

FEDERATION HOSPITALIERE DE FRANCE

ETABLISSEMENTS DE SANTE
ET
PUBLICITE

ETUDE JURIDIQUE

Paris, le 21 septembre 2007

Cabinet HOUDART
6 Passage de la Main d'Or 75011 PARIS
Tél. : 01 40 21 45 45 – Fax : 01 40 21 30 93
E-mail : cabinet.houdart@wanadoo.fr
Internet : <http://www.cabinet-houdart.com>

L'information relative aux établissements de santé est indispensable tant aux usagers ou aux clients qu'aux professionnels. Cette information peut prendre de nombreuses formes (renseignements administratifs dans divers organes, journées portes ouvertes, présence dans des salons professionnels, information sur l'ouverture d'un nouvel établissement ou de l'acquisition d'un nouvel équipement, sites internet, voire parrainages d'évènements sportifs, etc.). Or la réforme du financement des établissements de santé et du régime des autorisations sanitaires exacerbe la concurrence entre établissements publics de santé et établissements privés. Plusieurs cas récents ont montré que certains établissements ou organismes n'hésitaient pas à lancer des campagnes de publicité soit pour vanter la qualité des services qu'ils offrent, soit pour dénigrer, par des comparaisons plus ou moins hâtives, les établissements de santé concurrents.

C'est à cette occasion que la Fédération Hospitalière de France a souhaité pouvoir disposer d'une étude du cadre juridique dans lequel s'effectuait aujourd'hui la publicité et l'information des établissements de santé.

La présente étude a donc pour objet autant de voir dans quelle mesure il est possible de réagir face à des campagnes publicitaires plus ou moins agressives que de vérifier dans quelles limites il est possible de diffuser l'information indispensable au bon fonctionnement du service public.

PREAMBULE

La Santé étant une préoccupation sociétale majeure, le droit est souvent intervenu pour garantir le droit à la santé.

Ne pouvant garantir judiciairement une meilleure santé, l'intervention législative a souvent consisté à restreindre la liberté de communication commerciale relativement à certains produits. Ainsi en fut-il de l'alcool et du tabac. Ainsi en est-il désormais s'agissant des produits alimentaires, eu égard à l'extension des problèmes d'obésité.

Conjointement à ces restrictions de communication au nom de la santé publique, d'autres règles ont été édictées, gouvernant la communication relative aux produits de santé –tels les médicaments- ou aux prestations en matière de santé -officines de pharmacie, laboratoires et médecins-, liées à une conscience des risques de dérive dans l'hypothèse d'une totale logique concurrentielle, en considération en quelque sorte d'un ordre public sanitaire.

Cette « tentation concurrentielle », entre les secteurs sanitaires privés et publics, a progressivement été exacerbée par la nouvelle réglementation applicable aux établissements de santé (tarification à l'activité, SROSS, CPOM, OQOS...).

Et l'absence de législation spécifique les concernant en matière de communication a pu laisser le champ libre à certaines dérives d'ordre publicitaire et ce d'autant plus que, dès lors qu'elle ne contrevient pas aux règles précisées ci-dessous, l'intervention d'organisations représentatives desdits établissements paraît peu contestable (une étude complémentaire sur les modalités d'intervention des fédérations hospitalières figure en annexe I).

A l'examen, il apparaît que le régime de publicité des établissements de santé, tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence, est extrêmement incertain (I) ce qui ne permet aujourd'hui ni de contester à coup sûr les campagnes de publicité des établissements concurrents (I – A), ni d'affirmer la légitimité du recours à la publicité fût-elle informative par les établissements publics de santé (I – B). Dans ces conditions, seules des dispositions adaptées permettraient de clarifier et d'unifier le régime de la publicité des établissements de santé et, partant, de mettre à égalité l'ensemble des établissements quel que soit leur statut, tout en leur offrant la sécurité juridique nécessaire, à l'instar de ce qui existe d'ores et déjà pour les établissements d'enseignement (II).

I – UN CADRE JURIDIQUE INCERTAIN ...

On constate à l'examen de l'ensemble des textes existant en la matière que si le recours à la publicité caractérise bel et bien un comportement lucratif (1), il n'y a aucune définition juridique unique de la publicité (2) pas plus qu'il n'y a d'interdiction explicite de la publicité pour les établissements de santé (3).

1 - LA PUBLICITE COMME INDICE D'UN COMPORTEMENT COMMERCIAL ET PARTANT LUCRATIF

Ainsi que l'indique l'Instruction de la Direction Générale des Impôts 4 H-5-06N° 208 du 18 décembre 2006, « *En principe, le recours à des pratiques commerciales est un indice de lucrativité* ». Celle-ci poursuit « *Pour apprécier si l'organisme exerce son activité dans des conditions similaires à celles d'une entreprise, il faut examiner successivement les critères suivants selon la méthode du faisceau d'indices : le "Produit" proposé par l'organisme, le "Public" bénéficiaire, les "Prix" qui sont pratiqués, et les opérations de communication réalisées (« Publicité »)*¹.

La publicité est donc l'un des indices d'une démarche lucrative.

Dès lors, les établissements publics de santé ne devraient pas pouvoir y avoir accès puisqu'ils n'ont pas de but lucratif et exercent des missions de service public ouvertes à tous.

De même, l'accès à la publicité devrait-il être interdit aux établissements de santé privés « *participant au service public* » *a fortiori* lorsqu'ils relèvent de la compétence d'une association de la loi de 1901² sauf pour ces derniers à se voir appliquer le régime juridique des cliniques privées lucratives, voire à s'exposer au retrait de l'autorisation administrative de participer au service public hospitalier.

Seuls les cliniques lucratives seraient fondées à y recourir sous les réserves soulevées ci-dessous.

2 – L'ABSENCE DE DEFINITION JURIDIQUE UNIQUE ET PRECISE DE LA PUBLICITE

Selon l'ouvrage de Gérard Cornu "Vocabulaire juridique", la publicité est "*toute communication, qu'elle qu'en soit la forme, destinée à promouvoir la fourniture de biens ou de services (on parle de publicité commerciale)*".

Cependant, il n'existe aucun texte définissant de manière générale la publicité et faisant le départ entre publicité et information.

En l'absence d'une telle définition générale, c'est à l'occasion de chaque restriction que le législateur et le pouvoir réglementaire précisent ce qu'il convient d'entendre par publicité.

Ainsi, le décret n° 92-280 du 27 mars 1992, pris en application de l'article 27 (1°) de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, définit le régime applicable à la publicité et au parrainage à la télévision. On entend par publicité : *« toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue, soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée. »*

On peut également se référer à l'article L. 581-3, 1° du Code de l'environnement, concernant la publicité et les enseignes, et relatif à la protection du cadre de vie, selon lequel *« constitue une publicité... toute inscription, forme ou image **destinée à informer le public ou à attirer son attention...** »*.

En matière de médicaments à usage humain, l'article L. 5122-1 du code de la santé publique précise :

« On entend par publicité pour les médicaments à usage humain toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments, à l'exception de l'information dispensée, dans le cadre de leurs fonctions, par les pharmaciens gérant une pharmacie à usage intérieur.

Ne sont pas inclus dans le champ de cette définition :

- la correspondance, accompagnée le cas échéant de tout document non publicitaire, nécessaire pour répondre à une question précise sur un médicament particulier ;

- les informations concrètes et les documents de référence relatifs, par exemple, aux changements d'emballages, aux mises en garde concernant les effets indésirables dans le cadre de la pharmacovigilance, ainsi qu'aux catalogues de ventes et listes de prix s'il n'y figure aucune information sur le médicament ;

- les informations relatives à la santé humaine ou à des maladies humaines, pour autant qu'il n'y ait pas de référence même indirecte à un médicament ».

Le droit communautaire en donne également une acception large puisque la directive communautaire n° 98/43/CE du 6 juillet 1998 (*JOCE n° L 213, 30 juill. 1998*) en matière de publicité des produits du tabac vise *« toute forme de **communication commerciale** qui a pour but ou pour effet direct ou indirect de **promouvoir** un produit du tabac y compris la publicité qui, sans faire directement mention du produit du tabac, essaie de contourner l'interdiction de publicité en utilisant des noms, des marques, des symboles ou d'autres éléments distinctifs de produits du tabac »*.

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est à l'unisson puisqu'elle a posé le principe selon lequel constitue une publicité « **tout moyen d'information** destiné à permettre à un **client potentiel** de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou service qui lui est proposé »³.

Dans certains cas, considérant les dérives constatées, les textes ont pris la précaution de viser également la publicité « *indirecte* » :

- Article L. 3323-3 du code de la santé publique : « *Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou d'un autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique* ».

- Article L. 3511-4 du même code : « *Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1* ».

Les définitions susvisées se caractérisent par le fait qu'elles englobent souvent la publicité quelle que soit sa forme ou le média utilisé (« *toute forme de message* », « *toute forme d'information* », « *toute forme de communication commerciale* ». Mais il n'en demeure pas moins que la publicité suppose la mise en œuvre d'une opération de communication.

La publicité peut sur cette base revêtir deux qualifications, selon sa finalité :

- soit l'information du consommateur est le but ultime de la publicité qui sera alors qualifiée de **publicité informative**,
- soit la publicité ne porte des informations à la connaissance du public que dans le but plus lointain de réaliser la promotion d'un produit ou service, et il s'agira alors de **publicité commerciale**.

Cette distinction entre publicité commerciale et publicité informative est d'importance puisque les publicités réglementées ne s'entendent que de la publicité commerciale et non de la publicité informative.

La publicité n'est donc qu'une forme particulière d'information (ou de message comme diraient les linguistes) qui se distingue de l'information à visée purement informative par le but qu'elle poursuit qui est celui *de promouvoir une entreprise ou la fourniture de biens ou de services*.

A titre d'exemple, une plaque d'une profession médicale peut constituer une publicité parce que sa taille ou son graphisme sont particulièrement voyants, de même que la présence dans un annuaire si celle-ci s'effectue à titre payant, ou la place d'une entreprise dans les résultats des moteurs de recherche sur internet si l'entreprise paie des sociétés de service pour améliorer son positionnement.

La qualification de publicité relève donc d'une analyse téléologique du message *in concreto* et ce n'est donc que cas par cas⁴, qu'il sera possible de déterminer d'une part, si l'on est ou non en présence d'une publicité ou d'une simple information, d'autre part, si l'on est ou non en présence d'une publicité réglementée, voire interdite, ou même répréhensible⁵.

3 – L'ABSENCE D'INTERDICTION EXPRESSE DE PUBLICITE EN MATIERE D'ETABLISSEMENTS DE SANTE

Par principe, on doit considérer que la publicité est libre en dehors des seuls cas faisant l'objet de législations et de réglementations spécifiques et en dehors bien évidemment des comportements répréhensibles que sont notamment la diffusion d'informations mensongères et le dénigrement des concurrents.

Il convient donc de rechercher notamment dans le code de la consommation, le code de la santé publique et le code pénal les domaines qui font l'objet de dispositions spécifiques.

On relèvera à ce sujet que s'il existe plusieurs restrictions en matière de publicité, restrictions qui vont jusqu'à l'interdiction pure et simple, aucune ne concerne expressément et directement les établissements de santé, en dehors des établissements qui pratiquent la chirurgie esthétique.

Parmi les restrictions qui sont toutes motivées par l'intérêt général (au sens large), on peut relever :

Motivations	Secteurs
Dangerosité du produit ou de l'activité pour le consommateur ou l'utilisateur	Tabac ⁶ , alcool ⁷ , aliments contenant du sucre ⁸ , produits alimentaires à destination des enfants, médicaments, ⁹ radionucléides ¹⁰ , chirurgie esthétique ¹¹ , etc.
Règlementations spécifiques	Armes, loteries, messages politiques, préparations pour nourrissons ¹² , produits, objets ou méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort ¹³ , eugénisme ou clonage reproductif ¹⁴ , etc.
Déontologie	Certaines professions : Médecins et professions médicales ou paramédicales ¹⁵ , Avocats, Vétérinaires, etc. Certaines activités : don d'éléments ou de produits du corps humain ¹⁶ ,
Risques économiques ou risques particuliers	(Pour mémoire : livres, cinéma, presse, etc.), entreprises et établissements pharmaceutiques ¹⁷ , officines de pharmacie ¹⁸ ,
Comportement déloyal	Publicité comparative ¹⁹ , mensongère ²⁰ , agressive, dénigrement ²¹ ,
Risque de tromperie	Eau minérale, boulanger,

Les interdictions ou restrictions sont assorties de dispositions répressives²².

Lorsqu'il y a restriction, les textes précisent parfois les modalités selon lesquelles l'information ou la publicité peuvent être portées à la connaissance du public ou de certains publics spécialisés.

Ainsi, en application :

- de l'article L. 5122-2 du code de la santé publique, « *La publicité définie à l'article L. 5122-1 ne doit pas être trompeuse ni porter atteinte à la protection de la santé publique. Elle doit présenter le médicament ou produit de façon objective et favoriser son bon usage.*

Elle doit respecter les dispositions de l'autorisation de mise sur le marché ».

- de l'article R 4235-30 du même code, « *Toute information ou publicité, lorsqu'elle est autorisée, doit être véridique, loyale et formulée avec tact et mesure ».*

- de l'article R. 4235-58 dudit code, « *La publicité pour les produits ou articles dont la vente n'est pas réservée aux pharmaciens est admise à condition de :*
- 1° Demeurer loyale ;*
 - 2° Se présenter sur un support compatible avec la dignité de la profession ;*
 - 3° Observer tact et mesure dans sa forme et son contenu ;*
 - 4° Ne pas être trompeuse pour le consommateur ».*

Ces dispositions insistent sur le caractère nécessairement loyal et objectif des informations contenues dans la publicité.

I – A- ...QUI NE PERMET PAS DE CONTESTER SYSTEMATIQUEMENT LES CAMPAGNES DE PUBLICITE DES ETABLISSEMENTS CONCURRENTS OU DES ORGANISATIONS QUI LES REPRESENTENT

On remarquera qu'en dehors de la disposition expresse du code de la santé publique relative à la chirurgie esthétique précitée, seule une récente décision de la Cour de cassation conduit à considérer que la publicité peut être interdite aux établissements de santé sur la base des obligations déontologiques des médecins.

Au titre de ces dernières, figure plus particulièrement l'interdiction pour les médecins de recourir aux procédés de publicité –qu'ils soient directs ou indirects- dans la pratique de leur art, qui ne doit pas s'exercer comme un commerce.

Ainsi l'article R 4127-19 du code de la santé publique dispose que :

« *La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale* ».

C'est ainsi que dans sa décision du 5 juillet 2006, la Cour de cassation saisie du pourvoi d'une clinique qui faisait valoir que seuls les professionnels exerçant la médecine seraient soumis aux règles de la déontologie médicale, a jugé :

« *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les procédés de publicité auxquels avait eu recours la clinique portaient sur des actes médicaux et bénéficiaient aux médecins exerçant en son sein puisqu'ils permettaient d'attirer la clientèle ; qu'elle a ainsi mis en évidence le caractère déloyal du comportement de cette société, invoqué par le syndicat, à l'égard de l'ensemble des médecins soumis, en vertu de l'article 19, alinéa 2, du Code de déontologie médicale, à l'interdiction de tous procédés directs ou indirects de publicité* »²³.

Les juges de cassation ont décidé d'une part, que la publicité faite par une clinique de chirurgie esthétique est une publicité en faveur de la médecine, ce qui rangerait celle-ci au rang des pratiques commerciales et d'autre part, que la publicité faite par la clinique est une publicité indirecte pour les médecins qui sont susceptibles de voir leur clientèle s'accroître par ce procédé de mercatique commerciale.

Etablissant un lien entre les deux obligations posées par l'article R 4127-19 du Code de la santé publique²⁴, la Cour de cassation a retenu le caractère déloyal du comportement de la Clinique à l'égard de l'ensemble des médecins soumis à l'interdiction de tous procédés directs ou indirects de publicité (en vertu de leur déontologie médicale).

En conséquence, la Cour de cassation confirme la décision attaquée aux termes de laquelle en premier lieu, il est ordonné à la Clinique mise en cause par le syndicat national des médecins esthétiques **de cesser sous astreinte toute publicité se rapportant** aux micro-greffes et aux greffes de cheveux et **plus généralement aux actes médicaux, sur tous supports**, et en second lieu, la Clinique est condamnée au paiement de dommages et intérêts justifiés par son comportement déloyal.

Cette décision est intervenue en matière de chirurgie esthétique²⁵ mais vise expressément « *l'ensemble des actes médicaux* ». Elle consacre ainsi le principe d'opposabilité du code de déontologie médicale à une clinique, société commerciale, dont l'activité profite aux praticiens qui exercent en son sein. Et la nature commerciale de la société clinique n'a pas suffi en l'espèce pour faire échec à l'application des règles et usages professionnels applicables aux médecins qui y exercent.

Il s'agit certes d'une opposabilité implicite, la clinique ne pouvant être condamnée pour violation des règles de la déontologie médicale propres aux médecins.

Mais il n'en demeure pas moins, aux termes de cette décision de principe, qu'une clinique s'expose -du fait de l'exercice en son sein de médecins- aux contraintes déontologiques liées à l'exercice de la médecine.

Le non respect par les établissements de santé privé de l'interdiction de publicité en matière médicale est ainsi sanctionné au titre soit d'une concurrence illicite (recours à la publicité interdite en matière médicale), soit déloyale (captation de clientèle).

Dans sa note sur l'arrêt susvisé rendu par la Cour de cassation, M. BAGANINA conclut ainsi que « *le Code de déontologie médicale se révèle incontestablement comme le guide fondamental de la bonne pratique médicale, qu'il s'agisse de médecine clinique, de santé publique et même de **médecine administrative*** »²⁶.

Cependant, et c'est là que réside la limite de l'arrêt de la Cour de cassation, la décision a été prise à l'occasion de l'examen d'un cas d'espèce dans lequel la publicité portait sur l'activité elle-même et non sur d'autres aspects qui ne souffrent d'aucune restriction ou interdiction de publicité comme notamment la qualité de l'hébergement ou de l'accueil.

Dans ces conditions, s'il est envisageable de déférer toute publicité qui viserait directement ou indirectement à promouvoir certains services et partant certains médecins d'un établissement de santé, une action à l'encontre d'une publicité vantant les mérites de l'hospitalisation privée (ou de l'hospitalisation publique) a peu de chance de prospérer de même qu'une action à l'encontre d'une publicité vantant la qualité des services hôteliers d'une clinique (sauf circonstances très particulières : une clinique qui ne ferait que de la chirurgie, par exemple. Dans ces circonstances, le juge pourrait vraisemblablement considérer que la publicité en faveur de la clinique a en réalité pour objet de promouvoir l'activité chirurgicale et partant celle des chirurgiens qui y exercent).

I – B - ... QUI NE PERMET PAS D’AFFIRMER LA LEGITIMITE DU RECOURS A LA PUBLICITE PAR LES ETABLISSEMENTS PUBLICS DE SANTE

Le recours à la publicité par les établissements publics de santé est susceptible de se heurter à divers obstacles même si aucune disposition législative ni aucun principe général du droit, à notre connaissance, ne s'y opposent.

➤ Le principe de spécialité et la nature d'établissement public

L'activité d'un établissement public est limitée aux missions de service public qui lui sont attribuées par la loi. Il ne peut en principe sortir de son objet, ni utiliser son patrimoine à d'autres fins.

Le principe de spécialité signifie en effet que « *La personne morale dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission ; qu'il n'appartient pas à ces établissements d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* »²⁷.

On pourrait considérer que le principe de spécialité et les missions spécifiques définies par le code de la santé publique s'opposent au recours aux mécanismes spécifiques aux établissements commerciaux.

A l'examen, le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un établissement public de santé ait recours au procédé publicitaire au soutien de l'exécution de ses missions²⁸.

Toutefois, les missions d'un établissement public de santé s'inscrivent dans le cadre d'une mission générale de service public hospitalier. Une telle mission autorise-t-elle tout type de publicité, quelle soit commerciale et informative ?

La réponse nous semble devoir être négative. En effet, le service public hospitalier répond à un but d'intérêt général difficilement conciliable avec la réalisation d'opérations commerciales, tel la publicité commerciale qui a pour finalité –comme nous l'avons vu précédemment- la promotion d'un produit, d'un service ou d'une activité.

La mission de service public hospitalier poursuivie en vue de la satisfaction d'un intérêt général semble d'autant moins compatible avec le recours aux procédés de publicité commerciale compte tenu de leur finalité, que la santé est hors du commerce.

➤ **Les obligations déontologiques des médecins**

En tout état de cause, la question se pose de la portée de la décision de la Cour de cassation du 5 juillet 2006 à l'égard des établissements publics de santé, sous les réserves que nous avons formulées *supra*.

En d'autres termes, doit-on considérer que le respect des contraintes déontologiques liées à l'exercice de la médecine se limite aux seules cliniques privées dans lesquels exercent des médecins libéraux, ou qu'elles concernent également les établissements publics de santé dès lors que l'activité médicale est en cause ?

Par analogie avec la solution jurisprudentielle dégagée s'agissant des cliniques privées, l'on peut penser que l'interdiction déontologique de publicité en matière médicale serait également implicitement opposable aux établissements de santé publics.

On relèvera en effet que l'article R. 4127-1 du code de la santé publique stipule que « *Les dispositions du présent code de déontologie s'imposent **aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel** dans les conditions prévues à l'article L. 4112-7 ou par une convention internationale, ainsi qu'aux étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin dans le cas prévu à l'article R. 4127-87* ».

Le code de la santé publique ne fait donc aucune distinction pour l'application des règles déontologiques entre le statut de médecin libéral ou notamment, de praticien hospitalier.

On relèvera en tout état de cause que l'article R.4127-20 du code de la santé publique dispose également que :

« Le médecin doit veiller à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations.

***Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle** ».*

Il existe en effet des cas où le médecin est susceptible de bénéficier -plus ou moins consciemment- de la publicité de l'établissement, notamment et à titre d'exemple s'agissant de:

- l'inauguration de services ou de plateaux techniques ;
- de journées "portes ouvertes" ;
- de la diffusion de brochures ou tracts sur les établissements qui citant le nom des médecins (ce qui constitue une simple information), peuvent également faire état de techniques dites personnelles, de commentaires dont le rédacteur n'aurait pu faire état sans le concours du médecin (il s'agit alors de publicité) ;
- de la publication de revues éditées par les établissements où seraient mélangées des informations de caractère hôtelier, des réclames de caractère commercial (prothèses auditives, matériel pour handicapés physiques, lunettes et orthèses diverses, établissements bancaires, installations hospitalières, matériel industriel sanitaire...), et dans lesquelles seraient intercalés des articles médicaux concernant des techniques modernes et intéressant malades et médecins, présentés comme éléments de formation médicale continue, articles impliquant plus ou moins l'activité des praticiens de l'établissement.

Dans ces situations, l'appréciation du caractère publicitaire prohibé prendra en compte deux données :

- la volonté publicitaire utilisant l'information comme prétexte ;
- la notion de proportionnalité, lorsque dans le message transmis l'impact publicitaire submerge manifestement l'information elle-même.

Ces dispositions²⁹ sont donc de nature à conditionner le contenu des messages pouvant être diffusés par des établissements publics de santé.

* * *

Le cadre juridique actuel n'est donc pas satisfaisant puisqu'il ne permet pas de connaître avec certitude les limites de l'information hospitalière qui se distingue pourtant nettement de la seule information médicale.

II – LA NECESSITE D’UNE CLARIFICATION LEGISLATIVE

L'accroissement du contexte concurrentiel entre secteur public et secteur privé, actifs sur les mêmes marchés (et résultant notamment de la généralisation de la tarification à l'activité conduisant à terme à la convergence des modalités de financement et de tarifs entre ces deux secteurs indépendamment du statut juridique des établissements, mais également de la planification et contractualisation en matière d'offre de soins (CPOM, OQOS...) et l'évolution des techniques de communication font qu'il n'est pas envisageable d'attendre des éclairages d'une jurisprudence en construction.

L'intervention du législateur, pour l'ensemble des établissements de santé, paraît donc aujourd'hui indispensable.

Elle permettrait ainsi de mettre un terme aux dérives d'ordre publicitaire qui ont pu être observées.

Elle permettrait en outre de disposer de règles communes (limitation de la publicité à la publicité informative, règles déontologiques, instauration d'un organisme de vérification, voire dépôt préalable).

A ce titre, l'exemple des établissements d'enseignement pour lesquels le législateur est intervenu mérite d'être mentionné.

En effet, en matière d'enseignement, la publicité est réglementée dans sa mise en œuvre, son contenu et ses modalités³⁰. Les dispositions s'y rapportant s'appliquent par ailleurs indifféremment aux établissements publics et privés³¹.

L'article L. 471-3 du Code de l'éducation dispose ainsi que « toute publicité doit faire l'objet d'un dépôt préalable auprès du recteur. La publicité ne doit rien comporter de nature à induire les candidats en erreur sur la culture et les connaissances de base indispensables, la nature des études, leur durée moyenne et les emplois auxquels elles préparent. Aucune publicité ne peut être mise en œuvre pendant le délai de quinze jours qui suit le dépôt. Il n'est pas dérogé aux dispositions du code de la consommation relatives à la publicité et de l'article 313-1 du code pénal ».

L'article L. 471-4 du même code stipule par ailleurs qu'« il est interdit d'effectuer des actes de démarchage ou de mandater des démarcheurs pour le compte d'organismes d'enseignement. Constitue l'acte de démarchage le fait de se rendre au domicile des particuliers ou sur les lieux de travail pour provoquer la souscription d'un contrat d'enseignement ».

Les dispositions qui devraient être à notre sens adoptées ne devraient pas interdire la publicité, une telle interdiction ne reposant sur aucun motif d'intérêt général et pouvant même se heurter au principe de libre circulation des services auxquelles veillent jalousement les instances et juridictions européennes.

Elles devraient par contre clarifier le cadre juridique dans lequel pourrait s'effectuer en toute sécurité juridique l'information, y compris à caractère publicitaire, des établissements de santé.

La publicité informative à laquelle ils pourraient recourir devrait à notre sens répondre aux obligations posées notamment en matière de médicament : être objective, claire, complète, exacte et vérifiable.

La publicité des établissements de santé pourrait notamment porter sur :

- les informations administratives nécessaires aux patients et aux clients (adresse, n° de téléphone, spécialités, horaires, etc.) ;
- les actions de santé publique menées,
- les actions d'éducation pour la santé,
- les actions de prévention, de médecine préventive,
- les résultats des réflexions menées en interne sur les questions éthiques posées par l'accueil et la prise en charge médicale
- les mesures prises pour garantir la sécurité sanitaire,
- les systèmes mis en place permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux,
- les examens de diagnostic, les traitements proposés (soins préventifs, curatifs, palliatifs),
- les obligations du service public hospitalier : égalité (recevoir tous les malades), continuité (ouverture permanente),
- les établissements de replis,
- la participation à des réseaux de santé,
- etc.

Les textes ne devraient pas limiter les modalités utilisables :

- réalisation de campagnes d'informations locales, à titre d'exemple auprès des médecins généralistes incluant les témoignages d'infirmières, de chercheurs reconnus, de malades ayant séjourné à l'hôpital... ;
- présentation de l'établissement à des associations ;
- envoi de nouvelles à la presse ;
- création d'un site internet ;
- création de logos ;
- brassage avec le grand public à l'occasion d'expositions, de journées portes ouvertes ;
- réalisation de campagnes d'affichage...

L'intérêt d'une telle disposition, au-delà de ce qui a été indiqué supra, serait donc de donner une base juridique incontestable aux pratiques actuelles qui aujourd'hui sont susceptibles de faire l'objet de contentieux.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît que le cadre juridique actuel ne permet ni de poursuivre systématiquement les auteurs des publicités en faveur d'établissements de santé privé sauf lorsque ces publicités visent à promouvoir des services médicaux, ni de limiter les publications en faveur de certaines catégories d'établissements sauf lorsque les propos sont à l'évidence mensongers, ni de fonder légitimement la publications d'informations à visée promotionnelle des établissements publics de santé.

Dès lors, il apparaît nécessaire de proposer une clarification législative qui ne devrait pas tendre à limiter la publicité des établissements de santé mais simplement à lui donner une base juridique incontestable, d'autant plus nécessaire que la réforme des modalités de financement et de planification renforce la concurrence entre les différents secteurs traditionnels de l'hospitalisation (En annexe III, figure uniquement pour mémoire la proposition qui avait été faite en octobre 2005 à l'occasion du PLFSS 2006).

ANNEXE I

Rôle des Fédérations Hospitalières

Compte tenu du principe de spécialité précédemment rappelé qui interdit aux établissements publics administratifs d'entreprendre des activités extérieures à leurs missions, ainsi qu'à l'impossibilité pour les établissements publics de santé de recourir à la publicité commerciale eu égard à leur mission de service public, les Fédérations hospitalières régionales constituent un levier important au regard de leur objet.

Les Fédérations hospitalières régionales ont en effet pour objet plus particulièrement :

- de contribuer et de participer au niveau régional et interrégional à la mise en place d'une politique de santé conforme aux intérêts du service public hospitalier ;
- d'assurer la défense des droits et intérêts des adhérents et plus généralement du service public de santé de la région considérée ;
- de représenter collectivement les adhérents au niveau régional et départemental tant auprès des pouvoirs publics, des administrations, des collectivités, de la justice que de tous organismes ou institutions publics ou privés ;
- de promouvoir la qualité des soins, d'accompagnement et d'hébergement dans les établissements de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux ;
- de mettre en œuvre toutes actions, de développer tous services d'intérêts communs propres à faciliter les missions de ses adhérents notamment, par l'organisation de toutes manifestations, par la publication et la diffusion de tous ouvrages, la création de services généraux d'information, et de promotion d'intérêt collectif ;
- de favoriser et de participer, conformément aux lois et règlements en vigueur, à la formation continue des personnels relevant des adhérents et plus généralement au renforcement du dialogue social au sein des établissements et institutions ; à cet effet de représenter ses adhérents auprès de tout organisme paritaire collecteur agréé.

Compte tenu de leurs missions, et sous réserve que le recours à la publicité participe à la réalisation de leur objet social, le périmètre ainsi que les moyens de communication et d'intervention en matière de publicité peuvent être étendus.

Ils le sont d'autant plus que rien n'interdirait aux Fédérations hospitalières régionales, constituée sous forme d'association Loi de 1901, de recourir à la publicité commerciale³², dans la mesure où elles ne sont pas en charge d'une mission de service public.

Il ne peut toutefois être fait l'impasse des règles précédemment exposées en considération de l'activité de leurs membres³³, et plus précisément de celles concernant l'interdiction de publicité en matière commerciale.

S'agissant du périmètre de communication, ce dernier est ainsi susceptible de porter sur :

- la politique de santé poursuivie et mise en place au sein du service public hospitalier ;
- les droits et intérêts des établissements de santé, et plus généralement du service public de santé ;
- les spécificités du service public hospitalier ;
- les conditions et moyens de fonctionnement du service public,
- la localisation des établissements de santé publics, et la répartition de l'offre de soins publique,
- leur accessibilité,
- la tarification,
- le taux de fréquentation, de satisfaction des usagers à l'égard des établissements publics hospitaliers...

Nous réservons la mission particulière des Fédérations Hospitalières régionales de promotion de la qualité des soins, d'accompagnement et d'hébergement au sein des établissements de santé, pour laquelle seule pourrait être envisagée une communication informative, dans la mesure où la pratique de l'art médical étant alors en cause, la publicité commerciale est interdite.

S'agissant des moyens de communication pouvant être déployés, il pourrait s'agir de :

- la réalisation de campagnes régionales, voire la participation à des campagnes nationales, d'information sur le service public hospitalier,
- l'organisation de colloques et manifestations,
- le recours aux sondages,
- le recours à la presse,
- la publication et diffusion de brochures, ouvrages, études...

En définitive, quand bien même le champ d'intervention de la publicité commerciale serait restreint par l'interdiction de publicité à visée promotionnelle en matière médicale, il n'en demeure pas moins que les Fédérations Hospitalières régionales ne sont pas limitées par le principe de spécialité. La publicité, quelle soit informative ou commerciale, -dans le cadre d'une concurrence licite et loyale³⁴-, constitue donc l'un des moyens privilégié d'une démarche de communication au service de la mission d'intérêt général des établissements publics de santé dont les Fédérations Hospitalières régionales ont pour mission de se faire l'écho.

ANNEXE II

Réglementation de la publicité commerciale

La réglementation de la publicité commerciale pose le problème de son existence même, dans la mesure où sont par ailleurs garanties une certaine liberté du commerce et la liberté d'expression.

Cette réglementation se justifie pour des raisons d'ordre public comme la préservation du jeu de la concurrence (qui justifie ainsi les règles posées à la publicité comparative comme nous le verrons plus loin) ou la protection d'intérêts supérieurs (la santé publique notamment, qui explique la réglementation de la publicité du tabac ou des boissons alcooliques).

La réglementation peut donc d'une part, tenir aux moyens mis en œuvre pour effectuer la publicité qui peuvent affecter le jeu de la concurrence ou être dangereux pour le consommateur, mais elle peut également tenir d'autre part, à l'objet de la publicité lorsque cet objet même concerne des intérêts supérieurs.

La publicité commerciale peut donc être réglementée par son objet ou par son procédé.

1. Réglementation par l'objet :

Figurent au titre de la publicité réglementée par son objet :

- la publicité des produits intéressant la santé publique : publicité des boissons alcooliques³⁵, la publicité des produits du tabac³⁶, la publicité des produits pharmaceutiques - médicaments³⁷, contraceptifs³⁸-, la publicité des autres produits -vétérinaires³⁹, stupéfiants, produits dopants, ...- ;
- la publicité des produits intéressant la sécurité publique : publicité des armes ;
- la publicité d'activités économiques : activités professionnelles (professions juridiques ou judiciaires, enseignement et formation professionnelle), offres d'emploi, opérations financières,...

2. Réglementation des procédés de publicité :

Le législateur sanctionne au titre des procédés de publicité, par exemple les procédés trompeurs ou mensongers. Il réglemente également la publicité par affichage ou enseignes ou la publicité audiovisuelle.

Deux moyens sont utilisés pour contrôler les procédés de publicité : il peut s'agir tout d'abord de réglementer un procédé général qui va donc s'imposer pour toute publicité -comme l'interdiction des procédés trompeurs- ou encore de réglementer certains procédés de publicité seulement -comme la publicité comparative-.

2.1 L'interdiction des procédés trompeurs :

L'article L. 121-1 du Code de la consommation dispose qu' « *Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs, ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.* »

Pour que le délit de publicité de nature à induire en erreur soit constitué, l'élément intentionnel doit être caractérisé. Il consiste en une faute d'imprudence ou de négligence, c'est-à-dire de « *n'avoir pas prévu la survenance d'un dommage, d'avoir omis de prendre les précautions qui s'imposaient. Il y a inertie de la volonté, imprévoyance* »⁴⁰

Concernant l'élément matériel de l'infraction, il doit s'agir d'une publicité comportant des éléments -allégations⁴¹, indications⁴², présentations⁴³- de nature à induire en erreur. A ce titre, l'article L. 122-1 susvisé du Code de la consommation procède à une énumération d'objets, sur lesquels peuvent porter les allégations, indications ou présentations, fausses ou de nature à induire en erreur.

Ainsi, notamment :

- la qualité de la prestation de service doit correspondre à celle du service annoncé ;
- l'annonceur ne doit pas s'attribuer des qualités qui ne sont pas les siennes ;
- il ne faut pas que le client puisse être attiré par des annonces de prix qui se révèlent inexacts ou mensongères.

2.2 La réglementation de la publicité comparative :

La publicité comparative est autorisée en France, sous réserve qu'elle ne soit pas illicite⁴⁴.

Elle est définie à l'article L. 121-8 du Code de la consommation comme « *toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent* ».

Pour être qualifiée de comparative, il suffit donc que la publicité permette d'identifier un concurrent, ou les biens et services qu'il offre, et ce peu important les moyens d'identification. L'identification du concurrent peut n'être qu'implicite : peu importe donc que le concurrent, ses biens ou services soient mentionnés expressément, il suffit que l'on puisse comprendre qu'il y est fait référence.

Pour être licite, la publicité comparative doit répondre à deux critères :

- porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif. Le critère permettant la comparaison réside ainsi dans la finalité des biens ou services proposés, c'est-à-dire à leur utilité pour le consommateur ;
- la comparaison doit être objective : la publicité comparative n'est licite que si « *elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie* »⁴⁵. C'est-à-dire lorsqu'elle repose sur des bases objectives, des données comparables⁴⁶.

Sont expressément interdits les contenus suivants :

- la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur⁴⁷ ;
- en vertu de l'obligation de loyauté entre concurrents, la publicité comparative pour être licite ne peut⁴⁸ :
 - tirer indûment profit de la notoriété attachée à des signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ou à l'indication géographique d'un produit concurrent ;
 - entraîner le discrédit ou le dénigrement d'un concurrent ;
 - engendrer de la confusion entre l'annonceur et un concurrent ou leurs produits ;
 - présenter des biens ou des services comme une imitation d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé.

Sont par ailleurs interdits les supports de publicité comparative tels que les emballages, factures, titres de transport, moyens de paiement ou billets d'accès à des spectacles ou à des lieux ouverts au public⁴⁹.

**ANNEXE III
(POUR MEMOIRE)
PLFSS 2006
PROJET D'AMENDEMENT N°**

« Il est inséré dans le code de la santé publique (Sixième partie, Livre Ier, Titre II, Chapitre II) un article L. 6122-22 rédigé comme suit:

« I - Est interdite, y compris auprès des professionnels de santé médicaux et paramédicaux, la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur d'un établissement de santé, d'un organisme ou d'un service, assurant l'une des missions mentionnées aux articles L.6111-1, L.6111-2, L.6111-3, L.6112-1 du présent code et dont la création, la conversion et le regroupement des activités de soins fait l'objet de l'autorisation prévue à l'article L. 6122-1 du présent code.

Est considérée comme propagande ou publicité directe ou indirecte, au sens du premier alinéa, toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir un établissement de santé, un organisme ou un service assurant l'une des missions figurant aux articles L.6111-1, L.6111-2, L.6111-3, L.6112-1 du présent code et soumis à l'autorisation visée à l'alinéa précédent.

II - Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public et des professionnels de santé médicaux et paramédicaux. Cette information doit cependant être limitée aux données administratives et pratiques concernant l'établissement de santé, l'organisme ou le service assurant la ou les missions figurant aux articles L.6111-1, L.6111-2, L.6111-3, L.6112-1 du présent code, notamment, les adresses postales et électroniques, les numéros de téléphone et de télécopie, les jours et heures de consultation, les capacités en lits ou places, les équipements dont les équipements lourds, la composition du corps médical et paramédical, les données relatives à l'activité, le livret d'accueil.

Elle ne fait pas non plus obstacle à la publication d'articles ou de communications à caractère technique ou scientifique en particulier dans les publications professionnelles spécialisées, ni à la publication d'articles mettant en comparaison des services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des services offerts par un concurrent. Cependant, dans ce dernier cas, la publication n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou déloyale ou de nature à induire en erreur ;

2° Elle porte sur des services répondant strictement aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces services, dont le prix peut faire partie.

III - La création, le transfert, la fusion de l'établissement, l'obtention ou le retrait d'une autorisation, les opérations de coopération, peuvent également donner lieu à un communiqué dans la presse écrite.

Toute information ou publication, lorsqu'elle est autorisée, doit être véridique, loyale et formulée avec tact et mesure.

IV - Est puni de 37500 euros d'amende toute publicité ou propagande au sens du présent article.

Sont passibles des mêmes peines, quel que soit le mode de publicité ou de propagande utilisé, les personnes qui tirent profit d'une publicité ou d'une propagande irrégulière et les agents de diffusion de cette publicité ou de cette propagande.

Les dispositions prévues à l'alinéa précédent sont applicables lorsque cette publicité ou cette propagande, faite à l'étranger, est perçue ou diffusée en France.

Dans tous les cas, le tribunal peut ordonner la saisie et la destruction des documents et objets publicitaires concernés.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, des infractions prévues au présent article.

Le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait, décider que les personnes morales sont en totalité ou en partie solidairement responsables du paiement des amendes mises à la charge de leurs dirigeants ou de leurs préposés.

V - Le tribunal ordonne, s'il y a lieu, la suppression, l'enlèvement ou la confiscation de la publicité ou de la propagande interdite aux frais des contrevenants.

La cessation de la publicité ou de la propagande peut être ordonnée soit sur réquisition du ministère public, soit d'office par le juge d'instruction ou le tribunal saisi des poursuites. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours. Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.

Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant la chambre de l'instruction ou devant la cour d'appel selon qu'elles ont été prononcées par un juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites.

La chambre de l'instruction ou la cour d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces. »

NOTES

¹ « En principe, le recours à des pratiques commerciales est un indice de lucrativité.

Mais, l'organisme peut, sans que sa non lucrativité soit remise en cause, procéder à des

opérations de communication pour faire appel à la générosité publique (exemple : campagne de dons au profit de la lutte contre les maladies génétiques).

Il peut également réaliser une information, notamment sur des sites internet, sur ses prestations sans toutefois que celle-ci s'apparente à de la publicité commerciale destinée à capter un public analogue à celui des entreprises du secteur concurrentiel.

L'attention est appelée sur le fait que des interrogations de moteurs de recherche peuvent faire apparaître pour une même requête aussi bien des sites d'entreprises du secteur lucratif que d'organismes sans but lucratif. La mention d'un site associatif sur un moteur de recherche n'est pas, de manière générale, un indice de lucrativité, à l'exception des cas où l'organisme a demandé à bénéficier, de la part du moteur de recherche, d'un traitement particulier prenant notamment l'aspect d'occurrences de citation plus fréquentes que celles proposées par le fonctionnement normal des moteurs de recherche.

Pour distinguer l'information de la publicité, il convient de regarder si le contenu des messages diffusés et le support utilisé ont été sélectionnés pour tenir compte du public particulier auquel s'adresse l'action non lucrative de l'organisme en cause.

Ainsi, un organisme sans but lucratif peut présenter les prestations qu'il offre dans un catalogue si ce support est diffusé soit par l'organisme lui-même aux personnes ayant déjà bénéficié de ses prestations ou qui en ont exprimé la demande, soit par l'intermédiaire d'organismes sociaux.

En revanche, la vente de ce catalogue en kiosque, la diffusion de messages publicitaires payants (passage de messages dans les journaux, à la radio, location de panneaux publicitaires, bandeaux publicitaires sur des sites internet, etc.) sont des éléments susceptibles de remettre en cause le caractère non commercial de la démarche. Il en serait de même de l'utilisation d'un réseau de commercialisation (agences de voyages, courtiers, participation à des foires ou salons dont les exposants sont principalement des professionnels, etc.).

Nota : Le fait qu'un organisme sans but lucratif dispose d'un site internet pour informer tant ses adhérents que toute personne intéressée par ses activités ne doit pas conduire à considérer que cette association recourt à des méthodes commerciales destinées à capter un public analogue à celui des entreprises du secteur concurrentiel. Internet apparaît en effet comme un vecteur normal de diffusion d'informations pour un organisme sans but lucratif.

De même, le seul fait que le site soit accessible à partir d'autres sites ne doit pas remettre en cause cette analyse dès lors que l'existence du lien est justifiée par l'activité même des différents organismes exploitant les sites.

A contrario, un organisme sans but lucratif qui aurait recours sur internet à de la publicité payante afin de se faire connaître son offre de services par le biais de bandeaux ou bannières publicitaires, permettant ou non un accès à son site, recourt à des méthodes commerciales publicitaires ».

² Article L6161-6 du code de la santé publique « Les établissements de santé privés à but non lucratif sont admis à participer à l'exécution du service public hospitalier lorsqu'ils répondent à des conditions d'organisation et de fonctionnement fixées par décret et qu'ils établissent un projet d'établissement tel que défini à l'article L. 6143-2 compatible avec les objectifs du schéma d'organisation sanitaire.

La décision d'admission à participer au service public hospitalier est prise par le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation. Le refus d'admission doit être motivé ».

³ Cass. crim., 12 nov. 1986 : Bull. crim., n° 335.

⁴ L'article R. 5053-2 du Code de la santé publique qui fixe les règles pour la publicité en faveur des établissements pharmaceutiques et officines de pharmacie, précise que ne relèvent pas des dispositions relatives à la publicité pharmaceutique les « documents d'information à caractère scientifique, technique ou financier, émis par l'établissement ou l'entreprise, qui n'ont pas pour objet la promotion d'un médicament ». Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris a pu considérer, se livrant à une appréciation in concreto dans une affaire de publicité comparative, que les publications faites à un congrès vétérinaire et distribuées aux participants constituaient une communication scientifique et non une communication commerciale. Ainsi, la Cour relève que, "si toute communication faite lors d'un congrès de professionnels s'adresse à des clients potentiels, il ne résulte pas de l'examen du texte litigieux que celui-ci (antérieur de huit mois à la mise du produit sur le marché) ait eu des fins essentiellement commerciales et n'ait pas au contraire constitué.../... une communication scientifique, destinée à faire connaître au public concerné des progrès réalisés dans le domaine de la santé animale" (CA Paris, 15 mai 1998, Sté Virbac c/ Sté Mérial : Juris-Data n° 1998-021143 ; Contrats, conc., consom. 1998, comm. n° 171).

⁵ Par exemple, constituant le délit de publicité mensongère qui est un délit intentionnel exigeant que soit relevée à la charge du prévenu une faute d'imprudence ou de négligence.

⁶ Tabac ou produits du tabac. En application de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique, est interdite "la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou des produits du tabac". Aux termes du premier alinéa de l'article L. 3511-4 dudit Code, "est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac ou un produit du tabac lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac". Conformément au deuxième alinéa de l'article L. 3511-4, ces dispositions ne sont pas applicables "à la propagande ou à la publicité en faveur d'un produit autre que le tabac ou un produit du tabac qui a été mis sur le marché avant le 1er janvier 1990 par une entreprise juridiquement et financièrement distincte de toute entreprise qui fabrique, importe ou commercialise du tabac ou un produit du tabac. La création de tout lien juridique ou financier entre ces entreprises rend caduque cette dérogation".

⁷ Article L3323-2 : « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;

2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ;

4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;

5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ;

6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ;

7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation œnologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;

8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication.

Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques ».

Article L3323-4 du code de la santé publique : « La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit ».

⁸ Article L2133-1 du code de la santé publique : « Les messages publicitaires en faveur de boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés doivent contenir une information à caractère sanitaire. Dans le cas des messages publicitaires télévisés ou radiodiffusés, cette obligation ne s'applique qu'aux messages émis et diffusés à partir du territoire français et reçus sur ce territoire. La même obligation d'information s'impose à toute promotion, destinée au public, par voie d'imprimés et de publications périodiques édités par les producteurs ou distributeurs de ces produits ».

⁹ Aux termes de l'article L. 5122-6 du Code de la santé publique, "la publicité auprès du public pour un médicament n'est admise qu'à la condition que ce médicament ne soit pas soumis à prescription médicale, qu'il ne soit pas remboursable par les régimes obligatoires d'assurance maladie et que l'autorisation de mise sur le marché ou l'enregistrement ne comporte pas de restrictions en matière de publicité auprès du public en raison d'un risque possible pour la santé publique".

¹⁰ Article L1333-14 du code de la santé publique : « *Toute publicité relative à l'emploi de radionucléides ou de produits en contenant, dans la médecine humaine ou vétérinaire, est interdite, sauf auprès des médecins, des vétérinaires et des pharmaciens.*

Toute autre publicité ne peut être faite qu'après autorisation du ou des ministres intéressés accordée après avis de l'Autorité de sûreté nucléaire ».

¹¹ Article L. 6322-1 du code de la santé publique : « *Une intervention de chirurgie esthétique, y compris dans les établissements de santé mentionnés au livre Ier, ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisant à des conditions techniques de fonctionnement. Celles-ci font l'objet d'une accréditation dans les conditions prévues à l'article L. 6113-3.*

La création de ces installations est soumise à l'autorisation de l'autorité administrative territorialement compétente. L'autorisation, qui entraîne la possibilité de fonctionner, est accordée pour une durée limitée renouvelable. Elle est subordonnée au résultat d'une visite de conformité sollicitée par la personne autorisée et menée par l'autorité administrative compétente.

Elle est réputée caduque si l'installation n'a pas commencé à fonctionner dans un délai de trois ans. De même, sauf accord préalable de l'autorité administrative sur demande justifiée du titulaire de l'autorisation, l'arrêt du fonctionnement de l'installation pendant une durée supérieure à six mois entraîne la caducité de l'autorisation. La caducité est constatée par l'autorité administrative compétente.

L'autorisation est retirée si une publicité directe ou indirecte sous quelque forme que ce soit est effectuée en faveur de l'établissement titulaire de ladite autorisation ».

¹² Article L. 121-51 du code de la consommation : « *La publicité en faveur des préparations pour nourrissons n'est autorisée que dans la presse écrite destinée aux professions de santé ».*

¹³ Article 223-14 du code pénal : « *La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».*

¹⁴ Article 511-1-2 du code pénal : « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.*

Est punie des mêmes peines la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif ».

¹⁵ En particulier :

- Article R. 4127-19 du code de la santé publique : « *La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce.*

Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale ».

- Article R. 4127-215 du code de la santé publique : « *La profession dentaire ne doit pas être pratiquée comme un commerce.*

Sont notamment interdits :

1° L'exercice de la profession dans un local auquel l'aménagement ou la signalisation donne une apparence commerciale ;

2° Toute installation dans un ensemble immobilier à caractère exclusivement commercial ;

3° Tous procédés directs ou indirects de publicité ;

4° Les manifestations spectaculaires touchant à l'art dentaire et n'ayant pas exclusivement un but scientifique ou éducatif ».

- Article R. 4127-217 du code de la santé publique : « *Les seules indications qu'un chirurgien-dentiste est autorisé à faire figurer dans un annuaire sont :*

1° Ses nom, prénoms, adresses postale et électronique, numéros de téléphone et de télécopie, jours et heures de consultation ;

2° Sa spécialité.

Les sociétés d'exercice en commun de la profession peuvent figurer dans les annuaires dans les mêmes conditions que ci-dessus.

Toute insertion payante dans un annuaire est considérée comme une publicité et est donc interdite ».

- Article R. 4127-225 du code de la santé publique : « *Le chirurgien-dentiste doit éviter dans ses écrits, propos ou conférences toute atteinte à l'honneur de la profession ou de ses membres. Sont également interdites toute publicité, toute réclame personnelle ou intéressant un tiers ou une firme quelconque* ».

- Article R4127-310 du code de la santé publique : « *La profession de sage-femme ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Tous les procédés directs ou indirects de réclame et de publicité sont interdits aux sages-femmes.*

Sont également interdites les manifestations spectaculaires touchant à la profession de sage-femme et n'ayant pas exclusivement un but scientifique ou éducatif ».

- Article R4312-37 du code de la santé publique : « *La profession d'infirmier ou d'infirmière ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Tous les procédés directs ou indirects de réclame ou publicité sont interdits aux infirmiers ou infirmières.*

L'infirmier ou l'infirmière ne peut faire figurer sur sa plaque professionnelle, sur ses imprimés professionnels, des annuaires téléphoniques ou professionnels ou sur des annonces que ses nom, prénoms, titres, diplômes et, le cas échéant, lieu de délivrance, certificats ou attestations reconnus par le ministre chargé de la santé, adresse et téléphone professionnels et horaires d'activité.

La plaque professionnelle ne doit pas avoir de dimensions supérieures à 25 cm x 30 cm. L'infirmier ou l'infirmière qui s'installe, qui change d'adresse, qui se fait remplacer ou qui souhaite faire connaître des horaires de permanence peut procéder à deux insertions consécutives dans la presse ».

¹⁶ Article L1211-3 du code de la santé publique : « *La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.*

Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé, en collaboration avec le ministre chargé de l'éducation nationale ».

¹⁷ Article L5124-17 du code de la santé publique : « *La publicité en faveur des entreprises et établissements pharmaceutiques ne peut être faite que dans les conditions prévues par voie réglementaire* ».

¹⁸ Article L5125-31 du code de la santé publique : « *La publicité en faveur des officines de pharmacie ne peut être faite que dans les conditions prévues par voie réglementaire* ».

¹⁹ Article L121-8 « *Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :*

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables ».

- Article L121-9 du code de la consommation : « *La publicité comparative ne peut :*

1° Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ;

2° Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;

3° Engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;

4° Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé ».

Article L121-12 du code de la consommation : « *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-2, l'annonceur pour le compte duquel la publicité comparative est diffusée doit être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité* ».

²⁰ Article L121-1 du code de la consommation « *Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* ».

²¹ CA Douai, 1^{ère} ch., 2 oct. 1995, n°95/08215, Sté 3 Suisses France c/ SA Redoute : « *si l'exagération propre à toute publicité n'enfreint pas, en elle-même, les règles de loyauté de la concurrence, la revendication d'exclusivités ou de propriétés superlatives ne peut être admise si de telles assertions aboutissent, par un dénigrement indirect, à dépouiller les concurrents des mêmes vertus* ».

²² Ainsi :

- Article L3351-7 du code de la santé publique : « *Les infractions aux dispositions des articles L. 3323-2, L. 3323-4 à L. 3323-6, relatifs à la publicité des boissons alcooliques, sont punies de 75000 euros d'amende. Le maximum de l'amende peut être porté à 50 % du montant des dépenses consacrées à l'opération illégale.*

En cas de récidive, les personnes physiques reconnues coupables de l'infraction mentionnée à l'alinéa précédent peuvent encourir la peine complémentaire d'interdiction, pendant une durée de cinq ans, de vente de la boisson alcoolique qui a fait l'objet de l'opération illégale.

Le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait, décider que les personnes morales sont en totalité ou en partie solidairement responsables du paiement des amendes mises à la charge de leurs dirigeants ou de leurs préposés ».

- Article L 3512-2 du code de la santé publique : « *Les infractions aux dispositions des articles L. 3511-2, L. 3511-3 et L. 3511-6 sont punies de 100 000 euros d'amende. En cas de propagande ou de publicité interdite, le maximum de l'amende peut être porté à 50 % du montant des dépenses consacrées à l'opération illégale.*

En cas de récidive, le tribunal peut interdire pendant une durée de un à cinq ans la vente des produits qui ont fait l'objet de l'opération illégale.

Le tribunal ordonne, s'il y a lieu, la suppression, l'enlèvement ou la confiscation de la publicité interdite aux frais des délinquants.

Le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait, décider que les personnes morales sont en totalité ou en partie solidairement responsables du paiement des amendes et des frais de justice mis à la charge de leurs dirigeants ou de leurs préposés ».

- Article L. 5422-1 du code de la santé publique : « *Toute publicité au sens de l'article L. 5122-1, de caractère trompeur ou de nature à porter atteinte à la protection de la santé publique ou ne présentant pas un médicament ou un produit de façon objective ou n'en favorisant pas le bon usage, est punie de 37500 euros d'amende* ».

- Article L. 6214-4 du code de la santé publique : « *A l'exception de l'information scientifique auprès du corps médical et pharmaceutique, toute publicité en faveur d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale au sens de l'article L. 6211-7 est punie de 3750 euros d'amende* ».

²³ Cass.1^{ère} civ, 5 juillet 2006, SARL Clinique de médecine capillaire c/ Syndicat national des médecins esthétiques

²⁴ Alinéa 1^{er} : « *la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce* ».

Alinéa 2 : « *Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale* ».

²⁵ Pour laquelle d'ailleurs la loi prévoit que l'autorisation administrative de création des installations correspondantes au sein des établissements de santé « *est retirée si une publicité directe ou indirecte sous quelque forme que ce soit est effectuée en faveur de l'établissement titulaire de ladite autorisation* » (article L. 6322-1 du CSP).

²⁶ Note de M. BAGANINA, Docteur en droit, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 2006, Petites Affiches, 29 mars 2007, N°64

²⁷ Cour administrative d'appel de Bordeaux, 25 novembre 2003

²⁸ La question est en réalité double, et doit être appréhendée d'une part, en termes d'activités susceptibles d'être exercées par l'établissement (A) et d'autre part, au regard des moyens qui peuvent être mis en œuvre par l'établissement au titre de la réalisation de ses missions (B).

A- Activité publicitaire et missions de l'établissement public de santé ?

Les missions des établissements publics de santé sont précisées au code de la santé publique qui dispose que :

« Les établissements de santé, publics et privés, assurent les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes en tenant compte des aspects psychologiques du patient.

Ils participent à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales coordonnées et à des actions d'éducation pour la santé et de prévention.

Ils participent à la mise en œuvre du dispositif de vigilance destiné à garantir la sécurité sanitaire, notamment des produits mentionnés à l'article L. 5311-1, et organisent en leur sein la lutte contre les infections nosocomiales et les affections iatrogènes dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Ils mènent, en leur sein, une réflexion sur les questions éthiques posées par l'accueil et la prise en charge médicale.

Les établissements de santé mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux répondant à des conditions définies par voie réglementaire » (article L. 6111-1 du CSP).

S'agissant plus particulièrement du service public hospitalier, l'article L6112-1 dispose par ailleurs qu'outre les missions définies à l'article L. 6111-1 du CSP susvisé, le service public hospitalier : « (...) concourt :

1° A l'enseignement universitaire et postuniversitaire et à la recherche de type médical, odontologique et pharmaceutique ;

2° A la formation continue des praticiens hospitaliers et non hospitaliers ;

3° A la recherche médicale, odontologique et pharmaceutique ;

4° A la formation initiale et continue des sages-femmes et du personnel paramédical et à la recherche dans leurs domaines de compétence ;

5° Aux actions de médecine préventive et d'éducation pour la santé et à leur coordination ;

6° Conjointement avec les praticiens et les autres professionnels de santé, personnes et services concernés, à l'aide médicale urgente ;

7° A la lutte contre l'exclusion sociale, en relation avec les autres professions et institutions compétentes en ce domaine, ainsi que les associations qui œuvrent dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre l'exclusion, dans une dynamique de réseaux.

Le service public hospitalier assure, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les examens de diagnostic et les soins dispensés aux détenus en milieu pénitentiaire et, si nécessaire, en milieu hospitalier ainsi qu'aux personnes retenues en application de l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Il concourt, dans les mêmes conditions, aux actions de prévention et d'éducation pour la santé organisées dans les établissements pénitentiaires ».

A la lecture de ces dispositions, il ressort sans ambiguïté que la publicité ne figure pas parmi les missions des établissements de santé publics, ni du service public hospitalier. En conséquence, et en vertu du principe de spécialité qui interdit aux établissements publics « d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités », il est exclu d'envisager qu'un établissement public de santé puisse développer une activité publicitaire, activité sans rapport avec sa raison d'être.

Pour autant, le recours à la publicité, en tant que procédé de communication, dans le cadre des activités de l'établissement public de santé doit-il être exclu ?

B- Le principe de spécialité s'oppose-t-il à ce qu'un établissement public administratif chargé d'une mission de service public, qui n'a ni vocation industrielle, ni commerciale, puisse recourir au procédé publicitaire comme moyen pour exécuter celles-ci ?

Aucune interdiction n'est posée par un texte, ni en vertu d'un principe général.

Mais il n'en demeure pas moins que le principe de spécialité limite les fonctions de l'établissement public de santé au but pour la réalisation duquel il a été créé.

C'est pourquoi, le recours à la publicité en tant qu'opération de communication qui vise à porter une information en direction du public ne peut être envisagé qu'à la condition que ce moyen de communication s'inscrive dans le cadre strict des missions dévolues à l'établissement, c'est-à-dire participe à la réalisation de celles-ci.

²⁹ L'interdiction de publicité se retrouve également en matière d'éducation sanitaire et d'information sur les procédés nouveaux.

S'agissant de l'éducation sanitaire, l'article R. 4127-13 du code de la santé publique stipule que : « *Lorsque le médecin participe à une action d'information du public de caractère éducatif et sanitaire, quel qu'en soit le moyen de diffusion, il doit ne faire état que de données confirmées, faire preuve de prudence et avoir le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Il doit se garder à cette occasion de toute attitude publicitaire, soit personnelle, soit en faveur des organismes où il exerce ou auxquels il prête son concours, soit en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général* ».

Dans le cadre de l'information de portée générale sur les nouvelles maladies, techniques ou thérapeutiques, l'information peut en effet devenir une occasion de se faire connaître à son avantage, l'intention publicitaire utilisant l'information- licite en soi- comme prétexte. Le message transmis est ainsi susceptible d'être débordé par l'impact publicitaire.

Concernant les procédés nouveaux, l'article R.4127-14 du code de la santé publique dispose que : « *Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé sans accompagner leur communication des réserves qui s'imposent. Ils ne doivent pas faire une telle divulgation dans le public non médical.* ».

Le deuxième alinéa de cet article interdit donc aux médecins de s'adresser au public par la presse écrite ou parlée, pour vanter traitements ou procédés d'examen. De telles publications comportent, en effet, un risque de publicité (interdite au corps médical) si l'auteur signe son article ou laisse donner son nom ou son adresse, et de tromperie si elles viennent notamment à être controversées par la suite, voire s'avèrent fallacieuses.

³⁰ En effet, de nombreux établissements éditent des plaquettes de présentation décrivant notamment les formations, la composition de l'équipe pédagogique et la vie scolaire de l'établissement.

³¹ L'article L. 471-1 du Code de l'éducation dispose que « *les dispositions du présent chapitre [art. L. 471-1 à L. 471-4] sont applicables à tous les organismes ou les établissements d'enseignement* ».

³² Laquelle on le rappellera est réglementée, conformément à ce qui figure en annexe.

³³ En effet, certes les fédérations hospitalières régionales n'ont pas pour objet l'exercice d'une activité médicale. Mais on rappellera que dans l'espèce soumise à la Cour de cassation (décision précitée du 5 juillet 2006), les juges ont retenu l'opposabilité implicite à la Clinique des règles de la déontologie médicale, nonobstant le fait – comme la Clinique le soutenait au moyen de son pourvoi- qu'elle n'exercerait pas la médecine, se contentant de fournir aux médecins des locaux, du personnel soignant et le matériel technique.

³⁴ Qui exclut le démarchage et la sollicitation

³⁵ Articles L. 3323-1 et suivants du Code de la santé publique

³⁶ Art. L. 3511-3 et suivants du code de la santé publique

³⁷ Articles L. 5122-1 et suivants du Code de la santé publique

³⁸ Article L. 5434-1 du Code de la santé publique

³⁹ Articles R. 5146-42 et suivants du Code de la santé publique.

⁴⁰ J. Pradel et M. Danti-Juan, Droit pénal spécial : Cujas, 1995, n°473

⁴¹ Qui consistent dans le fait de laisser croire, sans affirmer, à une proposition relative aux produits ou aux services, qui s'avère inexacte (non nécessairement mensongère)

⁴² L'indication fausse, ou de nature à induire en erreur, vise l'attribution de qualités au produit ou service

⁴³ La présentation vise essentiellement le mode de rédaction et l'utilisation de caractères presque illisibles

⁴⁴ Articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation

⁴⁵ Article L. 121-8, alinéa 1, 3° du Code de la consommation

⁴⁶ Il a ainsi été jugé qu'une comparaison objective de produits vendus en grande surface exige d'une part que les produits choisis soient représentatifs des achats moyens en grande surface et d'autre part qu'ils soient suffisamment nombreux pour permettre la généralisation (*TGI Chalon-sur-Saône, 24 juin 1994 : Juris-Data n° 1994-052935*).

⁴⁷ Article L. 121-8, alinéa 11° du Code de la consommation

⁴⁸ Article L. 121-9 du Code de la consommation

⁴⁹ Article L. 121-11 du Code de la consommation