

Les restrictions déontologiques à la publicité au vu de la proposition de directive sur le test de proportionnalité et de la jurisprudence de la CJUE



Proposition directive proportionnalité

But: bon fonctionnement du marché intérieur au bénéfice de la croissance et de la compétitivité

Moyen: systématisation d'un test de proportionnalité pour évaluer la nécessité d'une réglementation avant son introduction

Critiques : le test se limite à des critères d'appréciation économique

les soins de santé doivent être exclus de son champ d'application mais rester soumis à l'article 59 de la directive 2005/36

transition du régime de liberté (la mesure réglementaire est permise tant qu'elle n'est pas interdite par le juge européen) vers un régime d'autorisation (la mesure réglementaire est permise si elle passe avec succès le test de proportionnalité ainsi que les observations des autres Etats et du public)

MOTS CLES DE LA DIRECTIVE

- Marché
- Service
- Consommation,
- Concurrence
- Proportionnalité (...)
- La spécificité de l'activité médicale, invite à soupeser ces mots clés, ensemble avec la notion de publicité

Partie 1

Les restrictions en matière de publicité à l'aune de la proportionnalité

quelques textes et jurisprudences UE

Définition UE

Publicité

« toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou **libérale** dans le but de **promouvoir la fourniture de biens ou de services (...)**».

Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative

DEFINITIONS ET RECOMMANDATIONS

CEOM

On entend par publicité toute forme de communication faite par un médecin ou par un tiers au profit du médecin, dans le but de promouvoir ses services, sans justification de santé publique, ou de valoriser son image.

Toute publicité comparative est interdite.

L'information délivrée ne doit concerner que des données objectives ; elle doit être prudente, précise, claire et conforme aux données actuelles de la science.

La publicité ne peut encourager à des fins mercantiles le recours à des examens et traitements.

Le médecin ne doit pas participer à la promotion commerciale de médicaments ou d'autres produits de santé.

La publicité ne peut porter atteinte à la dignité et à la vie privée des patients qui y participent.(...)

APERCU DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIERE DE PUBLICITE(I)

➤ **décisions pertinentes concernant la restriction à la libre circulation des personnes et des services pour protéger la santé - art 49 et 56 TFUE (I)**

Le régime français de publicité télévisée **poursuit un objectif relevant de la protection de la santé publique propre à garantir la réalisation de l'objectif** de protection de la santé publique qu'il poursuit, **il ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire** pour atteindre un tel objectif.

Arrêt du 13.07. 2004 - Affaire C-262/02, Commission/France

Arrêt du 13.07.2004 - Affaire C-429/02, Bacardi France SAS

L'interdiction de la publicité dans le domaine médical, bien que constitutive d'une **restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services** est **justifiée par la protection de la santé**. Une telle interdiction de la publicité ne saurait prohiber toute forme d'information et doit respecter le principe traditionnel de **proportionnalité**

C-446/05, 13 mars 2008, Doulamis

APERCU DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE EN MATIERE DE PUBLICITE(II)

- **décisions pertinentes concernant la restriction à la libre circulation des personnes et des services pour protéger la santé - art 49 et 56 TFUE (II)**

une interdiction générale et absolue de toute publicité dépasse ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs poursuivis. Ces derniers pourraient être atteints au moyen de mesures moins restrictives encadrant les formes et les modalités que peuvent valablement revêtir les outils de communication utilisés par les dentistes.

Arrêt 04.05.2017 dans l'affaire C-339/15 Luc Vanderborght

Décisions pertinentes concernant la restriction de la concurrence pour protéger la santé: article 101 du TFUE

Les autorités ordinales ont la compétence d'adopter des règles professionnelles et déontologiques potentiellement restrictives de la concurrence **à condition que ces règles soient justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif visé.**

C.J.U.E., 19 février 2002, Wouters, C-3 09/99

Partie 2

La Publicité de l'activité médicale et proposition de Directive sur le test de proportionnalité

NOTIONS CLES

LE MARCHE ET SES CARACTERISTIQUES(I)

- **Un marché de soins de santé ?**
 - Condition : offre et demande
 - ✓ demande de soins, consécutive à une demande de santé fonction des préférences personnelles, du revenu, du prix supporté par le demandeur, du choix et de l'étendue de la couverture contre le risque santé (Voir Grossman M. dans Journal of political economy 1972;2 (80):223-55« *on the concept of health capital and the Demand for health (..)*)
 - Capital ou« *capital santé* » individuel, sujet à dépréciation progressive (vieillesse, accident maladie)
 - ✓ Nécessité d'un investissement préventif et réparateur en réponse au processus de dépréciation
 - Disponibilité d'un organe institutionnel d'organisation du système de soins, et de protection sociale

LE MARCHE ET CARACTERISTIQUES (II)

- Rentabilité entre le coût et le capital santé
- Prix des soins souvent fixé de manière administrative
- L'assurabilité impactant le prix final payé par le consommateur
- Incitants de prévention en vue du contrôle des coûts de santé
- ✓ Prévisions des besoins dans certaines spécialités
- ✓ Numéris clausus
- ✓ Prévention par dépistage, vaccination, pratique sportive
- ✓ Taxation des produits nuisibles à la santé
- ✓ Souscription d'une assurance complémentaire

LES ACTEURS DU MARCHÉ (II)

- le demandeur : « consommateur » ou « patient »
 - il est créancier d'un droit à la santé garanti depuis les premiers systèmes de sécurité sociale (Bismarck en Allemagne, Lord Beveridge au RU, à la libération de la France etc.
 - il est demandeur de meilleurs soins en vertu d'un droit général à la santé,
 - Il est aussi demandeur de soins en vertu d'un droit social (gratuité de dépistage de certaines maladies, prévention etc.) ;

LES ACTEURS DU MARCHE (II)

- le professionnel médecin, répondant des besoins du patient par ses prescriptions et/ou ses services
 - il recherche la rentabilité de son exercice en étant soumis à des limitations pour répondre à la maîtrise des dépenses de santé
 - il prescrit les spécialités pharmaceutiques pour lesquels il est démarché
 - sa liberté de prescription en fait un ordonnateur de la dépense pharmaceutique pour les spécialités soumises à prescription
 - il est consommateur : la demande initiale de soins émane du patient, la consommation finale dépend du conseil du médecin

LES ACTEURS DU MARCHE (III)

- les établissements hospitaliers, centre de santé : concernés par une offre de santé publique globale, la mise à disposition des équipements lourds etc.
- les établissements de soins à but lucratif, intéressés par la rentabilité de leurs structures
- l'industrie pharmaceutique : concernée par la production, l'autorisation et la mise en vente des médicaments contre bénéfice
- les organismes d'assurance publiques (la Sécurité sociale, les mutuelles, concernés par le financement et la maîtrise des coûts du système de santé
- les assurances privées intéressés par le bénéfice lié à la consommation des soins de santé
- l'État: concerné par la protection de la santé et de la salubrité publique, la maîtrise des dépenses/ressources de l'assurance maladie (fixation des prix de médicaments et actes médicaux etc.)

LIMITES DU MARCHE (I)

- Constat:
- ✓ pénétration des acteurs marchands dans le domaine des soins (industrie pharmaceutique, assurances privés etc.)
- ✓ Intervention de l'Etat par la production et le financement des soins dont la nature public échappe à la qualification marchande
- ✓ Législateur européen et certains législateur nationaux identifient la demande de soins en terme de « droit », « accès » aux soins (notion présente dans la Directive 2011/24/UE du 09 mars relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers, voir loi luxembourgeoise du 24 juillet sur les droits et obligations du patient)
- ✓ Le patient est souvent un bénéficiaire du système de santé
- ✓ Le droit aux soins est considéré comme un acquis social non marchand
- ✓ La particularité de l'interaction entre le médecin et le patient relègue les acteurs marchands au second plan

SERVICE ET/OU PRESTATIONS (I)

- Ces notions se réfèrent aux actes des professionnels en application de la profession médicale à ceux d'un médecin,
 - Définition du service: article 4 de la Directive service , article 57 du TFUE
 - ✓ toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération
 - ✓ les prestations fournies normalement contre rémunération, (activités industrielles, commerciales, professions libérales etc)
 - Services du médecin
 - Non expressément défini par un texte
 - Législateur communautaire et certains législateurs nationaux: le médecin est un prestataire de santé aux patients(article 1 alinéa 2 de la Directive [n° 2011/24/UE du 9 mars 2011](#) relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, ou Loi du 24 juillet 2014 relative aux droits et obligations du patient)
 - un service de santé et ses suites, à savoir les actes médicaux, infirmiers et apparentés assurés par les dispensateurs et les établissements de santé (Voir déclaration de l'OMS sur la promotion des droits des patients en Europe. Copenhague, 1994 documents EUR/ICP/HLE 121)
 - un acte médical pouvant recevoir la qualification de prestation de service (Voir THIROLOIX (J), « *le point de vue du médecin de ville* », in JOLLY (D), JOLLY (c) malade ou client ?, *Economica*, 1993, 164, P 81, voir CJCE, 31/01/1984 286/82 qualifiant l'acte médical de prestation de service)
- Le service du médecin pourtant si particulier ne résiste pas à la logique marchande

PARTICULARITE DES SERVICES ET/OU PRESTATIONS DU MEDECIN

- **Le médecin**
 - ✓ Un professionnel libéral avec un monopole d'exercice (voir définition de la Directive 2005/36 sur la qualification professionnelle)
 - ✓ statut non marchand : la médecine ne peut être pratiquée comme un commerce (interdiction de nombreux codes de conduite européens)
 - **Du médecin et patient**
 - ✓ Le patient consulte dans un état psychologique particulier
 - ✓ Ses choix sont parfois guidés par des motifs religieux ou philosophiques (voir transfusion sanguine et témoin de Jéhovah)
 - ✓ Il n'est pas un consommateur dans un rapport marchand
 - Relation médecin - patient : contrat médical
 - ✓ Ce contrat est un contrat de soins
 - ✓ Le médecin accorde au patient ou à ses représentants conseils, et soins de santé
 - ✓ Il établit un diagnostic, donne des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science, assure le suivi médical selon l'obligation de moyens
 - ✓ Le patient a l'obligation de suivre les conseils du médecin et de révéler les informations en vue de sa prise en charge. Il est lié au médecin par un rapport de confiance couvert par le secret professionnel
 - ✓ Il a l'obligation de régler les honoraires et non le prix

CONSOMMATEUR OU PATIENT

- le patient : non expressément nommé dans la proposition de Directive sur le test de proportionnalité qui s'adresse au consommateur.
- article 3 de la Directive relative aux soins frontaliers (..) : (...) toute personne physique qui cherche à bénéficier ou bénéficie de soins de santé dans un État membre(...) et article 2 de la Loi luxembourgeoise sur les droits et obligations du patient (...)
- Statut subjectif (une personne souffrante) et objectif (une personne titulaire de droits : à la santé, au respect de l'intégrité corporelle, etc.) (Voir PITCHO dans « le statut juridique du patient LEH, 2004, 666 P264)
- Un consommateur, selon la définition de la Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales, la personne physique contractant en dehors de son activité commerciale, artisanale ou libérale(...)(voir aussi Pitcho, pour qui l'acte de soins peut être considéré comme acte de consommation , Voir aussi Jourdan dans RTDC, 1992, P117 , qui considère qu'il y a consommation si l'obligation du médecin est de résultat)
- Selon l'OMS une personne malade ou non, ayant recours aux services de santé

Vu les mots clés de la proposition de Directive sur le test de proportionnalité, on peut craindre le renforcement de l'immixtion du consumérisme dans la relation entre le médecin et le patient

CONCURRENCE

- Se réfère à un égal accès au marché (qualification, perspectives d'emploi, distorsion des prix et services l'exposé des motifs de la proposition de Directive sur le test de proportionnalité
- Par rapport à l'activité médicale on peut l'envisager comme un outil régulation dont l'objectif est d'améliorer l'efficacité et l'efficacités dans les prestations médicales.
 - ✓ La publicité peut être un outil de concurrence entre les professionnels de santé
 - ✓ Elle peut améliorer le fonctionnement du système de santé
 - ✓ Garantir les soins de qualité accessibles à tous
 - ✓ Garantir un financement équitable des soins
 - ✓ Favoriser l'accès aux soins méconnus
 - ✓ Assurer un meilleur coût des soins induit par le risque maladie
 - ✓ Solidariser le financement des soins

PROPORTIONNALITE (I)

- En référence au caractère d'une réglementation justifiée par la nécessité de poursuivre des objectifs essentiels d'intérêt général.
- Cette notion de proportionnalité, ne s'oppose pas à un encadrement de la publicité sous certaines justifications :
 - Justification juridique des restrictions de la publicité
- Conciliation entre la liberté d'expression et protection de la santé (la publicité est un droit garanti dans le cadre de la liberté d'expression)
- L'article 10 de la CEDH reconnaît le droit de communiquer et de recevoir une information
- Nécessaire distinction entre les activités de santé et du commerce (le médecin est un professionnel libéral)
- Le corps humain est hors du commerce juridique (principe d'inviolabilité)

PROPORTIONALITE (II)

- Justification morale ou éthique
 - Au-delà d'un simple consommateur, le patient est par définition une personne malade et donc vulnérable
 - Les soins de santé présentent un risque pour la santé
 - L'interdiction de la publicité peut servir à préserver son influence délétère sur l'attitude du patient
- Justification sociale ou civique
 - préservation des ressources de santé
 - composante mixte des soins de santé au regard des subventions de l'Etat et de la collectivité sous forme des prélèvements obligatoires

RECOMMANDATIONS

- La plupart des codes européens instaurent un principe général d'interdiction
- Article 19 code français : « (...) *sont interdits tous procédés de publicité* »
- Article 17 du Code luxembourgeois « *le médecin doit se garder de toute attitude publicitaire (...)* »
- L'intérêt des professionnels pour la promotion de leur activité, et celui du patient pour le service le mieux rendu, rend nécessaire la question de l'utilité de la publicité dans le domaine de l'activité médicale.
- Les ordres professionnels devraient veiller au respect du principe de proportionnalité dans leurs Codes
- Les restrictions à la publicité par les Ordres devraient se justifier par la défense d'un intérêt supérieur