

## **VD\_OMNI GE.2002.0068 vom 31. Mai 2007**

VD Tribunal cantonal, 2007-05-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2002.0068](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0068)

FR: VD\_OMNI GE.2002.0068 du 31 mai 2007

IT: VD\_OMNI GE.2002.0068 del 31 maggio 2007

### **Regeste**

OnO (Ophthalmologic Network Organisation) SA c/ Département de la santé et de l'action sociale | Publicité pour les professions médicales et sanitaires. Rappel de la jurisprudence fédérale sur la liberté économique et de son évolution en matière de publicité pour les professions libérales. Droit cantonal (dont la modification a échoué) et future loi fédérale sur les professions médicales (non encore en vigueur). L'exploitation d'un site internet et la tenue d'un stand au Comptoir suisse par un établissement pratiquant la chirurgie ambulatoire de l'oeil constitue une publicité prohibée par l'art. 82 LSP. Cependant, cette publicité n'est en l'espèce ni trompeuse ni tapageuse et le risque de surconsommation médicale n'est pas établi. La décision qui interdit cette publicité viole le principe de la proportionnalité et doit être annulée. Avis minoritaire d'un juge assesseur (art. 134 Cst VD) selon lequel le recours aurait dû être rejeté s'agissant du stand au Comptoir, l'admission (partielle) du recours paraissant plus envisageable s'agissant du site internet.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Déposé le 24 juillet 2002 contre la décision du département du 5 juillet précédent, le recours a été interjeté dans le délai de 20 jours fixé par l'art. 31 de la loi du décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (LJPA ; RSV 173.36). On pourrait certes se demander si le délai ne courait pas déjà dès la communication de la lettre du Service de la Santé publique du 10 juin 2002, qui avait le même contenu mais n'indiquait pas la voie de recours. Peu importe cependant car le conseil de la recourante avait pris la précaution de munir ses deux lettres des 21 et 27 juin 2002 adressée à l'autorité intimée des indications nécessaires pour qu'on y trouve tous les éléments nécessaire d'un recours, à savoir l'expression de la volonté de contester la décision et d'en obtenir la modification ou l'annulation, ainsi que l'indication succincte des motifs du recours. Le recours est recevable à la forme.

#### **E. 1.3**

p. 139; 127 I 164 consid. 1a p. 166; 124 I 231 consid. 1b p. 233; 123 II 285 consid. 4c p. 287). b) Dans le cas présent, s'il est incontestable qu'au moment du dépôt du recours, en juillet 2002, la recourante pouvait se prévaloir d'un intérêt actuel à ce que l'interdiction de tenir un stand en septembre 2002 soit annulée, force est d'admettre que cet intérêt a aujourd'hui disparu. Cependant, s'agissant d'une manifestation qui a lieu chaque année et pour une brève durée, la condition de l'intérêt actuel ne saurait être appliquée strictement. Par ailleurs, l'intérêt de la recourante à ce que l'ordre de fermeture de son site Internet soit annulé est évident et actuel. Elle a donc qualité pour recourir et il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

## **E. 2**

a) Conformément à l'art. 37 al. 1 LJPA, le droit de recours appartient à toute personne physique ou morale qui est atteinte par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit avoir en outre un intérêt actuel à l'admission de son recours. Dans sa jurisprudence relative à la recevabilité du recours de droit public ou du recours de droit administratif (v. p. ex. 1A.79/2004 du 20 avril 2004), le Tribunal fédéral, qui applique la règle dont s'inspire l'art. 37 LJPA, renonce parfois à exiger un intérêt actuel et pratique à l'admission du recours lorsque cette condition ferait obstacle au contrôle de la constitutionnalité ou de la légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée, échapperait ainsi toujours au contrôle de la juridiction compétente (cf. notamment ATF 128 I 136 consid.

## **E. 3**

Le département fixe les règles applicables.

## **E. 4**

Il est interdit de mentionner des appareils spéciaux ou des méthodes de traitement particulières. Les personnes exerçant une profession non médicale ne peuvent s'intituler spécialiste ni indiquer une spécialité ou une formation particulière.

## **E. 5**

L'exploitation d'une pharmacie, d'un commerce d'optique ou d'un commerce de droguerie n'est pas soumise à l'interdiction prévue à l'alinéa 1.

## **E. 6**

Dans un arrêt du 24 juin 1997, le Tribunal fédéral a rappelé qu'en matière de réclame faite par des personnes qui exercent une profession libérale (avocats, médecins, etc.), les cantons sont en droit de poser des règles plus strictes que celles qui sont applicables généralement aux commerçants et aux industriels proprement dits. S'agissant des avocats, la jurisprudence du Tribunal fédéral a toujours rejeté le principe d'une interdiction stricte de publicité, mais elle a admis que leur activité publicitaire pouvait être soumise à des limites particulières. Les avocats sont tenus d'avoir une attitude digne et correcte dans leurs rapports avec leurs clients et le public en général. Ils ne doivent pas user de moyens de publicité de nature à jeter le discrédit sur leur profession. Il est dès lors loisible aux cantons de leur interdire une publicité qui serait tapageuse, importune, mercantile ou trompeuse. Les mesures adoptées ne sauraient cependant aboutir en fait à une interdiction absolue de faire une réclame compatible avec la dignité professionnelle et l'ordre public et se rapportant, par exemple, à l'ouverture d'une étude. Pour délimiter ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, il y a lieu de tenir compte des habitudes et des opinions généralement admises dans la profession et le canton (ATF 123 I 201, consid. 6b). Dans l'arrêt cité ci-dessus, le Tribunal fédéral s'est référé à l'ATF 123 I 12 pour relever qu'il avait confirmé en principe sa jurisprudence antérieure, se réservant d'examiner le moment venu les adaptations qui pourraient être nécessaires au vu des circonstances actuelles. Il a précisé que si la publicité purement commerciale pouvait être exclue afin de prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires, à la dignité professionnelle et à l'indépendance des avocats, la publicité faite avec retenue comportant des informations objectives répondant à un besoin du public ne pouvait pas par principe être interdite. Le Tribunal fédéral admet cependant qu'il n'est pas toujours aisé de

tracer la limite entre la réclame commerciale inadmissible et la publicité à caractère informatif autorisée, d'autant que durant ces dernières années les conceptions à ce sujet ont évolué. Quoi qu'il en soit, toute publicité tapageuse ou éveillant de fausses attentes dans le public doit être interdite; la publicité doit contenir essentiellement des informations objectives. L'avocat doit en outre s'abstenir de se mettre en avant vis-à-vis de ses confrères en usant de méthodes publicitaires à caractère sensationnel. Dans l'arrêt du 24 juin 1997 précité, qui concerne la publicité des pharmaciens, le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait tenir compte de la tendance actuelle à un certain assouplissement des règles concernant la publicité applicables aux professions libérales et il a jugé que l'annonce, par voie de réclame, de rabais sur le prix des médicaments apparaît néanmoins comme compatible avec la dignité professionnelle des pharmaciens, pour autant que ceux-ci s'abstiennent alors de toute publicité tapageuse ou excessive (ATF 123 I 201 consid. 6c). Peu après, le Tribunal fédéral s'est encore référé à la tendance actuelle à un certain assouplissement des règles concernant la publicité applicables aux professions libérales pour considérer comme une atteinte inadmissible à la liberté du commerce et de l'industrie l'ordre d'enlever l'enseigne lumineuse d'une société exploitant une polyclinique (arrêt du 7 juillet 1997, SJ 1998 p. 116). La jurisprudence a encore été confirmée en 1999 s'agissant des avocats (ATF 125 I 417). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que même si les restrictions à la publicité des avocats s'étaient assouplies de manière générale, il incombait aux cantons - dans l'état du droit de l'époque - de définir les limites à respecter, ce pour quoi ils disposent d'un certain pouvoir d'appréciation: pour juger de la constitutionnalité des restrictions en matière de publicité, il faut tenir compte des usages en vigueur jusqu'alors dans les cantons concernés (ATF 125 I 417 consid. 5 b, qui se réfère à l'ATF 123 I 201).

## **E. 7**

L'évolution des conceptions en matière de publicité pour les professions libérales se manifeste notamment par les interventions de la Commission fédérale de la concurrence instaurée par la loi fédérale sur les cartels (RS 251, LCart). Celle-ci, dans son rapport annuel 2000 établis en vertu de l'art. 49 al. 2 LCart, a relevé que l'un des principaux freins à la concurrence qui marque les professions libérales provient de ce qu'elles ne connaissent que peu ou pas du tout la publicité, celle-ci étant souvent interdite par des lois cantonales, par exemple pour les médecins. La Commission rappelle que les autorités de la concurrence examinent les marchés concernés dans chaque canton en vue d'intervenir conformément au droit cartellaire dans la mesure où elles constatent des restrictions à la concurrence; elles le font soit par voie de recommandations, si la publicité est interdite par des lois, soit par voie d'enquêtes, dans les cas de restrictions privées (Rapport annuel 2000 de la Commission de la concurrence, p. 6, [http://www.weko.admin.ch/publikationen/00188/jb\\_2000\\_f.pdf](http://www.weko.admin.ch/publikationen/00188/jb_2000_f.pdf)). Pour ce qui concerne en particulier le canton de Vaud, la Commission de la concurrence a formulé un préavis (ainsi que le permet l'art. 46 al. 2 LCart pour un projet d'acte normatif de droit cantonal) sur la modification de la loi vaudoise sur la santé publique (Droit et politique de la concurrence, Organe de publication des autorités suisses de concurrence, 2000/1, p. 97-100; de semblables recommandations ont également été adressées aux autorités d'autres cantons, voir le rapport annuel 2001, p. 5, [http://www.weko.admin.ch/publikationen/00188/jb\\_2001\\_f.pdf](http://www.weko.admin.ch/publikationen/00188/jb_2001_f.pdf)). Elle exposait que le projet de révision mis en consultation prévoyait un véritable assouplissement de l'interdiction de la publicité mais comme le relève l'exposé des motifs du Conseil d'Etat, elle regrettait que le texte initial (qui n'excluait que la réclame excessive ou trompeuse) n'ait pas été maintenu

(BGC novembre 2001 p. 5138). Le résultat de la consultation a conduit le Conseil d'Etat à proposer une nouvelle teneur de l'art. 82 LSP qui autorisait les titulaires de l'autorisation de pratiquer à faire de la publicité concernant leur activité professionnelle (art. 82 al. 1 du projet) mais avec la réserve suivante (art. 82 al. 3 du projet, BGC novembre 2001 p. 5217) : "La publicité doit se limiter aux faits objectifs, ne pas comporter d'affirmations sur les résultats thérapeutiques, ni de comparaison avec les soins fournis par d'autres prestataires. Elle ne doit pas être trompeuse." La Commission parlementaire s'est ralliée au texte du Conseil d'Etat (BGC précité, p. 5276) mais lors des débats, le Grand Conseil a décidé d'en rester au texte précédemment en vigueur (BGC décembre 2001 p. 6341 ss et BGC janvier 2002 p. 7615 à 7619), ce qu'il a confirmé en deuxième débat (BGC janvier mars 2002 p. 9141-9147). Comme le relève la recourante, le représentant du Conseil d'Etat avait tenté d'expliquer que le maintien de la pratique actuelle interdisant la publicité faisant courir le risque que des recours soient déposés avec succès contre les interventions du médecin cantonal ou du service compétent (BGC précité p. 7616).

## **E. 8**

La recourante invoque la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'appui du grief d'inconstitutionnalité qu'elle soulève à l'encontre de la décision attaquée. En somme, la garantie de la liberté économique serait violée par le fait que l'art. 82 LSP n'autorise pas les médecins ou les établissements sanitaires (pour les traitements ambulatoires) à faire de la publicité, sauf dans le cas des annonces relatives aux cabinets médicaux ou des panneaux ou plaques professionnelles. Pour la recourante, l'information dispensée sur son site internet et son stand "entre dans le domaine de ce qui est autorisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'information et de publicité médicales" . Supposés de caractère publicitaire, ces messages ne seraient ni trompeurs ni tapageurs, ni excessifs; ils ne vanteraient pas les mérites des médecins concernés et ne dénigrent pas leurs collègues. L'interprétation de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de publicité pour les professions libérales est délicate. Tout en se réservant d'examiner le moment venu les adaptations qui pourraient être nécessaires au vu des circonstances actuelles et en reconnaissant que la tendance actuelle va dans le sens d'un certain assouplissement des règles concernant la publicité applicable aux professions libérales (ATF 123 I 201 p. 210 et 211), le Tribunal fédéral a néanmoins considéré que pour juger de la constitutionnalité des restrictions en matière de publicité, il faut tenir compte des usages en vigueur jusqu'alors dans les cantons concernés, qui bénéficient à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation (ATF 125 I 417 consid. 5 b qui se réfère à l'ATF 123 I 201). Il faut bien admettre toutefois que la portée du droit cantonal tend à diminuer, notamment avec la mise en œuvre de l'art. 95 de la Constitution fédérale qui habilite la Confédération à légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Pour ce qui concerne les avocats, l'art. 95 Cst a précisément permis l'adoption de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA, RS 935.61) Parmi les règles professionnelles auxquelles est soumis l'avocat, l'art. 12 lit. d LLCA prévoit qu'il peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général. Le Tribunal fédéral a laissé récemment encore ouverte la question de savoir si, sous l'empire de cette règle nouvelle, la publicité tapageuse ("aufdringliche, marktschreierische Werbung") demeure interdite comme dans beaucoup de lois cantonales ou si c'est seulement la publicité déloyale ou trompeuse qui est proscrite (ATF 2A.98/2006 du 24 juillet 2006). Pour ce qui concerne les professions médicales, il n'est pas certain que la jurisprudence fédérale ait encore l'occasion de confronter les interdictions ou les restrictions instaurées par le droit cantonal

avec la question de savoir si et dans quelle mesure l'évolution des conceptions en matière de publicité pour les professions libérales doit conduire à autoriser les médecins à faire de la publicité. En effet, l'art. 95 Cst a également conduit à l'adoption, le 23 juin 2006, de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd; FF 2006 p. 5481). Cette loi, qui n'est pas encore en vigueur, introduit de nouveaux devoirs professionnels uniformisés au niveau fédéral (Message du Conseil fédéral, FF 2005 I 211). Parmi les devoirs professionnels que les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent observer figure l'obligation de "s'abstenir de toute publicité qui n'est pas objective et qui ne répond pas à l'intérêt général; cette publicité ne doit en outre ni induire en erreur ni importuner" (art. 40 lit. d LPMéd).

## E. 9

On peut résumer ce qui précède, au vu en particulier du dernier arrêt cité ci-dessus, en considérant qu'en raison de la garantie constitutionnelle de la liberté économique, les cantons ne peuvent pas interdire totalement la publicité pour les professions libérales. Ils peuvent proscrire la publicité trompeuse (cela n'est pas contesté ni litigieux en l'espèce). Quant à la publicité tapageuse, elle semble également pouvoir être interdite. En revanche, des restrictions supplémentaires ne sont probablement plus compatibles avec l'évolution des conceptions en matière de publicité pour les professions libérales. On note aussi que les restrictions tenant à la bonne foi en affaires, à la dignité professionnelle et à l'indépendance de l'avocat concernent avant tout, par nature, les membres de cette dernière profession. C'est finalement en regard des objectifs que l'autorité intimée déclare poursuivre dans la décision attaquée qu'il y a lieu de trancher le sort du recours. Dans sa réponse au recours du 26 août 2002, le département intimé se borne à rappeler que le Grand Conseil a résolument écarté la proposition d'assouplissement de l'art. 82 LSP en relevant que la publicité n'était pas acceptable dans le domaine de la santé en raison des risques de tromperie du public et du risque d'accroissement de la consommation de soins sans nécessité médicale. Le département déclare pour le surplus qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la constitutionnalité des lois votées par le législateur. Pour ce qui concerne l'argument de la tromperie, il ne peut pas être utilisé en l'espèce pour justifier la décision attaquée. Rien n'indique en effet que la publicité de la recourante puisse être considérée d'une manière ou d'une autre comme trompeuse. L'autorité intimée ne le soutient d'ailleurs pas. Il n'est pas fait non plus grief à la recourante de faire une publicité qui serait tapageuse, voire contraire à la dignité de la profession. Quant au risque d'une augmentation de la consommation de soins sans nécessité médicale, il est nié par le préavis de la Commission de la concurrence déjà cité, selon lequel il est erroné de croire que la libéralisation de la publicité favorise obligatoirement une surconsommation de prestations médicales et, partant, une augmentation incontrôlée des coûts de la santé. Selon ce rapport, le canton de Berne n'a pas connu d'augmentation significative des prestations médicales après avoir libéralisé la publicité des professionnels de la santé (Droit et politique de la concurrence, 2000/1 p. 99). La recourante fait par ailleurs valoir que le Tribunal fédéral a lui-même répondu à l'argument du risque de surconsommation médicale dans l'arrêt relatif aux pharmaciens où il considère que seule une publicité tapageuse et excessive présente un risque de consommation abusive ou massive (ATF 123 I 201 consid 5a p. 207). En définitive, le tribunal constate que la décision attaquée ne peut pas se fonder sur le fait que la publicité effectuée par la recourante serait trompeuse et que pour le surplus, l'argument selon lequel la publicité médicale serait de nature à augmenter la consommation de soin n'est pas démontré dans son bien-fondé. Dès lors que l'interdiction signifiée à la recourante n'est pas de nature à

conduire au but recherché, elle n'est pas conforme au principe de la proportionnalité et ne peut pas être maintenue.

**E. 10**

Il s'ensuit que le recours doit être admis. Conformément à l'art 55 LJPA, les frais seront laissés à la charge de l'Etat, qui supportera également les dépens auxquels peut prétendre la recourante qui a procédé par l'intermédiaire d'un avocat et obtient gain de cause.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.