

Pauline CASTELOT, *docteur en droit privé*

Publicité commerciale non, liberté de communication oui!

Commercial advertising no, freedom of communication yes!

L'interdiction de publicité directe ou indirecte chez les professionnels de santé est-elle en train de céder devant l'évolution de la jurisprudence européenne? C'est l'interrogation que soulève l'étude rendue le 3 mai 2018 par le Conseil d'État.

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 4 mai 2017 n'est sûrement pas étranger à la réflexion entreprise par le Conseil d'État. En effet, se prononçant sur la législation belge, assez proche de notre législation nationale, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le droit de l'Union s'opposait à une législation nationale interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins. Dans sa décision, la Cour reconnaît que l'autorisation de recourir à des procédés publicitaires n'est pas en elle-même incompatible avec les exigences de protection de la santé publique et le respect de la dignité des praticiens, points justement avancés par la législation nationale pour justifier l'interdiction de la publicité pour les professionnels de santé.

Partant du constat que la jurisprudence européenne évolue en matière de publicité, et devient donc susceptible d'affecter la réglementation interdisant la publicité, le Conseil d'État reconnaît la nécessité d'une évolution de cette réglementation, tout en soulignant la difficulté de la concilier avec les impératifs professionnels et déontologiques spécifiques aux professions de santé. La problématique n'est pas nouvelle et le Conseil d'État a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur cette interdiction de publicité faite aux professionnels de santé, s'attardant sur les faits constitutifs ou non de la publicité. La frontière entre procédé publicitaire et information, l'un interdit, l'autre tolérée, était alors très mince, aucune définition ou critère n'ayant été véritablement établi.

Dans son étude, le Conseil d'État semble enfin établir une position plus claire, même si les contours pratiques semblent encore difficiles à déterminer.

L'étude présente quinze propositions préconisant de supprimer l'interdiction de publicité directe ou indirecte chez les professionnels de santé au profit de l'introduction d'une liberté de communication sur des informations pouvant intéresser légitimement le public. Parmi ces propositions, il est suggéré de prévoir la faculté pour les professionnels de santé de pouvoir communiquer au public des informations sur leurs compétences et pratiques professionnelles, des informations économiques précises dès la prise de rendez-vous, mais également des informations objectives à finalité scientifique, préventive ou pédagogique et scientifiquement étayées. Les propositions formulées insistent sur la nécessité de respecter les principes professionnels et déontologiques et associent les Ordres professionnels à cette évolution, en les incitant à encourager les professionnels à communiquer des informations et en leur reconnaissant implicitement une mission de contrôle des informations communiquées.

Car c'est bien sur ce point que toute la difficulté va exister. Quelles vont être les informations entrant dans le cadre de cette liberté de communication et quelles sont les informations susceptibles de constituer un procédé publicitaire ?

Au regard des propositions et des justifications avancées, il semblerait que la communication des professionnels ait davantage un but informatif et préventif auprès des patients qu'un objectif lucratif de captation de la clientèle. Il est souligné l'intérêt d'une telle communication entre le patient et le professionnel de santé, dans la perspective de réduire l'asymétrie existante et de permettre au patient d'avoir un regard plus éclairé sur les compétences professionnelles de son médecin, par exemple, ou sur l'évolution de certaines pratiques dans un but pédagogique.

Toutefois, certaines réserves sont à émettre. Premièrement, sur l'application d'une telle liberté de communication à la profession de pharmacien. Il est ainsi proposé que ces derniers puissent communiquer sur la gamme des prestations qu'ils peuvent délivrer et leur qualité. Le pharmacien étant également commerçant, une dérive potentielle sur une publicité indirecte et comparative entre les officines pouvant entraîner une concurrence déloyale est à craindre.

Deuxièmement, sur le véritable intérêt de cette communication. Informer oui, mais sur-informer, est-ce vraiment utile ? Dans la profusion des informations données, le public risque d'être perdu, allant vers la quantité d'informations davantage que vers la qualité de ces dernières. De même, cette communication ne risque-t-elle pas de pousser le public, informé de nouvelles pratiques professionnelles, de nouvelles spécialités professionnelles, vers une surconsommation de soins ?

Un consommateur averti en vaut deux, qu'en sera-t-il du patient ?