HAL
open science

”Promotion sur Internet des prestations médicales : compétence du juge administratif”, Recueil Dalloz, 2019, n° 7, 28 février, p. 424

Caroline Lantero

To cite this version:

Caroline Lantero. ”Promotion sur Internet des prestations médicales : compétence du juge administratif”, Recueil Dalloz, 2019, n° 7, 28 février, p. 424. Recueil Dalloz, 2019, n° 7, p. 424. hal-02065187

HAL Id: hal-02065187

https://uca.hal.science/hal-02065187v1

Submitted on 2 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Promotion sur internet de prestations médicales :compétence du juge administratif

Recueil Dalloz - 28 février 2019 - n° 7

Caroline Lantero, MCF en droit public, UCA, EA4232

Dans deux décisions du 15 janvier 2019, l'Autorité de la Concurrence se prononce sur les plaintes de la société Groupon dirigées contre la pratique de boycott orchestrée par l'ordre des médecins et l'ordre des chirurgiens-dentistes. Bien que concluant à leur irrecevabilité, elle affirme que le droit national n'est pas en conformité avec le droit de l'Union européenne et qu'il faut le modifier.

Pourquoi la Haute Autorité de la concurrence était saisie ?

La société Groupon avait proposé en ligne des prestations à prix réduits chez certains médecins et chirurgiens-dentistes. Or, sur le fondement de leur règles professionnelles, l'Ordre des médecins et l'Ordre des chirurgiens-dentistes avaient âprement lutté contre cette pratique (courriers, poursuites et menaces de poursuites auprès de la société et des professionnels de santé, communiqués et publications dénonçant la pratique). Cette tension permanente et ces agissements ont été qualifiés par la société Groupon de « pratique de boycott », prohibée par l'article L 420-1 du code de commerce et par l'article 101 du TFUE. Raison pour laquelle elle a saisi l'Autorité de la Concurrence.

Pourquoi est-elle incompétente au profit de la juridiction administrative ?

Parce que les ordres professionnels concernés sont des organismes privés chargés d'une mission de service public et que lorsque leurs décisions sont prises à ce titre, elles sont soumises au contrôle du juge administratif (**CE 2 avril 1943, B., n° 72210, au Rec.**). De plus, les décisions relevant d'une activité de puissance publique sont normalement hors du champ du droit de la concurrence, sauf lorsqu'elles résultent d'un détournement de prérogative de puissance publique qui révèle un comportement anticoncurrentiel (**TUE, 10 déc. 2014, ONP, T-90/11**).

Or, la pratique des ordres mise en cause à l'égard de Groupon s'inscrit parfaitement dans le cadre de cette mission puisqu'elle est fondée sur la combinaison de plusieurs règles professionnelles inscrites par voie réglementaire dans les codes de déontologie: interdiction de pratiquer son art comme un commerce, et par conséquent se livrer à la moindre publicité; interdiction de pratiquer des ristournes, le partage d'honoraires et, de manière générale, d'avoir un comportement de nature à déconsidérer la profession. Parallèlement, les ordres sont habilités par la loi à assurer le respect de ces règles (art. L 4122-2 du code de la santé publique) y compris en prenant des sanctions. Rien dans les griefs faits aux Ordres par la société Groupon ne sort *a priori* de leurs prérogatives. Et dans ce cas l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour se prononcer sur leurs décisions ou actes (**TC 4 mai 2009, Sté d'édition Gisserot, n° 3714**).

Quel est alors l'intérêt de ces décisions d'irrecevabilité ?

Il réside dans tout ce que dit l'Autorité de la Concurrence par ailleurs, et notamment dans le fait qu'elle se prononce très clairement – et pour la première fois en ce qui la concerne – sur l'absence de conformité au droit de l'Union européenne (notamment l'article 56 du TFUE relatif à la libre prestation de services et à la directive 2000/31 sur le commerce électronique) de la prohibition générale et absolue de la publicité établie par le droit français. La CJUE l'a récemment déjà jugé pour les chirurgiens-dentistes (**CJUE, 23 oct. 2018, RG., Aff. C-296/18**) mais pas vis-vis des médecins. Il est ainsi acquis que l'article R. 4127-215 du CSP interdisant la publicité aux chirurgiens-dentistes est contraire au droit de l'UE, et qu'il en va, selon l'Autorité de la concurrence, nécessairement de même pour les dispositions de l'article R. 4127-19 interdisant la publicité aux médecins.

Que faire des dispositions nationales en vigueur contraires au droit de l'UE ?

Ne pas les appliquer, tout simplement (**CJCE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo SpA, Aff. 103/88**). L'administration et les juges, tout comme les autorités administratives (**CJCE, 9 sept. 2003, CIF, Aff. C -198/01**) doivent s'abstenir d'appliquer une règle nationale contraire au droit de l'UE. A ce titre, si le fondement des actions entreprises par les ordres des médecins et des chirurgiens-dentistes s'était limité à l'interdiction de la publicité, l'Autorité de la Concurrence aurait pu se prononcer. Mais les règles professionnelles enfreintes s'étendaient à d'autres règles professionnelles qui ne sont pas remises en cause par le droit de l'UE. D'où l'incompétence de l'Autorité. Cette dernière insiste néanmoins sur la nécessité de modifier « à brève échéance » les dispositions réglementaires contraire au droit de l'UE.

Vers la levée de l'interdiction de publicité pour les prestations médicales ?

La critique ne porte pas sur l'interdiction de la publicité, mais sur l'interdiction « générale et absolue » de la publicité. Relevons au demeurant que dans cette affaire le site Groupon proposait essentiellement des actes à visée esthétique, lesquels sont déjà largement discriminés par le droit positif, qui les distingue bien des nobles actes à visées thérapeutique. On apprend à la lecture des décisions du 15 janvier que la ministre de la santé s'est engagée à une modification des règles pour affiner les interdictions de publicités afin qu'elles ne soient plus « *générales et absolues* ». A suivre.