

Publicité et professions libérales : questions actuelles au regard de l'arrêt *Vanderborght* du 4 mai 2017 de la Cour de justice

Sarah Ghislain*

1. L'arrêt *Vanderborght* du 4 mai 2017¹ a constitué l'occasion pour la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur la conformité, au regard de diverses dispositions du droit de l'Union, de la réglementation belge interdisant aux dentistes de faire de la publicité pour des prestations de soins buccaux et dentaires.

Après avoir situé le contexte du cas d'espèce soumis à la Cour de justice (titre I), nous analyserons les trois constats effectués par la Cour : d'abord l'absence de contrariété à la directive sur les pratiques commerciales déloyales (titre II), ensuite la contrariété à la directive sur le commerce électronique (titre III) et enfin, la contrariété au principe de la libre prestation de services consacré par l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (titre IV). Nous nous intéresserons ensuite à quelques enseignements à tirer de cet arrêt (titre V).

I. Contexte factuel et juridique du litige en cause

2. L'arrêt *Vanderborght* répond à diverses questions préjudicielles posées à la Cour de justice par une décision du 18 juin 2015 rendue par le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, section correctionnelle, dans le cadre de la procédure pénale initiée à l'encontre de Monsieur Vanderborght, dentiste établi en Belgique, pour avoir enfreint les règles nationales applicables en matière d'interdiction de publicité pour des prestations de soins buccaux et dentaires.

Ces poursuites pénales ont été engagées à l'encontre de ce dentiste en raison d'une plainte déposée par le Verbond der Vlaamse Tandartsen VZW, association professionnelle, à la suite de laquelle le ministère public a requis le renvoi de Monsieur Vanderborght devant le tribunal correctionnel.

* Avocate. Collaboratrice didactique à l'UNamur. Avec nos vifs remerciements à Hervé Jacquemin pour ses conseils et la relecture de cet article.

¹ C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335. Voy. pour d'autres commentaires de cet arrêt : H. LAMON, « Reclamebepkeringen voor vrije beroepen zijn niet strijdig met Europees recht », *Juristenkrant*, 2017/351, p. 7 ; A. DUBUIS, « La publicité pour les soins dentaires dans l'Union européenne : non à l'interdiction absolue, oui à l'encadrement », *R.A.E. – L.E.A.*, 2017/2, pp. 385 et s. ; F. PICOD, note sous C.J., arrêt *Vanderborght*, 4 mai 2017, C-339/15, EU:C:2017:335, *Jurisprudence de la CJUE. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 285 et s. ; J. STUYCK, « “Arrêt Vanderborght” : l'interdiction belge de publicité en matière de soins dentaires à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2017, p. 324.

Cette plainte avait pour cause le fait qu'entre les mois de mars 2003 et janvier 2014, Monsieur Vanderborght a fait de la publicité pour des prestations de soins dentaires. Cette publicité a pris les formes suivantes : (i) il a installé un panneau comportant trois faces imprimées indiquant son nom, sa qualité de dentiste, l'adresse de son site Internet ainsi que le numéro de téléphone de son cabinet, (ii) il a créé un site Internet pour informer les patients des différents types de traitement offerts au sein de son cabinet et (iii) il a fait publier des annonces publicitaires dans des journaux locaux.

3. Devant le tribunal correctionnel, les poursuites pénales étaient fondées sur deux dispositions légales. En effet, les praticiens de l'art dentaire ont pour particularité qu'ils ne sont pas chapeautés par un Ordre des dentistes tel qu'il existe un Ordre pour les pharmaciens, les avocats ou encore les médecins. À défaut d'une telle autorité professionnelle qui édicterait les règles déontologiques applicables aux dentistes, ces règles ont été établies par le législateur lui-même.

Les deux dispositions légales invoquées dans le cadre des poursuites pénales sont les suivantes.

D'une part, l'association professionnelle s'est appuyée sur l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires² (ci-après, la « loi du 15 avril 1958 ») qui interdit toute publicité de la part d'un prestataire de soins dentaires.

Cet article est libellé comme suit : « 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, notamment au moyen d'étalages ou d'enseignes, d'inscriptions ou de plaques susceptibles d'induire en erreur sur le caractère légal de l'activité annoncée, de prospectus, de circulaires, de tracts et de brochures, par la voie de la presse, des ondes et du cinéma, par la promesse ou par l'octroi d'avantages de toute nature tels que ristournes, transports gratuits de patients, ou par l'intervention de rabatteurs ou de démarcheurs »³.

À la lecture des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 1958, il est éclairant de relever le contexte dans lequel a été érigée cette interdiction totale de publicité dans le domaine de l'art dentaire. On y lit ainsi que la loi du 12 mars 1818 réglant tout ce qui est relatif à l'exercice des différentes branches de l'art de guérir et que l'arrêté royal du

² Loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires, *M.B.*, 5 mai 1958.

³ La violation de cet article est notamment sanctionnée par l'article 3 de la même loi qui prévoit une amende pénale de 500 EUR à 1.000 EUR (à multiplier par 6 pour les infractions commises à partir du 1^{er} janvier 2012 et à multiplier par 8 pour les infractions commises à partir du 1^{er} janvier 2017), sans préjudice de la possibilité pour le tribunal de prononcer une peine de confiscation de tous les médicaments, appareils et instruments servant ou destinés à servir à l'exercice de l'art dentaire (article 6 de la même loi).

9 novembre 1951 qui a complété en matière de publicité les instructions aux dentistes contenues dans l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 ont été insuffisants pour mettre un terme à toutes les pratiques commerciales constatées dans le domaine de l'art dentaire⁴ et que : « Depuis plusieurs années, en effet, une réclame tapageuse s'est organisée autour des soins dentaires. Des cliniques à caractère commercial usent de tous les moyens de persuasion pour s'assurer une clientèle d'autant plus facile à convaincre qu'elle est peu avertie des dangers auxquels elle s'expose. Cette publicité a pris les formes les plus diverses et les plus insinuantes et chacun a eu l'occasion d'en apprécier les manifestations. (...) Mais ce qu'il faut souligner surtout comme constituant le reproche fondamental que l'on doit adresser à ce genre d'établissement, c'est que la façon dont y sont donnés les soins dentaires ne correspond en rien aux normes scientifiques reconnues, ni aux intérêts des patients (...) »⁵. Concernant l'article 1^{er} précité, les travaux préparatoires précisent que : « Son article premier pose le principe de l'interdiction de toute publicité, quelle qu'elle soit, en matière de soins dentaires. La disposition a une portée tout à fait générale et s'il a été jugé nécessaire de l'explicitier davantage, c'est à la seule fin de mieux souligner les différents procédés de réclame employés le plus souvent à l'heure présente. Il reste entendu que l'énumération n'est pas limitative et que ce qui est désormais prohibé, c'est le fait d'attirer, par tous moyens de recommandation ou de propagande, écrite ou autre, des personnes souffrant d'affections, de lésions ou d'anomalies de la bouche et des dents à l'effet de les soigner ou de les faire soigner par des personnes qualifiées ou non, en Belgique ou à l'étranger »⁶.

D'autre part, l'association professionnelle a invoqué l'article 8^{quinquies} de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 réglementant l'exercice de l'art dentaire⁷ (ci-après, l'« arrêté royal du 1^{er} juin 1934 ») qui a trait aux conditions d'exercice de la profession de dentiste. Cet article dispose que : « 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 ; elle peut également mentionner la partie de l'art dentaire spécialement exercée par le praticien (...) »⁸.

⁴ Projet de loi relatif à la publicité en matière de soins dentaires, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1957-1958, n° 809/1, p. 1.

⁵ Projet de loi relatif à la publicité en matière de soins dentaires, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1957-1958, n° 809/1, p. 1.

⁶ Projet de loi relatif à la publicité en matière de soins dentaires, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1957-1958, n° 809/1, p. 3.

⁷ Arrêté royal réglementant l'exercice de l'art dentaire, *M.B.*, 7 juin 1934.

⁸ Les infractions aux dispositions de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 sont punies des peines prévues par la loi du 12 mars 1818 (article 10 de l'arrêté royal qui a été implicitement abrogé par l'article 52 de l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 et dont l'article 38 prévoit l'application de peines spécifiques).

Devant le tribunal correctionnel, Monsieur Vanderborgh a soutenu que les deux dispositions nationales précitées violaient la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales⁹, la directive 2000/31 sur le commerce électronique¹⁰ et les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

C'est dans ce contexte que la Cour de justice a été amenée à répondre aux six questions préjudicielles dont elle a été saisie par le tribunal correctionnel quant à la violation potentielle par les dispositions nationales susvisées de ces trois sources du droit dérivé et du droit primaire de l'Union.

II. Absence de contrariété à la directive sur les pratiques commerciales déloyales

4. Dans le cadre des trois premières questions posées à la Cour de justice, il lui était demandé si la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (ci-après, la « directive 2005/29 ») s'oppose d'une part, à l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 qui interdit, de manière absolue, toute publicité, quel qu'en soit l'auteur, pour des soins buccaux ou dentaires et d'autre part, à l'article 8^{quinquies} de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 qui détaille les exigences de discrétion auxquelles doit répondre l'enseigne du cabinet d'un dentiste destinée au public.

Comme l'a relevé l'avocat général, Monsieur Yves Bot, dans ses conclusions présentées le 8 septembre 2016, il est permis de se poser cette question dès lors que la directive 2005/29 est une directive d'« harmonisation maximale »¹¹ des règles nationales en matière de pratiques commerciales déloyales ; ce qui implique que les États membres ne sont pas autorisés à introduire ou à maintenir des dispositions plus restrictives que celles de la directive, y compris des dispositions plus protectrices des consommateurs¹².

5. En premier lieu, la Cour de justice a dû déterminer si les publicités interdites en l'espèce constituent des « pratiques commerciales » au sens de l'article 2, d), de

⁹ Directive (CE) 2005/29 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, *J.O.C.E.*, L 149, 11 juin 2005.

¹⁰ Directive (CE) 2000/31 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, *J.O.C.E.*, L 178, 17 juillet 2000.

¹¹ Voy. notamment à propos de cette notion : G. STRAETMANS et D. VOINOT, « Chapitre 1. L'influence réduite du droit de l'Union européenne », *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 110 et s.

¹² Av. gén. Y. Bot, concl. préc. C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborgh*, C-339/15, EU:C:2016:660, point 30.

la directive 2005/29. La Cour y a répondu de manière affirmative, en relevant que cette notion, formulée de manière particulièrement large, vise « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » et que la notion de « produit » vise quant à elle tout bien ou service. Elle en conclut que la publicité pour des services buccaux et dentaires, que ce soit par le biais de publications dans des périodiques publicitaires, sur Internet ou au moyen d'enseignes constitue bien une pratique commerciale au sens où l'entend la directive 2005/29.

6. Avant même d'analyser si les pratiques commerciales en cause sont « déloyales », la Cour de justice relève ensuite le champ d'application de la directive et en particulier, les dérogations à ce champ d'application. Selon l'article 3, § 3, la directive s'applique sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits. En vertu de l'article 3, § 8, la directive s'applique sans préjudice des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées¹³ que les États membres peuvent imposer aux professionnels, conformément à la législation communautaire, pour garantir que ceux-ci répondent à un niveau élevé d'intégrité.

Autrement dit, comme le relève l'avocat général Yves Bot, bien que la directive vise une harmonisation complète des règles nationales en matière de pratiques commerciales déloyales, les États membres sont autorisés à adopter des mesures *plus restrictives* lorsqu'il s'agit de pratiques de publicité mettant en danger la santé des consommateurs, intérêt qui prime les seuls intérêts économiques de ces derniers¹⁴. De même, les États membres sont autorisés à instaurer des mesures *plus restrictives* dans l'hypothèse de professions réglementées, comme celle de dentiste, en vue de garantir la dignité de telles professions.

Or, la Cour indique qu'il ressort de la décision de renvoi que les dispositions nationales en cause visent précisément à protéger, en ce qui concerne l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958, la santé publique, et, en ce qui concerne l'article 8^{quinquies} de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934, la dignité de la profession de dentiste.

En conséquence, la Cour de justice aboutit à la conclusion que la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales ne s'oppose pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui protège la santé publique et la dignité de la

¹³ L'article 2, 1), de la directive définit la notion de « profession réglementée » comme suit : « une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement à des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la possession de qualifications professionnelles déterminées ».

¹⁴ Av. gén. Y. Bot, concl. préc. C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborgh*, C-339/15, EU:C:2016:660, point 36.

profession de dentiste, d'une part, en interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires et, d'autre part, en fixant certaines exigences de discrétion en ce qui concerne les enseignes de cabinets dentaires¹⁵.

7. Ce premier constat de la Cour de justice appelle plusieurs observations.

8. Premièrement, il échet de constater que la Cour de justice, en constatant que les dispositions nationales en cause ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive, balaye rapidement la question et ne se livre donc pas à l'analyse de la conformité de ces dispositions avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Elle se borne à constater que les dispositions nationales en cause visent à protéger respectivement la santé publique et la dignité de la profession de dentiste sans toutefois (pouvoir) procéder à la vérification *in concreto* de l'adéquation entre l'interdiction et les restrictions introduites par ces dispositions nationales et le but recherché par le législateur belge en adoptant ces dispositions...

Or paraît-il tellement évident qu'une interdiction totale faite aux dentistes de faire de la publicité pour des soins dentaires a effectivement pour but de protéger la santé des patients ? Ne pourrait-on pas considérer, à l'inverse, que la publicité pour des soins dentaires, à tout le moins à visée « médicale », favorise la santé publique en incitant les consommateurs à consulter leur dentiste ?... La question mériterait d'être analysée plus en détails mais cette analyse dépassait les compétences de la Cour de justice semble-t-il, à tout le moins concernant la question de la conformité à la directive sur les pratiques commerciales déloyales...

9. Ensuite, que penser de la dérogation prévue par la directive sur les pratiques commerciales déloyales concernant les règles nationales ayant pour but la protection de la santé ?

Comme l'a relevé la Commission dans son premier rapport sur l'application de la directive, celle-ci ne vise qu'à protéger les intérêts économiques des consommateurs, à l'exclusion d'autres intérêts, tels que la santé¹⁶. Le considérant n° 9 de la directive indique expressément que : « Les États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des

¹⁵ C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335, point 30.

¹⁶ Premier rapport sur l'application de la 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 »), COM (2013) 139 final, 14 mars 2013, point 3.2.

consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel, par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac ou les produits pharmaceutiques ». Ce sont donc bien des mesures plus restrictives (et certainement pas moins restrictives) régissant les pratiques commerciales que les États membres peuvent prendre en vue de protéger la santé des consommateurs. Mais cette faculté de dérogation laissée aux États membres ne risque-t-elle pas d'avoir un effet pervers ? En effet, en permettant à un État membre (par exemple la France) d'adopter sur son territoire des mesures plus restrictives visant à protéger la santé des consommateurs (par exemple une interdiction de toute publicité) alors qu'un autre État membre (par exemple l'Allemagne) n'adopterait pas de telles mesures, les consommateurs/patients français pourraient être incités à aller consulter un dentiste en Allemagne après avoir reçu sa publicité en Allemagne. Or, la directive sur les pratiques commerciales déloyales a précisément été adoptée en vue de lutter contre la concurrence déloyale entre les États membres¹⁷.

Ne serait-il dès lors pas opportun de réfléchir à l'adoption d'une directive d'harmonisation maximale sur les pratiques commerciales déloyales visant spécifiquement les professionnels du domaine de la santé ? Il semble tout de même envisageable de prévoir des règles communes à tous les États membres en considération de l'objectif de protection de la santé publique.

III. Contrariété à la directive sur le commerce électronique

10. Il était ensuite demandé à la Cour de justice de statuer sur la compatibilité de l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 avec la directive 2000/31 sur le commerce électronique en ce que cette disposition interdit de manière absolue toute publicité, y compris donc la publicité commerciale effectuée par voie électronique (notamment au moyen d'un site Internet).

11. La directive sur le commerce électronique a pour particularité que, contrairement à la directive sur les pratiques commerciales déloyales, elle ne tend pas à une harmonisation des règles nationales matérielles en la matière. Elle ne vise que « certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique ».

12. La Cour s'est immédiatement focalisée sur l'article 8 de la directive qui traite en particulier des « professions réglementées », et a rappelé le principe selon lequel les États membres doivent veiller 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. Le

¹⁷ Voy. considérant n° 3 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

principe qui prévaut est donc celui de la liberté d'utilisation des communications commerciales¹⁸.

La Cour a alors décortiqué les termes clés de cette disposition pour conclure à son application en l'espèce.

La Cour relève premièrement que la profession de dentiste constitue bien, en Belgique, une profession réglementée¹⁹ au sens de la directive, c'est-à-dire une activité professionnelle dont l'accès ou l'exercice est subordonné par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession d'un titre de formation ou d'une attestation de compétence²⁰.

En ce qui concerne la notion de « services de la société de l'information » ensuite, elle est définie comme étant tout « service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »²¹. La Cour relève que le considérant 18 de la directive précise que cette notion englobe un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne et que cette notion « ne se limite pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils 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 des communications commerciales »²². La Cour en conclut que la publicité en ligne est susceptible de constituer un service de la société de l'information au sens de la directive.

Enfin, la Cour relève que la publicité en ligne en cause constitue bien une « communication commerciale », définie comme étant toute forme de communication destinée

¹⁸ O. LEROUX, « L'utilisation des communications commerciales dans les professions réglementées », M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE, P. DE LOCHT e.a., *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 169.

¹⁹ Voy. au sujet de cette notion : O. LEROUX, *op. cit.*, pp. 170 et s. Voy. également *infra*, point 24, pour la distinction avec la notion de « profession libérale ».

²⁰ Voy. article 2, g), de la directive 2000/31 qui renvoie soit à l'article 1^{er}, point d), de la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionne des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, soit à l'article 1^{er}, f), de la directive 92/51/CEE du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE.

²¹ Voy. article 2, a), de la directive 2000/31 qui renvoie à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE (qui a été abrogée par la directive 2015/1535, qui définit cette notion de service de la société de l'information en son article 1^{er}, 1. b)).

²² C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335, point 36. Voy. sur la notion de « service de la société de l'information » : M. ANTOINE, « Chapitre 1 : L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique », M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE, P. DE LOCHT e.a., *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 3.

à promouvoir, directement ou indirectement, des services notamment d'une personne exerçant une profession réglementée.

En conclusion, dès lors que la publicité relative aux prestations de soins buccaux et dentaires, faite au moyen d'un site Internet créé par un dentiste, constitue bien une « communication commerciale faisant partie d'un service de la société de l'information ou constituant un tel service fourni par un membre d'une profession réglementée », la Cour relève que les États membres doivent, conformément à l'article 8 de la directive, s'assurer que de telles communications commerciales soient en principe autorisées, en rappelant que l'objet de cette disposition est de permettre aux membres d'une profession réglementée d'utiliser des services de la société de l'information en vue de promouvoir leurs activités.

13. Elle relève toutefois ensuite qu'il y a lieu de tenir compte de l'exception au principe d'autorisation prévue à l'article 8, § 1^{er}, concernant le 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. Comme le relève l'avocat général Yves Bot, les titulaires de professions réglementées (médecin, pharmacien, avocat, notaire,...) fournissent des services qui ne constituent pas un commerce comme un autre et ils ne sont pas autorisés à faire de la publicité dans les mêmes conditions que celle faite par un autre prestataire de services²³. Le législateur européen a toutefois préféré déléguer aux autorités professionnelles le soin d'édicter elles-mêmes les règles justifiant des restrictions au principe de libre utilisation des communications commerciales par les titulaires de professions réglementées eu égard aux spécificités propres à chacune de ces professions²⁴.

Selon l'avocat général, qui relève que la liste des raisons justifiant l'établissement de règles professionnelles dérogeant au principe d'autorisation n'est pas exhaustive, figurent parmi ces règles professionnelles celles visant à garantir la protection de la santé publique et celle du patient. Cette justification liée à la santé publique et à celle du patient n'a pas été reprise par la Cour dans son raisonnement²⁵, qui fait pour sa part référence à la nécessité de ne pas porter atteinte à la (relation de) confiance entre les patients et leurs dentistes.

Ceci dit, la Cour introduit une nuance qui a toute son importance en relevant que les règles professionnelles visées à l'article 8, § 1^{er} susvisé ne peuvent avoir pour effet de faire obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur de

²³ Av. gén. Y. Bot, concl. préc. C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2016:660, point 66.

²⁴ O. LEROUX, *op. cit.*, pp. 178 et s.

²⁵ Notons que le considérant n° 32 de la directive sur le commerce électronique fait expressément référence à la nécessité de respecter les règles professionnelles visant à protéger la santé publique.

l'Union en interdisant de manière générale et absolue toute forme de publicité en ligne destinée à promouvoir l'activité d'une personne exerçant une profession réglementée.

À l'appui de cette interprétation, la Cour se réfère à l'article 8, § 2, de la directive qui prévoit que les États membres encouragent les associations et les organismes professionnels à élaborer des codes de conduite au niveau communautaire pour *préciser* – et non interdire – les informations qui peuvent être données à des fins de communications commerciales.

Selon la Cour, l'article 8, § 1^{er}, de la directive permet que des règles professionnelles, prenant en compte des particularités des professions de santé, puissent encadrer, même « de manière étroite » précise-t-elle, le contenu et la forme des communications commerciales effectuées par des membres des professions réglementées, tels que les dentistes. Selon la Cour, ces règles ne peuvent toutefois pas comporter une interdiction générale et absolue de ce type de communications et en particulier de toute forme de publicité en ligne destinée à promouvoir l'activité d'une personne exerçant une telle profession.

14. En conclusion, la Cour considère que la directive 2000/31 s'oppose à une législation nationale telle que celle en cause qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires, en tant que celle-ci interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site Internet créé par un dentiste²⁶.

15. Concernant cette seconde analyse de la Cour relative au domaine du commerce électronique, nous observons premièrement qu'il est à nouveau fait référence à une dérogation liée aux règles visant à protéger la santé et/ou visant à protéger la confiance qu'ont les patients envers leurs dentistes. La dérogation n'opère toutefois pas au même niveau que concernant la directive sur les pratiques commerciales déloyales dès lors qu'il n'est pas question cette fois de dérogation au champ d'application de la directive sur le commerce électronique mais uniquement de dérogation au principe de libre utilisation des communications commerciales par les titulaires de professions réglementées. Ni la Cour, ni l'avocat général, ne font étonnamment référence à l'article 1^{er}, § 3, de la directive qui prévoit que la directive complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information « sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information ».

²⁶ C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335, point 50.

Deuxièmement, il échet de relever que ce qui apparaît central dans l'appréciation de la Cour quant à la conformité des dispositions en cause à la directive sur le commerce électronique et ce qui apparaît problématique, c'est le fait que l'interdiction de publicité érigée par le législateur belge soit totale et absolue. Et sur ce point, le raisonnement de la Cour apparaît tout à fait conforme et cohérent avec le principe de libre utilisation des communications commerciales (y inclus par les titulaires de professions réglementées). C'est un principe de liberté qui prévaut en la matière, plutôt qu'un principe d'interdiction.

Il échet toutefois de relever que, en dépit du constat d'incompatibilité établi par la Cour, cette dernière laisse incontestablement la porte largement ouverte à l'élaboration par les autorités professionnelles de règles visant à encadrer, même de manière stricte, le contenu ou la forme des communications commerciales (y inclus la publicité) utilisées par leurs membres, titulaires de professions réglementées. Ces autorités 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.

IV. Contrariété à la libre prestation de services consacrée par l'article 56 du TFUE

16. En dernier lieu, la Cour a dû analyser la compatibilité des dispositions nationales en cause interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires avec les principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services tels que consacrés respectivement par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le « TFUE »).

Plus particulièrement, et en considération de la réponse apportée aux questions préjudicielles relatives à la compatibilité de la législation nationale en cause avec la directive 2000/31 sur le commerce électronique, la Cour a limité son examen à l'interdiction de publicité qui n'est pas réalisée au moyen d'un service de la société de l'information.

17. S'est d'abord posée la question de la recevabilité de la question posée dès lors que, en vertu de la jurisprudence constante de la Cour, les dispositions du TFUE garantissant les libertés de circulation ne sont pas applicables à une situation dans laquelle tous les éléments se produisent à l'intérieur d'un seul État membre.

Bien qu'il s'agissait dans l'affaire en cause d'un dentiste belge, établi en Belgique et y exerçant ses activités professionnelles, la Cour a conclu à l'existence d'un élément

transfrontalier justifiant l'application du TFUE et partant, à la recevabilité de la question, au motif que le dentiste avait une clientèle provenant en partie d'autres États membres.

18. Sur le fond, il a d'abord été précisé que la question serait uniquement examinée à la lumière de la libre prestation de services consacrée par l'article 56 du TFUE dès lors que, en l'espèce, l'élément transfrontalier justifiant l'application des dispositions du TFUE était constitué par le déplacement de destinataires de services établis dans un autre État membre. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, lorsque, comme en l'espèce, une mesure nationale se rapporte à la fois à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, la Cour n'examine cette mesure qu'au regard de l'une seulement de ces deux libertés s'il s'avère que l'une d'elles est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée.

19. Faisant application de la « *rule of reason* », la Cour se prête alors à l'exercice consistant à vérifier si les dispositions nationales en cause constituent une restriction autorisée ou non à la libre prestation de services, au regard de l'article 56 du TFUE. Pour mémoire, la « règle de raison » vient tempérer la prohibition des restrictions à la libre circulation des personnes et des services en admettant que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales susvisées doivent remplir quatre conditions : (i) elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, (ii) elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, (iii) elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et (iv) elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre²⁷.

La Cour relève d'abord qu'il est bien question d'une restriction en l'espèce 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'elles se proposent d'offrir à cette dernière.

Au niveau de la justification de cette restriction, la Cour considère que les objectifs qu'elle poursuit, à savoir la protection de la santé publique et la dignité de la profession de dentiste, constituent bien des raisons impérieuses d'intérêt général et que l'interdiction générale et absolue de publicité par les dentistes est apte, en l'espèce, et tenant compte de la marge d'appréciation laissée aux États membres, à garantir la réalisation de ces objectifs. Elle avalise donc ce faisant les conditions de « causalité » et d'« adéquation ».

²⁷ L. VOGEL, « Chapitre 3 – Limites à la prohibition », *Traité de droit économique. Tome 4 : Droit européen des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 195.

Néanmoins, la Cour considère, contrairement à ce qu'avait considéré l'avocat général²⁸, que la condition de proportionnalité n'est pas respectée en raison du fait que l'interdiction générale et absolue de toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires dépasse ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs poursuivis par la législation nationale. Elle est d'avis que tous les messages publicitaires ne sont pas de nature à porter atteinte à la protection de la santé et/ou à la dignité de la profession de dentiste.

Sur ce point, la Cour fait un parallèle avec sa jurisprudence développée dans l'arrêt *Konstantinides* du 12 septembre 2013²⁹ rendu dans le cadre d'une affaire similaire. Il s'agissait d'un médecin grec, établi en Grèce, mais se rendant un ou deux jours par mois en Allemagne pour y effectuer des interventions chirurgicales hautement spécialisées. Une procédure disciplinaire avait été initiée en Allemagne à l'encontre de ce médecin pour infraction au code de classification tarifaire des actes médicaux et violation de l'interdiction de toute publicité contraire à l'éthique professionnelle. Sur ce point, il était plus précisément reproché à ce médecin d'avoir fait de la publicité sur son site Internet pour son activité exercée en Allemagne. Dans cette affaire, le code de déontologie médicale en cause ne prohibait pas de manière totale la publicité. Il n'interdisait pas la publicité relative aux services médicaux en eux-mêmes, mais exigeait que le contenu d'une telle publicité ne soit pas contraire à l'éthique professionnelle. Après avoir considéré qu'il y avait lieu d'apprécier la compatibilité de la législation nationale en cause avec l'article 56 du TFUE, la Cour a relevé qu'une réglementation posant une interdiction visant le caractère contraire à l'éthique professionnelle du contenu d'une publicité est susceptible de constituer une entrave à la liberté de prestation de services médicaux. Elle relève toutefois qu'une telle interdiction peut être justifiée par des considérations impérieuses d'intérêt général tenant à la santé publique et à la protection des consommateurs pour autant que l'éventuelle sanction appliquée à l'égard du professionnel faisant usage de la libre prestation de services soit proportionnée au regard du comportement reproché à l'intéressé. Elle en a conclu qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si cette interdiction constitue une restriction, au sens de l'article 56 du TFUE, et dans l'affirmative, si elle poursuit un objectif d'intérêt général et si cette restriction est propre à garantir la réalisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif³⁰.

Dans le cadre de la présente affaire, la Cour relève que, à la différence de la réglementation allemande en cause dans l'arrêt *Konstantidines*, la législation belge, interdisant

²⁸ Av. gén. Y. Bot, concl. préc. C.J., 4 mai 2017, arrêt *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2016:660, point 100.

²⁹ C.J., 12 septembre 2013, arrêt *Konstantidines*, C-475/11, EU:C:2013:542.

³⁰ C.J., 12 septembre 2013, arrêt *Konstantidines*, C-475/11, EU:C:2013:542, point 58.



de manière absolue et générale toute publicité effectuée par un dentiste pour des soins buccaux et dentaires, revêt une portée beaucoup plus large.

Elle estime par conséquent que les objectifs poursuivis par le législateur belge « pourraient être atteints au moyen de mesures moins restrictives encadrant, le cas échéant de manière étroite, les formes et les modalités que peuvent valablement revêtir les outils de communication utilisés par les dentistes, sans pour autant leur interdire de manière générale et absolue toute forme de publicité »³¹.

En conclusion, la Cour décide que la législation belge en cause, qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires, est contraire à l'article 56 du TFUE.

20. Il y a lieu de constater que c'est à nouveau le fait que l'interdiction de publicité soit totale et absolue qui pose problème au regard de l'article 56 du TFUE.

Ce raisonnement apparaît cohérent avec la jurisprudence de la Cour de justice en la matière.

Outre l'arrêt *Konstantidines* précité, dans un arrêt du 17 juillet 2008³², la Cour avait déjà statué dans une affaire portant sur la publicité effectuée par une entreprise espagnole exerçant son activité dans le secteur des traitements et de la médecine esthétique en vue de la faire diffuser par une agence de publicité sur une chaîne nationale de télévision italienne. Était en cause la compatibilité d'une réglementation italienne qui revenait à interdire, sur les chaînes de télévision nationales, la publicité relative aux traitements médicaux et chirurgicaux effectués dans des structures médicales privées, au regard des articles 43 et 49 du Traité instituant la Communauté européenne (ci-après, le « TCE ») consacrant respectivement la liberté d'établissement et la libre prestation des services. La Cour a considéré que la réglementation nationale en cause constituait une restriction aux libertés fondamentales susvisées mais qu'elle était justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, à savoir la protection de la santé publique. Toutefois, selon la Cour, cette restriction n'était pas de nature à garantir cet objectif dès lors que l'interdiction de publicité concernait uniquement les chaînes de télévision nationales et pas les chaînes de télévision locales. Elle en a conclu que les articles 43 et 49 du TCE s'opposaient à la réglementation italienne en cause.

21. Au sujet de la conformité de dispositions nationales en matière de publicité à la libre prestation de services telle que consacrée par l'article 56 du TFUE, un arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 janvier 2016³³ est intéressant à relever. Cet arrêt a été

³¹ *Ibidem*, point 75.

³² C.J.U.E., 17 juillet 2008, arrêt *Corporacion Demoestética*, C-500/06, EU:C:2008:421.

³³ Cour const., 14 janvier 2016, n^o 1/2016.

rendu à la suite d'un recours en annulation des articles 177 à 187 de la loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de santé³⁴, ces articles insérant de nouvelles règles en matière de publicité dans la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique (qui s'applique également aux dentistes³⁵). Ces dispositions introduisent une interdiction de publicité relative à des actes relevant de la chirurgie esthétique ou de la médecine esthétique non chirurgicale mais autorisent les praticiens concernés, sous certaines conditions, à diffuser de l'information professionnelle concernant leur pratique³⁶.

Dans le cadre de leur recours, les parties requérantes (particuliers et unions professionnelles) invoquaient notamment la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 49 et 56 du TFUE et avec l'article 24 de la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur en ce que les restrictions en matière de publicité et d'information professionnelle pour la médecine esthétique limiteraient de manière disproportionnée la mobilité européenne des médecins et patients et la libre concurrence entre les médecins. La Cour a décidé que, les restrictions introduites par les dispositions attaquées s'appliquant à tous les actes réalisés en Belgique qui relèvent de leur champ d'application, sans distinction selon la nationalité du patient ou du médecin, elles n'ont pas pour effet de rendre plus difficile pour les patients belges de se rendre dans un autre État membre de l'Union européenne pour y subir des actes relevant de la médecine esthétique ni de rendre plus difficile pour les médecins établis en Belgique de proposer des services dans un autre État membre de l'Union européenne ou de s'établir dans un autre État membre à cet effet. En revanche, précise la Cour, les médecins d'un autre État membre ont plus de difficultés à offrir en Belgique des services qui entrent dans le champ d'application de la loi en cause ou à s'établir à cet effet en Belgique. En ce qui concerne ensuite la justification de cette restriction, la Cour constitutionnelle relève qu'elle vise à protéger la santé publique et qu'elle répond dès lors à des motifs impérieux d'intérêt général. Elle considère également que les dispositions attaquées garantissent la réalisation de ces objectifs puisqu'elles prémunissent les citoyens contre la publicité pour des actes purement esthétiques et combattent la surconsommation médicale qui en découle. Elles sont donc adéquates. Enfin, concernant la condition de proportionnalité, la Cour a relevé que le seul fait qu'un État membre opte pour des dispositions plus strictes que dans d'autres États membres n'implique pas en soi une restriction disproportionnée à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services. Dès lors que les dispositions attaquées impliquent une interdiction de publicité mais

³⁴ *M.B.*, 30 avril 2014.

³⁵ Voy. article 14 de la loi du 23 mai 2013.

³⁶ Voy. article 20/1 de la loi du 23 mai 2013 tel qu'inséré par la loi du 10 avril 2014.

autorisent, sous certaines conditions, les praticiens à diffuser de l'information professionnelle, et que cette interdiction et ces restrictions portent uniquement sur des actes esthétiques sans but thérapeutique ou reconstructeur, la Cour considère que le principe de proportionnalité est respecté puisque les mesures attaquées ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, à savoir la protection de la santé publique.

V. Enseignements à tirer de cet arrêt

A. Arrêt qui cadre avec la jurisprudence de la Cour en la matière

22. Ce n'était pas la première fois que la Cour de justice se prononçait sur la question de l'interdiction de publicité par un titulaire d'une profession réglementée et sur sa compatibilité avec d'autres dispositions du droit de l'Union.

En effet, dans un arrêt *Doulamis* du 13 mars 2008³⁷, la Cour s'était déjà prononcée dans le cadre d'une affaire fortement similaire à celle ayant mené à l'arrêt *Vanderborght*. Cet arrêt faisait suite à une procédure pénale engagée contre un technicien dentaire pour infraction à l'interdiction de publicité en matière de soins dentaires consacrée par la loi du 15 avril 1958. M. Doulamis avait fait de la publicité dans un annuaire téléphonique pour son laboratoire et sa clinique dentaires. Les encarts publicitaires contenaient des informations objectives, telles que les services offerts, le numéro de téléphone et les horaires d'ouverture. Dans ce contexte, le tribunal de première instance de Bruxelles avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice en vue de savoir si la loi du 15 avril 1958, en interdisant à des prestataires de soins dentaires de se livrer à quelque publicité que ce soit, directement ou indirectement, dans le domaine des soins dentaires, s'opposait à l'article 81 CE, dans la mesure où une telle interdiction serait susceptible de constituer une atteinte à la libre concurrence. La Cour a relevé que l'interdiction instituée par la loi précitée ne relevait d'aucune des hypothèses d'application combinée des articles 10 CE et 81 CE dès lors qu'il ne ressort d'aucun élément que la loi du 15 février 1958 favorise, renforce ou codifie une entente ou une décision d'entreprises. Même à supposer que M. Doulamis constitue une « entreprise » au sens de l'article 81 CE, il n'est pas question d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui auraient pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun. La Cour en avait donc conclu qu'il n'y avait pas de contrariété aux dispositions européennes invoquées.

³⁷ C.J.U.E., 13 mars 2008, arrêt *Doulamis*, C-446/05, EU:C:2008:157.

Dans un arrêt du 5 avril 2011³⁸, la Cour avait statué dans une affaire portant sur la compatibilité d'une réglementation française, interdisant de manière absolue et générale aux experts-comptables toute activité de démarchage, avec la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur³⁹ (ci-après, la « directive 2006/123 »). Se posait la question de savoir si l'article 24 de cette directive portant sur les communications commerciales des professions réglementées entendait proscrire, pour les professions réglementées, toute interdiction générale, quelle que soit la forme de pratique commerciale concernée ou s'il autorisait les États membres à maintenir des interdictions générales pour certaines pratiques commerciales, telles que le démarchage. Après avoir considéré que le démarchage constituait bien une forme de « communication commerciale » au sens où l'entend la directive 2006/123, la Cour a relevé que l'interdiction de démarchage telle que prévue par les dispositions du Code de déontologie français en cause était conçue de manière large, prohibant toute activité de démarchage, quels que soient sa forme, son contenu ou les moyens employés. Selon la Cour, il s'agit d'une interdiction totale prohibée par l'article 24 de la directive 2006/123, cette dernière visant à éliminer les obstacles à la libre prestation des services entre les États membres.

Si la Cour avait donc déjà eu l'occasion de se prononcer dans des affaires portant sur des faits similaires, l'arrêt commenté du 4 mai 2017 a constitué la première occasion pour la Cour de se prononcer sur la compatibilité d'une telle réglementation avec la directive sur les pratiques commerciales et avec la directive sur le commerce électronique.

Cet arrêt semble cohérent avec la jurisprudence précitée de la Cour en confirmant l'incompatibilité d'une interdiction générale et absolue de toute publicité par un dentiste, titulaire d'une profession réglementée, avec l'article 56 du TFUE (voy. *supra*, l'arrêt *Konstantidines* du 12 septembre 2013) mais également avec la directive sur le commerce électronique dont l'objectif premier, semblable à celui de l'article 56 du TFUE, est d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres⁴⁰.

B. Que peut-on en conclure pour les titulaires de professions libérales ?

23. La décision commentée traite des « professions réglementées ». Cette notion se retrouve dans plusieurs directives. Il y est fait référence dans la directive sur les pratiques commerciales, dans la directive sur le commerce électronique et également dans la directive 2006/123.

³⁸ C.J., 5 avril 2011, arrêt *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, EU:C:2011:208.

³⁹ Directive (CE) 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 376/36, 27 décembre 2006.

⁴⁰ Directive sur le commerce électronique, art. 1, § 1^{er}.

On l'a vu, constitue une profession réglementée au sens de ces directives une activité professionnelle 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 d'un diplôme, d'un titre de formation ou de qualifications professionnelles déterminées⁴¹.

24. Qu'en est-il des professions libérales ?

Depuis le 21 mai 2014, date d'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2014⁴², les titulaires de professions libérales faisaient l'objet de dispositions spécifiques, reprises dans le livre XIV du Code de droit économique, qui traite des pratiques du marché et de la protection du consommateur relatives aux professions libérales. Plus précisément, étaient visées par ce livre les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions⁴³.

Toutefois, cette exclusion des titulaires des professions libérales des dispositions du livre VI du Code de droit économique⁴⁴ (sauf en ce qui concerne leurs prestations non caractéristiques) a fait l'objet de vives critiques en doctrine⁴⁵.

Par l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises⁴⁶ (ci-après, la « loi du 15 avril 2018 »), le législateur prit la décision d'élargir la notion générale d'« entreprise »⁴⁷ dans le Code de droit économique (sans préjudice des

⁴¹ Voy. article 2), l), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, l'article 2, g), de la directive sur le commerce électronique et l'article 4, 11), de la directive 2006/123.

⁴² Loi du 15 mai 2014 portant insertion du Livre XIV « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.

⁴³ C.D.E., art. XIV.1. N'étaient donc pas visées par le livre XIV les prestations non intellectuelles ou non caractéristiques des titulaires de professions libérales.

⁴⁴ Les titulaires de professions libérales (ainsi que les dentistes et les kinésithérapeutes) étaient déjà exclus, auparavant, du champ d'application de la LPMC du 6 avril 2010 (ce qui n'a pas passé le test des articles 10 et 11 de la Constitution devant la Cour constitutionnelle).

⁴⁵ Voy. à ce propos notamment : H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 722 et s. ; F. GLANSDORFF, « Le Code de droit économique et les professions libérales », *Le nouveau Code de droit économique/Het nieuwe wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s. ; M. KRINGS, « Le livre XIV du Code de droit économique : des défis à relever pour les titulaires de professions libérales », *Le nouveau Code de droit économique. Quelles incidences sur les professions libérales ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 49 et s.

⁴⁶ Loi du 15 mai 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018.

⁴⁷ Cette nouvelle notion à laquelle le législateur a entendu conférer un vaste contenu de manière à couvrir tous les acteurs actifs sur le plan économique, est définie à l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique comme étant : « chacune des organisations suivantes : (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant, (b) toute personne morale, (c) toute autre organisation sans personnalité juridique. Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application : (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne

définitions spécifiques qui sont prévues en matière de droit de la concurrence⁴⁸ et de pratiques du marché⁴⁹). À la lumière de cet élargissement, la loi du 15 avril 2018, dont les dispositions sont entrées en vigueur pour la plupart⁵⁰ le 1^{er} novembre 2018, abroge donc les dispositions du livre XIV. Corrélativement à la subrogation de ce livre XIV, les titulaires de professions libérales sont tombés, pour toutes leurs prestations, y compris celles non caractéristiques, dans le champ d'application du livre VI relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁵¹.

Par ailleurs, la loi du 15 avril 2018 introduit également dans le Code de droit économique une nouvelle définition « générale » de la notion de titulaire d'une profession libérale. Il s'agit de : « 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 »⁵². Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette nouvelle notion, l'article I.8, 35°, du Code de droit économique (repris dans les définitions particulières au livre XIV) définissait la personne exerçant une profession libérale comme étant : « toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce ».

procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ; (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché, (c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracomunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale ».

⁴⁸ La définition spécifique de l'entreprise au sens des livres IV et V du Code de droit économique est prévue respectivement dans un nouveau 3° de l'article I.6 (contenant les définitions particulières au livre IV) et dans un nouveau 2° de l'article I.7 (contenant les définitions particulières au livre V).

⁴⁹ La définition de l'entreprise au sens du livre VI est la même que la définition générale de l'entreprise qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 2018. Cette définition « spécifique » au livre VI est prévue dans un nouveau 39° de l'article I.8 (contenant les définitions particulières au livre VI).

⁵⁰ L'article 260 de la loi du 15 avril 2018 prévoit que la loi entre en vigueur au plus tard le 1^{er} novembre 2018 mais que le Roi peut fixer pour chacune des dispositions une date d'entrée en vigueur antérieure. Certaines dispositions relatives au livre XX du Code de droit économique sont déjà entrées en vigueur le 1^{er} mai 2018.

⁵¹ Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 2828/001, p. 7. Il est toutefois précisé dans l'exposé des motifs que toutes les dispositions du livre VI ne seront pas *de facto* pertinentes pour les prestations intellectuelles des titulaires de professions libérales caractéristiques de leur profession et que dans la mesure où une disposition du livre VI n'est pas pertinente pour de telles activités, elle ne sera pas d'application.

⁵² C.D.E., art. I.1, 14°.

La notion de profession libérale définie en droit interne ne se confond donc pas avec la notion de profession réglementée définie plus largement par le droit de l'Union. En effet, les professions réglementées ne se limitent pas aux professions chapeautées par des ordres qui édictent des règles déontologiques et en garantissent le respect par leurs membres. Ces deux définitions se recoupent toutefois partiellement en ce qui concerne la nécessité du suivi d'une formation. Constitue donc une profession réglementée toute profession libérale au sens où l'entend le Code de droit économique.

Au regard de la définition en droit belge précitée, la profession de dentiste ne constitue pas une profession libérale. Bien qu'une certaine déontologie leur soit applicable, les dentistes ne sont pas soumis à un Ordre des dentistes veillant au respect des règles de déontologie de la profession. C'est le législateur qui édicte les règles déontologiques de la profession de dentiste. À l'inverse, la profession d'avocat par exemple constitue une profession libérale. Elle est soumise à des règles de déontologie établies par des ordres d'avocats (soit par l'Ordre des barreaux francophones et germanophones (OBFG), soit par l'« Orde van Vlaamse Balies » (OVB))⁵³ et dont le non-respect peut être sanctionné par un organe disciplinaire.

Ces deux professions ont néanmoins en commun qu'elles constituent toutes les deux une profession réglementée au sens du droit de l'Union. Les principes dégagés par la Cour de justice dans l'arrêt *Vanderborght* au sujet de la profession de dentiste peuvent donc s'appliquer de manière plus générale aux professions libérales⁵⁴, y inclus à celle d'avocat.

C. Que prévoit le droit interne en matière de publicité effectuée par les titulaires de professions libérales ?

25. Sans être exhaustif, rappelons que le livre VI du Code de droit économique, dans le champ d'application duquel tombent, depuis le 1^{er} novembre 2018, les titulaires de professions libérales, pour toutes leurs prestations, prévoit plusieurs dispositions en matière de publicité.

L'article VI.35, § 1^{er}, prévoit que le Roi peut d'une part, interdire ou restreindre la publicité en vue d'assurer une protection accrue de la sécurité du consommateur et de l'environnement et d'autre part, déterminer les mentions minimales de la publicité, en vue d'assurer une meilleure information du consommateur et ce, pour les biens et les services ou les catégories de biens ou de services déterminés par l'arrêté royal. L'article VI.35, § 2, tel que modifié par la loi du 15 avril 2018, prévoit qu'avant de proposer un arrêté, le ministre consulte le Conseil de la consommation et

⁵³ C. jud., art. 495.

⁵⁴ Voy. en ce sens un autre commentaire de l'arrêt *Vanderborght* : H. LAMON, *op. cit.*, p. 7.

le Conseil supérieur des indépendants et des PME. Lorsque l'arrêté concerne des titulaires d'une profession libérale, les organisations interprofessionnelles des titulaires concernés, qui ne sont pas représentées au Conseil supérieur des indépendants et des PME, sont également consultées.

L'article VI.17 prévoit quant à lui les conditions à respecter en matière de publicité comparative. Le contenu de cet article était repris quasiment à l'identique dans l'article XIV.9 du Code de droit économique, avant son abrogation par la loi du 15 avril 2018, à la différence près que cet article prévoyait, en son § 3, que le Roi pouvait, après avis des autorités professionnelles concernées, interdire ou restreindre la publicité comparative dans la mesure nécessaire pour préserver la dignité et la déontologie des professions libérales concernées. Voici donc une référence expresse à la possibilité de restreindre la publicité effectuée par le titulaire d'une profession libérale, en vertu de la protection de la dignité de la profession et des règles déontologiques. Étonnamment, nous constatons que la loi du 15 avril 2018 n'a pas modifié l'article VI.17, en vue d'y insérer la possibilité d'une telle restriction pour les titulaires de professions libérales. La prise en compte des particularités des professions libérales, et spécifiquement des règles déontologiques imposées par une organisation professionnelle d'une profession libérale, avait pourtant été débattue lors des travaux parlementaires⁵⁵.

26. Si l'on s'intéresse ensuite à la possibilité de faire de la publicité au moyen d'un « service de la société de l'information », ce qui constitue incontestablement le moyen le plus efficace en termes de diffusion de l'information, il y a lieu de prendre en considération, en sus des dispositions du livre VI susvisées, plusieurs dispositions du livre XII sur le droit de l'économie électronique. De manière tout à fait identique à ce que prévoit la directive sur le commerce électronique, le service de la société de l'information est défini en droit belge comme : « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »⁵⁶. La notion de profession réglementée est également définie comme « toute activité professionnelle dont l'accès ou l'exercice ou l'une des modalités d'exercice est subordonné, directement ou indirectement, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession d'un diplôme, d'un titre de formation ou d'une attestation de compétence »⁵⁷. En vertu de l'article XII.14, les publicités faisant partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent

⁵⁵ Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par Michel de Lamotte et Win Van Der Donckt, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 2828/004, pp. 89-90 et pp. 111 à 114.

⁵⁶ C.D.E., art. I.18, 1° (dans le titre relatif aux définitions particulières au livre XII).

⁵⁷ C.D.E., art. I.18, 7° (dans le titre relatif aux définitions particulières au livre XII).

un tel service, 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.

Cet article transpose donc en droit belge l'article 8, § 1^{er}, précité de la directive sur le commerce électronique. Il consacre également l'autorisation de principe de la publicité faisant partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée. Il introduit toutefois également une réserve – importante – tenant au respect des règles professionnelles et force est de constater que de telles règles professionnelles ont été adoptées pour de nombreuses professions réglementées.

Du côté des avocats par exemple, l'OBFG (Ordre des barreaux francophone et germanophone) a édicté un Code de déontologie⁵⁸ applicable aux avocats membres d'un des barreaux appartenant à cet Ordre. Ce Code prévoit que la publicité personnelle, c'est-à-dire toute communication publique ayant pour objet de faire connaître son auteur ou de donner une information sur la nature ou la qualité de sa pratique professionnelle, est mise en œuvre avec loyauté, dignité, délicatesse, probité et discrétion. Elle doit être en outre sincère et respectueuse du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat. Elle doit se limiter à des éléments objectifs, susceptibles d'être appréciés et vérifiés par le conseil de l'Ordre ou par le bâtonnier. Elle n'est pas trompeuse, ni dénigrante et ne contient pas de mentions comparatives⁵⁹. Par ailleurs, est interdite toute publicité personnelle permettant d'identifier la clientèle de l'avocat ou de son cabinet ainsi qu'une ou plusieurs affaires traitées par lui. L'avocat ne peut davantage faire état du nombre d'affaires traitées, des résultats obtenus, d'un pourcentage de réussite, ni de son chiffre d'affaires⁶⁰. Le Code de déontologie de l'OBFG instaure également des règles strictes en matière de démarchage⁶¹. En ce qui concerne l'utilisation d'un site Internet, le Code de déontologie de l'OBFG prévoit que l'avocat peut, dans le respect des règles déontologiques, dont celles sur la publicité, ouvrir un tel site au public. Il est en outre interdit à l'avocat d'y mentionner un lien renvoyant à un site qui porterait atteinte à son indépendance ou à sa dignité ou de la publicité pour compte de tiers⁶².

Voici donc une illustration de la possibilité pour une autorité ordinale d'encadrer, étroitement, le contenu de la publicité effectuée par ses membres, sans pour autant

⁵⁸ Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012 publié au *Moniteur belge* le 17 janvier 2013, entré en vigueur le 17 janvier 2013, tel qu'en vigueur le 1^{er} mai 2018.

⁵⁹ Code de déontologie de l'avocat de l'OBFG, art. 5.3.

⁶⁰ Code de déontologie de l'avocat de l'OBFG, art. 5.5.

⁶¹ Code de déontologie de l'avocat de l'OBFG, art. 5.7.

⁶² Code de déontologie de l'avocat de l'OBFG, art. 4.11.

leur proscrire toute publicité. La profession d'avocat ne relève toutefois pas du domaine médical, comme c'était le cas en l'espèce. Or il est vrai que ce domaine justifie d'être traité à part...

Prenons donc encore, à titre comparatif, les pharmaciens, autres professionnels du domaine de la santé. L'Ordre des pharmaciens est régi par les dispositions de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 qui prévoit que le Conseil national élabore les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le Code de déontologie pharmaceutique. L'article 15 de cet arrêté royal précise que le Conseil national prévoit des dispositions de nature à sauvegarder le caractère non commercial de la profession.

En matière de publicité, le Code de déontologie pharmaceutique prévoit que la publicité personnelle est autorisée dans le respect de la loi et à condition qu'elle ne porte pas préjudice à l'intérêt général en matière de santé publique ou aux règles essentielles de la profession⁶³.

Le Code de déontologie pharmaceutique prohibe tout démarchage de clientèle⁶⁴. Il prévoit que le pharmacien reste entièrement responsable de toutes ses communications et insertions sur Internet et qu'il reste entièrement soumis aux principes déontologiques de la profession lorsqu'il exerce ses activités au moyen d'un site Internet⁶⁵. Il est également prévu que le site fonctionne sous la responsabilité du pharmacien titulaire qui veille à ce que celui-ci soit conforme à la législation et à la déontologie⁶⁶. Le pharmacien doit en outre veiller à maintenir son indépendance lorsqu'il exerce ses activités pharmaceutiques au moyen d'un site Internet⁶⁷.

Voici donc une autre illustration, dans le domaine de la santé, de l'encadrement par une autorité professionnelle de la publicité effectuée par ses membres, sans pour autant instaurer une prohibition totale.

Ces règles applicables aux pharmaciens suscitent encore deux réflexions.

Premièrement, il faut relever que de telles règles déontologiques au contenu relativement vague font la part belle à l'Ordre des pharmaciens qui reste maître de déterminer *in fine*, et dans le cadre d'une marge d'appréciation relativement large, ce qui

⁶³ Code de déontologie pharmaceutique, art. 91.

⁶⁴ Code de déontologie pharmaceutique, art. 92. Est entendu comme démarchage de clientèle, au sens de cette disposition, toute sollicitation, adressée individuellement ou à un groupe spécifique de personnes, qui dépasse la simple information sur la nature de l'activité professionnelle, et ce quels que soient les moyens utilisés.

⁶⁵ Code de déontologie pharmaceutique, art. 95.

⁶⁶ Code de déontologie pharmaceutique, art. 96.

⁶⁷ Code de déontologie pharmaceutique, art. 97.

peut être interdit sous le couvert de « l'intérêt général en matière de santé publique » ou des « règles essentielles de la profession ».

Deuxièmement, une telle comparaison entre les règles applicables aux dentistes et les règles applicables aux pharmaciens (ou à d'autres professionnels du domaine de la santé) mériterait d'être creusée du point de vue de la justification, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination (consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution), de la différence de traitement existante entre ces catégories de professionnels qui semblent pourtant comparables.

À l'heure où nous nous posons cette question, nous observons que la Cour constitutionnelle a en réalité déjà été saisie de cette question en particulier. En effet, dans le cadre d'une affaire opposant le ministère public et des parties civiles, l'ASBL « Chambres syndicales dentaires » et autres à un certain inculpé « S.A. », le tribunal de première instance de Namur a posé la question préjudicielle suivante, par ordonnance parvenue à la Cour constitutionnelle le 16 janvier 2015 : « En ce qu'ils interdisent toute forme de publicité et l'application d'une enseigne non lumineuse aux praticiens de l'art dentaire, les articles 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 et 8^{quinquies} de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 ne violent-ils pas les articles 10 et 11 de la Constitution en instaurant une discrimination non justifiée par rapport aux autres praticiens de l'art de guérir (médecins et pharmaciens notamment) et aux autres membres d'autres professions libérales dont la pratique est réglée par la loi du 5 août 1991, celle du 2 août 2002 ainsi que les articles 10 CE, 81 CE, 43 CE et 49 CE ? »

L'arrêt rendu le 3 décembre 2015⁶⁸ dans cette affaire ne constitue malheureusement pas l'arrêt escompté dès lors que le décès de l'inculpé avant le prononcé de l'arrêt a entraîné l'extinction de l'action publique et par conséquent la suspension de la procédure devant la Cour constitutionnelle et le renvoi devant la juridiction *a quo* pour qu'elle puisse réexaminer et apprécier la nécessité de maintenir la question préjudicielle. Nous n'avons pas connaissance de la décision prise par la juridiction de renvoi mais il est certain que la question préjudicielle mériterait d'être reposée.

Dans l'arrêt précité du 14 janvier 2016 de la Cour constitutionnelle⁶⁹ dans le cadre d'un recours en annulation des articles 177 à 187 de la loi du 10 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de santé, la Cour a été amenée à statuer sur une comparaison d'un autre ordre, mais qui apparaît également intéressante à relever. Les parties requérantes considéraient notamment que l'interdiction de publicité instaurée par les dispositions attaquées était discriminatoire en ce qu'elle s'appliquait uniquement aux médecins et dentistes qui accomplissent seulement des actes de médecine esthétique et non aux médecins et dentistes qui accomplissent des actes

⁶⁸ Cour const., 3 décembre 2015, n° 176/2015.

⁶⁹ Cour const., 14 janvier 2016, n° 1/2016.

thérapeutiques et reconstructeurs. La Cour a considéré que : « Il existe des différences fondamentales entre, d'une part, la médecine thérapeutique et reconstructrice et, d'autre part, la médecine esthétique sans but thérapeutique ou reconstructeur. Alors que la médecine thérapeutique et reconstructrice vise à éviter, à soigner ou à guérir des maladies ou des lésions, la médecine purement esthétique est étrangère aux maladies ou lésions et répond au souhait du patient d'améliorer son apparence physique.

Le législateur, qui entend en premier lieu protéger la santé publique, plus précisément en luttant contre les excès et abus commerciaux constatés en matière d'esthétique médicale, peut raisonnablement estimer que les actes qui sont purement de médecine esthétique réalisés par les médecins et dentistes doivent être soumis, en ce qui concerne la publicité et la diffusion d'information, à des règles plus strictes que les actes thérapeutiques et reconstructeurs »⁷⁰.

Ce raisonnement nous semble pouvoir être mis en relation avec le raisonnement adopté par la Cour de justice dans l'arrêt *Vanderborght*. En effet, pour considérer que la condition de proportionnalité entre les moyens employés (interdiction absolue de publicité) et le but recherché par le législateur belge n'était pas remplie, la Cour de justice a expressément relevé que tous les messages publicitaires émis par les dentistes ne sont pas de nature à porter atteinte à la protection de la santé et que les objectifs poursuivis par le législateur pourraient être atteints au moyen de mesures moins restrictives. C'est également en ce sens que raisonne la Cour constitutionnelle dans cet arrêt du 14 janvier 2016. À notre humble avis, la comparaison effectuée par les parties requérantes dans cet arrêt de la Cour constitutionnelle pourrait également être utilisée de manière analogique par les dentistes belges pour invoquer, devant la Cour constitutionnelle, que l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il s'applique de la même façon à des catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes puisqu'il s'applique à tous les dentistes, y compris à ceux n'accomplissant que des actes thérapeutiques (et non esthétiques).

En dépit d'un recours éventuel devant la Cour constitutionnelle quant à cette question, il est un fait que suite à l'arrêt *Vanderborght* de la Cour de justice, le législateur belge sera amené à réviser les dispositions actuellement applicables aux dentistes en matière de publicité en vue de les rendre conformes aux dispositions du droit de l'Union.

⁷⁰ *Ibidem*, point B.19.2.