

Hôpital et publicité : que faire ?

Pauline Mergier, Juriste, Fédération Hospitalière de France

Cédric Lussiez, Directeur de la communication, Fédération Hospitalière de France

L'exacerbation de la concurrence, dans le contexte actuel de tarification à l'activité, multiplie aujourd'hui les « intérêt à agir » en matière de communication hospitalière. Néanmoins, nombre d'établissements choisissent encore une posture très prudente, afin d'éviter de voir leurs actions qualifiées de « publicitaires ». Soumis à l'injonction contradictoire des restrictions posées par le droit et de leur souhait de faire connaître au public l'offre de soins qui est la leur, à l'instar de ce que font nombre de cliniques lucratives, ils sous-estiment parfois leur potentiel de communication. Quel régime juridique de la publicité pour les établissements de santé ? Dans quelles conditions une action publicitaire d'établissements concurrents peut-elle être dénoncée ? Cet article cosigné par Pauline Mergier et Cédric Lussiez, respectivement juriste et directeur de la communication à la Fédération hospitalière de France, propose des critères opérationnels pour la mise en œuvre d'actions de communication, et précise les actions engagées pour faire évoluer le droit.

L'hôpital, une institution longtemps silencieuse

L'hôpital public a longtemps été une institution silencieuse. Cette réticence à communiquer tenait tant à son histoire, enracinée dans la création séculaire d'institutions religieuses laïcisées et municipalisées lors de la Révolution française, qu'au souci de respecter l'intimité des personnes qui y étaient soignées. Elle s'est également nourrie d'une déontologie médicale récusant tout procédé susceptible d'apparenter la médecine à un commerce. Cette situation a peu à peu évolué. Alors que les hôpitaux connaissaient une profonde mue dans la seconde partie du XXe siècle, ils se sont engagés, tout en se dotant de plateaux techniques, dans l'information du public, le recrutement de personnels et la présentation de leur action.

Alors que l'exacerbation de la concurrence dans le contexte de la tarification à l'activité multiplie les « intérêt à agir » en matière de communication hospitalière, nombre d'hôpitaux publics choisissent cependant encore une posture très prudente, de manière à éviter de voir leurs actions qualifiées de publicitaires.

Soumis à l'injonction contradictoire des restrictions posées par le Droit et du désir de faire connaître au public l'offre de soins qui est la leur, à l'instar de ce que font sans hésitation nombre de cliniques lucratives, les établissements sous-estiment parfois les possibilités réelles d'information qui leur sont laissées.

Le présent article présente la notion de publicité dans les établissements de santé, ses limites, les critères à retenir pour la mise en œuvre d'actions de communication et les évolutions possibles du Droit.

I. La notion de publicité dans les établissements de santé

Il n'existe pas d'approche juridique globale de la publicité. Celle-ci fait l'objet de divers textes, s'appliquant soit à certains modes de communication, soit à certains produits ou services ou encore à certains aspects de la publicité en général.

En droit communautaire, l'article 2 de la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 relative à la publicité trompeuse et comparative dispose qu'on entend par 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, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ».

En droit interne, la notion de publicité est abordée à plusieurs reprises. Par exemple, le code de la santé publique définit la publicité en matière de médicaments à usage humain comme « 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 » (C. santé publ., art., L. 5122-1, al. 1^{er}).

Dans le domaine de la santé, on retiendra l'interdiction de la publicité relative aux activités et actes médicaux (Civ. 1^{ère} 5 juillet 2006) ou aux médecins (C. santé publ., art., R. 4127-19), issue des règles de déontologie médicale. Est également prohibée la publicité au profit d'établissements de santé exerçant une activité de chirurgie esthétique (C. santé publ., art., L. 6322-1) ou encore la publicité en faveur de dons d'éléments ou de produits du corps humain (C. santé publ., art., L. 1211-3). Quant à la publicité relative aux médicaments à usage humain, si elle n'est pas prohibée, elle fait l'objet d'importantes restrictions (C. santé publ., art., L. 5122-1).

C'est donc à l'occasion de chaque interdiction ou restriction que le législateur, le pouvoir réglementaire et la jurisprudence précisent ce qu'il convient d'entendre par publicité.

L'analyse des multiples définitions permet de constater que les publicités réglementées ne doivent s'entendre que des publicités commerciales et non de la simple information. En conséquence, il s'agit de faire le départ entre l'information à but purement informatif et l'information portée à la connaissance du public dans le but de réaliser la promotion d'un produit ou d'un service. La qualification de publicité relève d'une analyse des objectifs poursuivis par le message et ce n'est donc que cas par cas, qu'il est possible de déterminer si l'on est ou non en présence d'une publicité commerciale ou d'une simple information.

Dans une décision du 17 décembre 1992, le Conseil national de l'ordre des médecins a condamné un médecin pour distribution de tracts vantant « la méthode d'amincissement et de remise en forme du Dr X ». A l'inverse, la Cour d'appel de Paris a pu considérer que les publications faites à un congrès vétérinaire et distribuées aux participants constituait une communication scientifique et non une communication commerciale bien que toute communication faite lors d'un congrès de professionnels s'adresse à des clients potentiels (CA Paris, 15 mai 1998, Sté Virbac c/Sté Merial).

En définitive, il faut 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 de dénigrement des concurrents.

II. Les limites de l'action publicitaire

Si les pratiques publicitaires de certains établissements de santé peuvent être interdites sur la base des prohibitions abordées plus haut¹, certains comportements peuvent être réprimés au nom de la loyauté qui doit être la règle dans les messages publicitaires. En conséquence, certaines formes de publicité sont interdites comme la publicité trompeuse tandis que d'autres sont encadrées telle que la publicité comparative.

La publicité trompeuse est précisément définie à l'article L. 121-1 du code de la consommation. Elle est constituée par toute publicité qui, d'une manière quelconque, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche, et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique, ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent. L'élément matériel du délit de publicité trompeuse est constitué par une publicité comportant des éléments (allégations, indications, présentations) de nature à induire en erreur. Quant à l'élément intentionnel, il peut s'agir d'une faute d'imprudence ou de négligence.

Les conditions de la licéité de la publicité comparative sont quant à elles définies dans les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation. Est une publicité comparative, toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent, ou des biens ou services offerts par un concurrent. Pour être licite, la publicité comparative doit :

- 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 leur utilité pour le consommateur ;
- la comparaison doit être objective, elle doit « *comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie* »

Les plaignants peuvent soulever d'autres griefs corollaires, tels que le dénigrement et/ou la concurrence déloyale sur le fondement du régime général de responsabilité (articles 1382 et 1383 du code civil).

Le dénigrement consiste à jeter le discrédit en répandant dans le public des informations malveillantes. Le dénigrement peut être direct (s'il vise un concurrent nommément désigné ou les produits ou services déterminés d'un concurrent) ou indirect (soit lorsque l'opérateur économique s'attribue ou attribue à ses produits ou services certaines qualités en laissant entendre *a contrario* que les entreprises ou les produits ou services concurrents ne les possèdent pas, soit lorsque l'entreprise ou le produit ou service dénigré, bien que non expressément désigné, est clairement identifiable). Une simple imprudence suffit à qualifier les faits et le dénigrement peut être constitué même si la preuve est faite de l'exactitude des faits révélés.

L'objectif de l'action en concurrence déloyale est de prévenir et sanctionner l'utilisation de procédés déloyaux dans la concurrence. L'action en concurrence déloyale est une action de

¹ Par exemple, dans une décision rendue le 5 juillet 2006, la Cour de cassation a reconnu que le recours d'une clinique à des procédés de publicité portant sur des actes médicaux et bénéficiant aux médecins exerçant en son sein puisqu'ils permettaient d'attirer la clientèle devait s'analyser comme étant un comportement déloyal 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. (Cass. 1^{ère} civ, 5 juillet 2006)

responsabilité civile qui suppose pour le demandeur de rapporter la preuve d'une faute (laquelle peut consister en une publicité trompeuse, un dénigrement et/ou une publicité comparative), d'un préjudice (souvent une perte financière) et d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

III. Les critères opérationnels pour la mise en œuvre d'actions de communication

Il faut tout d'abord rappeler que l'essentiel des restrictions posées concernent les activités médicales. Il est donc tout-à-fait possible de communiquer largement sur la qualité de l'hébergement ou de l'accueil, qui n'est pas spontanément citée dans les enquêtes d'opinion comme un point fort pour les hôpitaux.

En ce qui concerne la mise en avant d'innovations technologiques ou d'éléments relatifs à l'offre de soins, la principale restriction porte sur le droit ordinal. L'article R. 4127-20 du Code de la Santé Publique dispose en effet 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 des organismes publics ou privés utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle ».

Cependant, il faut noter qu'en pratique, cet article ne fait pas obstacle à la réalisation de journées « porte ouvertes », d'articles dans la presse ou de l'édition de brochures à condition que :

- l'information donnée ne soit pas le paravent d'une volonté publicitaire exclusive : il faut que l'action en question soit incontestable dans son principe et qu'elle soit justifiée par des circonstances particulières. On peut ainsi communiquer sur l'inauguration de bâtiments ou plateaux techniques, les innovations technologiques, les éléments de formation médicale continue à l'adresse en particulier des professionnels libéraux, les actions de santé publique menées, les actions d'éducation pour la santé, les modalités d'inscription dans les IFSI, l'information sur les réflexions éthiques, les mesures prises pour garantir la sécurité sanitaire, les examens et traitements proposés, la participation à des réseaux de santé
- une proportionnalité soit observée entre ce message et la manière dont l'information est délivrée : si l'on peut citer le nom d'un chef de service à l'occasion d'une inauguration et l'associer à une photographie à paraître dans un quotidien, il est plus difficile de défendre la multiplication des informations visuelles le représentant dans le même support. De même, il faut éviter toute incitation réitérée à venir se soigner dans un établissement particulier (« Nous soignerons mieux parce que nous sommes les plus forts »...).

IV. Les actions engagées pour faire évoluer le Droit

L'examen du régime juridique de la publicité montre donc de sérieuses limites, encore aggravées par l'interprétation très restrictive de certains conseils départementaux de l'Ordre des Médecins, parfois relayés au plan national, qui ont parfois censuré certains visuels présentant des médecins en exercice à l'occasion de l'inauguration d'un équipement lourd, à la demande de confrères exerçant en clinique.

On a ainsi laissé entendre parfois que la seule information acceptable était dès lors la fourniture d'informations à caractère exclusivement administratif, dont l'impact sur le grand public s'en trouvait bien évidemment amoindri.

A accepter cette vision excessivement restrictive, la communication hospitalière risque bien de ressembler à la vision lacanienne de l'amour, en prétendant vouloir offrir quelque chose qu'on n'a pas ou une information dont le statut juridique est certain - à quelqu'un qui n'en veut pas vraiment ou un public qui attend avant tout une information sur les soins prodigués.

C'est pourquoi la Fédération Hospitalière de France a souhaité proposer aux parlementaires à l'occasion des débats sur le PLFSS 2009 une évolution du Droit fondée sur les principes suivants :

- la volonté, non de limiter la publicité d'informations à visée promotionnelle des établissements publics de santé, mais de lui donner une base juridique incontestable ;
- la définition plus précise de la propagande ou publicité directe ou indirecte ;
- un régime de sanction pour les contrevenants ;
- la restriction de la possibilité de comparer des services seulement s'ils répondent strictement aux mêmes besoins, sur la base de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives.

Il s'agit sur ce dernier point d'éviter certaines pratiques du secteur privé lucratif (Hôpital privé d'Antony à l'adresse des médecins franciliens en 2005 ; Encart publicitaire de bande dessinée comparative acheté par une clinique de Blois en 1997 ; Fédération de l'hospitalisation privée en 2009 dans la cadre d'une stratégie concertée de dénigrement de l'hospitalisation publique accusée globalement d'inefficience), mais aussi de ménager un espace de communication pour nos hôpitaux, notamment face à l'explosion des dépassements d'honoraires en clinique.

Si cet amendement n'a toujours pas été voté, et à l'exception des limites posées plus haut, il reste tout-à-fait possible de promouvoir ses métiers dans le cadre d'un salon, de présenter les nouvelles autorisations d'équipements lourds, les prestations d'hôtellerie, de nouer des partenariats avec des laboratoires pour l'organisation d'événements valorisant les services concernés.

Ce qui n'est pas interdit reste autorisé. Dans l'attente d'une évolution du Droit, les établissements publics de santé doivent éviter une autocensure excessive, et se montrer vigilants quant au dépassement des « lignes jaunes » par certains de leurs concurrents. C'est à cette double condition que la communication hospitalière pourra être un véritable vecteur d'image, mais aussi contribuer efficacement aux missions de santé publique qui sont celles des hôpitaux.