un contrôle, précitée, art. 2.

¹⁶⁵ Voy. sur ce point *supra*, point 14.

¹⁶⁶ L'auteur S. Blanchard semble de cet avis (voy. en ce sens: S. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 691).

¹⁶⁷ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, considérant 14.

¹⁶⁸ Les articles 15 des arrêtés royaux n°s 79 et 80 précités permettent au Roi de donner force obligatoire, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, aux Codes de déontologie médicale et pharmaceutique. Mais le Roi n'a pas, à ce jour, usé de cette faculté. Dès lors, ni le Code de déontologie médicale ni le Code de déontologie pharmaceutique n'a une valeur réglementaire ou législative.

¹⁶⁹ Art. L. 4235-1 du Code français de la santé publique.

¹⁷⁰ Voy. l'article 15, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal n° 80 précité.

teur européen a limité expressément le champ d'application de la directive aux seules dispositions de nature législative, réglementaire ou administrative, sans y intégrer les dispositions de nature déontologique¹⁷¹.

Il semble qu'il sera tout de même possible de soumettre les règles de nature déontologique aux exigences posées par la nouvelle directive. Il s'agira d'invoquer l'obligation du test de proportionnalité à l'égard de la disposition légale ou réglementaire nationale qui mandate l'Ordre pour édicter les règles déontologiques¹⁷² ou de celle qui donne force obligatoire aux dites règles et les insère dans le corpus réglementaire et législatif¹⁷³. La modification du code de déontologie concerné constituera alors une modification de cette disposition légale ou réglementaire, et un test de proportionnalité de cette modification pourra alors être exigé.

39. La place particulière des professions de santé au sein de la directive. L'article 7 de la nouvelle directive qui précise les éléments dont les États doivent tenir compte pour procéder au test de proportionnalité, insère un paragraphe spécifique aux professions de santé. Selon ce paragraphe, «lorsque les dispositions visées au présent article concernent la

réglementation de professions de santé et ont des implications pour la sécurité des patients, les États membres tiennent compte de l'objectif de garantir un haut degré de protection de la santé humaine»¹⁷⁴. Ce paragraphe n'était pas initialement inséré dans la proposition de directive adoptée par la Commission européenne¹⁷⁵. Une telle proposition avait, d'ailleurs, suscité beaucoup d'émotions et de craintes dans le secteur des professions de santé¹⁷⁶. De telles craintes ont eu un écho auprès du Parlement européen qui, en première lecture, a proposé des amendements tendant, non pas à exclure les professions de santé du champ d'application de la directive, mais à inscrire expressément que «en ce qui concerne la réglementation [des professions de santé], les États membre disposent d'une marge de

¹⁷⁴ Directive 2018/958 relative à un contrôle de proportionnalité, précitée, art. 7, § 5.

¹⁷⁵ COM(2016) 822 final, précitée.

¹⁷⁶ Plusieurs instances de représentation des professions (voy. Pharmaceutical Group of European Union, «PGEU draft response to EC Consultation on the proportionality in the regulation of professions», Ref. 16.08.19 PP002, disponible sur <https://www.pgeu.eu>, consulté le 10 septembre 2019) ou autorités nationales (voy. notamment : Sénat fr., Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité sur la mise en œuvre de la directive «services» – professions réglementées, 2016-2017, n° 105, 17 mars 2017; Assemblée nationale fr., Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (COM[2016] 822 final), 2016-2017, n° 932, 10 mars 2017) ont exprimé leur souhait de voir les professions de santé exclues du champ d'application de la directive. Elles arguaient notamment que la proposition de directive de la Commission était susceptible de violer le principe de subsidiarité, en ce qu'elle remettait en cause la compétence des États membres en matière de santé. L'Assemblée nationale française craignait notamment que «le contrôle de proportionnalité proposé [ne porte atteinte à] la capacité des États membres de mettre en œuvre des réglementations en matière de santé».

¹⁷¹ Comme il l'avait d'ailleurs fait dans le cadre de la directive 2006/123/CE «services», précitée, où sont soumises à évaluation, en vertu de son article 15, «toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels ou des règles collectives d'associations professionnelles ou autres organisations professionnelles adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique [...]» (art. 4, 7)).

¹⁷² Pour l'Ordre des médecins, voy. l'article 15 de l'arrêté royal n° 79, précité; pour l'Ordre des pharmaciens, voy. l'article 15 de l'arrêté royal n° 80, précité.

¹⁷³ Le Roi, néanmoins, n'est pas intervenu pour donner force obligatoire ni au Code de déontologie médicale ni au Code de déontologie pharmaceutique, de sorte qu'une telle disposition légale ou réglementaire, à ce jour, n'existe pas.

manœuvre suffisante pour garantir un haut de degré de la santé humaine »¹⁷⁷.

Cet amendement n'a pas été retenu et, *in fine*, les professions de santé n'ont pas été exclues du champ d'application de la directive. En revanche, leur particularité a été reconnue par l'insertion expresse, dans l'article 7, de l'objectif de garantir un haut degré de protection de la santé humaine, dont les États doivent tenir compte lorsqu'ils procèdent au test de proportionnalité. On s'interroge néanmoins sur l'impact pratique qu'aura une telle insertion. Soit les États s'y engouffreront pour continuer, pour certains d'entre eux, à brandir un spectre non proportionné du risque d'atteinte à la santé publique, rendant impossible une mise en balance neutre des différents éléments exigés par le test. Soit cet élément complémentaire obligera au contraire les États membres à expliquer davantage de quelle manière la mesure qu'ils entendent adopter leur permettra d'assurer la sécurité des patients en garantissant un haut degré de la santé humaine. En plus de constituer l'objectif que la mesure est censée viser, la protection de la santé publique deviendra alors un élément d'évaluation de la proportionnalité de la mesure, au même titre que les autres.

CONCLUSION

40. Le maintien de la souveraineté des États membres concernant les réglementations en matière de publicité. L'obligation faite aux États membres par la directive 2018/958 de procéder eux-mêmes à l'analyse de l'adéquation de leurs réglementations, sans attendre une éventuelle

condamnation d'un juge, doit constituer une opportunité. Ils sont, ainsi, incités à procéder eux-mêmes à l'inspection de leurs propres réglementations ou encouragés à inciter les ordres professionnels qui édictent les règles en question à y procéder. Cette méthode leur permettrait de conserver la maîtrise de leurs réglementations et leur souveraineté en la matière. Pour F. Berrod, « cette approche est en réalité favorable aux États et donc à la diversité des approches pour réglementer certaines professions : elle leur permet en effet de mieux exploiter leur marge de manœuvre »¹⁷⁸.

41. L'enjeu d'une harmonisation indirecte des réglementations. Il ne faut toutefois pas s'y tromper. L'ambition des institutions européennes avec cette directive est la poursuite de la construction du marché intérieur¹⁷⁹. Il est très possible que, dans plusieurs années, sa mise en œuvre ait pour effet d'effacer les différences entre les réglementations nationales, en ce compris les exigences édictées par les ordres professionnels, en particulier celles encadrant la publicité faite par les professionnels de la santé. Un tel lissage sera alors l'œuvre non pas des institutions européennes mais bien des États. À ce titre, le but *in fine* n'est-il pas d'aboutir à une harmonisation indirecte des différentes règles¹⁸⁰? En cela, la

¹⁷⁷ Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (COM(2016)0822), première lecture.

¹⁷⁸ F. BERROD, « La proposition de directive sur le principe de proportionnalité dans les professions réglementées : prendre la responsabilité des États au sérieux », *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁹ La Commission européenne ne s'en cache pas. Elle souligne que « de nombreuses études démontrent que l'approfondissement du marché unique dans le domaine des services présente un potentiel inexploité ». Dans ce contexte, « une directive de l'UE faciliterait considérablement le respect par les États membres de leur obligation de respecter le principe de proportionnalité et garantirait que les États membres évaluent la proportionnalité de manière équivalente à tous les niveaux de la réglementation, et ce afin d'éviter la fragmentation du marché unique » (COM(2016) 822 final, précitée, pp. 2, 4 et 5).

¹⁸⁰ Voy. en ce sens S. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 690.

DOCTRINE

directive 2018/958 ne serait-elle pas porteuse d'une méthode d'harmonisation européenne d'un genre nouveau ? Pour qu'une telle hypothèse se vérifie, encore faudrait-il toutefois que les États membres et, le cas échéant, les ordres professionnels jouent le jeu.