

**N° 416948**  
**M. J... B...**

**N° 420225**  
**Mme M... Z...**

**4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 18 octobre 2019**  
**Lecture du 6 novembre 2019**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Raphaël Chambon, rapporteur public**

Médecin généraliste dont le cabinet se trouve dans la station de ski des Deux-Alpes (Isère), M. B... a été sanctionné en 2010, par la juridiction disciplinaire ordinale pour des faits relevant des procédés publicitaires prohibés par l'article R. 4127-19 du code de la santé publique avant d'obtenir finalement gain de cause en cassation (4/5 SSR, 12 mars 2014, *B...*, n° 361061, aux Tables).

Estimant que l'interdiction de la publicité faite aux médecins était contraire au droit de l'Union, il a saisi le Premier ministre d'une demande d'abrogation de l'article R. 4127-19 du code de la santé publique. Saisi du recours pour excès de pouvoir introduit par l'intéressé face au refus opposé à sa demande, vous l'avez rejeté par une décision du 4 mai 2016 (*B...*, n° 383548, aux Tables). A l'appui de sa requête, M. B... faisait valoir que l'article R. 4127-19, en ce qu'il pose une interdiction générale et absolue de la publicité, était contraire à la fois à la liberté d'établissement garantie par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à la libre prestation de services qui résulte des stipulations de l'article 56 du même Traité. Pour écarter ce moyen, vous avez d'abord relevé que les dispositions contestées, qui prohibent le recours aux procédés publicitaires par les médecins et sont indistinctement applicables à tous les praticiens exerçant sur le territoire national, poursuivent un objectif d'intérêt général de bonne information des patients et, par suite, de protection de la santé publique. Vous avez ensuite estimé qu'elles étaient propres à en garantir la réalisation et, que, dès lors qu'elles ne faisaient pas obstacle à la délivrance d'informations médicales à caractère objectif et à finalité scientifique, préventive ou pédagogique et d'informations à caractère objectif sur les modalités d'exercice, destinées à faciliter l'accès aux soins, elles n'excédaient pas ce qui est nécessaire pour les atteindre, pour en déduire qu'elles n'étaient contraires ni aux stipulations de l'article 49 ni à celles de l'article 56.

Mais l'interprétation conforme et neutralisante que vous avez alors faite de l'article R. 4127-19 nous semble ne plus pouvoir tenir en raison des développements de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne intervenus depuis.

Dans un arrêt *Vanderborght* rendu le 4 mai 2017 (C-339/15), sur renvoi préjudiciel d'une juridiction belge, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'une législation nationale qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des

prestations de soins buccaux et dentaires, méconnaît l'article 56 du TFUE ainsi que, en tant qu'elle interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site Internet créé par un dentiste, la directive dite sur le commerce électronique du 8 juin 2000<sup>1</sup>.

Dans des conclusions à nos yeux très convaincantes, l'avocat général avait pourtant tenté de convaincre la Cour de Justice du contraire. Après avoir relevé qu'une réglementation nationale, telle que la réglementation belge en cause au principal, « qui interdit aux prestataires de soins dentaires, (...), de faire quelque publicité que ce soit auprès du public, directement ou indirectement, pour leurs prestations constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, au sens des articles 49 et 56 TFUE », l'avocat général estimait que cette restriction était justifiée par la protection de la santé publique dès lors que la législation nationale en cause au principal n'a pas pour effet d'interdire la simple mention, sans caractère attractif ou incitatif, par de tels prestataires, dans un annuaire téléphonique ou par d'autres moyens d'information accessibles au public, des indications permettant de connaître leur existence en tant que professionnels, telles que leur identité, les activités qu'ils sont en droit d'exercer, le lieu où ils les exercent, leurs horaires de travail et les moyens d'entrer en contact avec eux ».

S'appuyant sur cet arrêt, M. B... a, le 24 août 2017, de nouveau demandé au Premier ministre d'abroger l'article R. 4127-19 du CSP, sur les conseils de la Commission européenne qui, en réponse à une plainte de M. B..., lui a indiqué que l'objet de sa plainte était très similaire à la législation belge en cause dans l'affaire *Vanderborgh* et lui a recommandé de faire usage des procédures nationales de recours pour violation du droit de l'Union européenne.

Précisons qu'au regard des termes de sa demande d'abrogation, M. B... nous semble devoir être regardé comme ayant demandé l'abrogation du seul second alinéa de l'article R. 4127-19, lequel prohibe « *tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale* », et non de son premier alinéa disposant que « *La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce* ».

M. B... attaque le refus implicite opposé à sa nouvelle demande, en invoquant un unique moyen tiré de la contrariété de l'article R. 4127-19 du CSP à l'article 56 du TFUE.

Sa requête est recevable dès lors que le refus opposé à sa demande d'abrogation de l'article R. 4127-19 du CSP ne peut être regardé comme une décision purement confirmative du premier refus opposé à la même demande (1/6 CHR, 8 juin 2016, *K...*, n° 386837, aux Tables).

L'autorité de la chose jugée ne peut pas davantage être opposée.

---

<sup>1</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

D'une part car votre décision du 4 mai 2016 rejetant le premier recours pour excès de pouvoir de M. B... n'est revêtue que de l'autorité relative de la chose jugée comme toute décision de rejet (27 octobre 1965, *Y...*, p. 559) et celle-ci n'étant pas d'ordre public ne peut être relevée d'office par le juge et doit avoir été expressément invoquée par la partie à laquelle elle profite pour que le juge puisse en faire application (CE 27 octobre 1965, *SCI Passage Darcy*, n° 55681, au Recueil ; CE, 26 juin 1970, *Ministre de l'agriculture c/ D...*, n° 78041, au Recueil). Or ni le Premier ministre ni le ministre de la santé n'ont produit de mémoire en défense et si le Conseil national de l'ordre des médecins invoque l'autorité de la chose jugée dans les observations qu'il a produites après que vous l'avez appelé dans la cause, il n'a pas la qualité de partie à l'instance (6/4 SSR, 20 décembre 2000, *Commune de Ville d'Avray*, n° 209329, aux Tables).

D'autre part en tout état de cause car la tripe condition d'identité des parties, d'objet et de cause ne nous semble pas remplie dès lors que l'arrêt *Vanderborght* de la CJUE constitue une circonstance de droit nouvelle, postérieure à la décision implicite par laquelle le Premier ministre avait rejeté la précédente demande d'abrogation (7/5 SSR, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, au Recueil), si bien que la condition d'identité d'objet ne nous paraît pas remplie<sup>2</sup>.

Une dernière question de procédure nous retiendra un bref instant avant d'en venir à l'examen du moyen soulevé par M. B....

Elle a trait à la façon originale dont les conclusions de ce dernier sont formulées. M. B..., qui semble avoir davantage confiance dans les juges de Luxembourg que dans ceux du Palais Royal, vous demande à titre principal de saisir la CJUE par voie de question préjudicielle et seulement à titre subsidiaire d'annuler la décision attaquée. Une telle présentation n'a pas de sens dès lors que la saisine de la CJUE par voie de question préjudicielle constitue une décision avant-dire droit qui, de même que les décisions de renvoi au Tribunal des conflits et les décisions prescrivantes, d'office ou sur demande de l'une des parties, des mesures d'instruction, en particulier des mesures d'expertise, se caractérisent par le fait qu'elles ne mettent pas fin à l'instance. La saisine de la CJUE s'impose, en vertu de l'article 267 TFUE, lorsque la juridiction saisie estime qu'une décision sur une question

---

<sup>2</sup> Il est vrai qu'une décision jurisprudentielle n'est pas censée modifier l'état du droit mais donner à un texte l'interprétation qu'il aurait toujours dû avoir et la présidente Bergeal dans ses conclusions sur la décision CAMIF estimait pour cette raison qu'une évolution jurisprudentielle ne pouvait donc constituer une modification dans les circonstances de droit. Mais vous avez déjà admis qu'une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux pouvait constituer une circonstance de droit nouvelle dont l'exposé par un mémoire enregistré après la clôture de l'instruction impose au juge de rouvrir l'instruction en vertu de votre jurisprudence *A...* (3/8 SSR, 22 mai 2013, *C...*, n° 350551, aux Tables). Nous faisons nôtre l'analyse de Vincent Daumas dans ses conclusions sur cette affaire, dans lesquelles, s'il admettait qu'il pourrait y avoir une difficulté d'ordre théorique à qualifier sans précaution de « circonstance de droit nouvelle » l'intervention d'une décision du Conseil d'Etat, il justifiait la solution retenue par une démarche pragmatique commandant de « reconnaître, sans barguigner, que les évolutions de la jurisprudence changent les règles applicables aux litiges en cours ». Autrement dit que les décisions du Conseil d'Etat « peuvent constituer des circonstances de droit nouvelles, non pas au sens où l'ordonnement juridique serait modifié, mais plus modestement et plus réalistement, au sens où elles peuvent changer les données, le paysage d'un litige ». Cette approche pragmatique nous semble valoir tout autant pour une décision de la CJUE et pouvoir être transposée pour l'appréciation de l'identité d'objet d'une nouvelle demande d'abrogation d'un même texte réglementaire.

portant sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé est nécessaire pour rendre son jugement. Les seules réelles conclusions présentées dans la requête de M. B..., sur lesquelles vous êtes tenus de statuer, sont celles à fin d'annulation de la décision attaquée et ces conclusions ne peuvent être subsidiaires : elles sont nécessairement principales car tel est le véritable objet de la requête de M. B.... En présence de conclusions, le plus souvent présentées comme subsidiaires, tendant à ce que vous fassiez usage de l'un des outils dont l'utilisation relève de votre office, comme le fait de poser une question préjudicielle à la CJUE, de saisir le Tribunal des conflits ou d'ordonner une mesure d'instruction, si vous estimez qu'il n'y pas lieu d'y recourir, même si vous le faites le plus souvent par préoccupation pédagogique, il ne nous semble pas que vous soyez tenus d'y répondre dans les motifs de votre décision (pour un exemple récent dans lequel vous rejetez le pourvoi sans même dire un mot des conclusions subsidiaires tendant à ce que vous saisissiez la Cour de Justice (6/5 CHR, 24 juillet 2019, *SAS PCE*, n° 414353, aux Tables). En l'espèce, plutôt qu'une solution formaliste consistant à rejeter comme irrecevables les conclusions présentées à titre principal et tendant au renvoi d'une question préjudicielle à la CJUE, nous vous proposons de requalifier les conclusions en les remettant dans l'ordre logique, à savoir la demande d'annulation à titre principal, le sursis à statuer en posant une question préjudicielle à titre subsidiaire. Il nous semble que vous pouvez procéder à une telle requalification pragmatique même dans le paysage issu de votre décision de Section *Société Eden* (21 décembre 2018, n° 409678, au Recueil), qui ne nous paraît pas avoir traité un tel cas.

Venons-en au fond du litige.

A la lecture de l'arrêt *Vanderborght*, et alors même que la réglementation belge jugée incompatible avec le droit de l'Union était très similaire à la réglementation française, vous auriez pu être tentés de confirmer la position que vous avez prise dans votre décision *B...* du 4 mai 2016 en estimant que l'analyse de la CJUE ne condamnait pas l'article R. 4127-19 du CSP dès lors que, telles qu'interprétées par votre décision, ses dispositions n'interdisaient pas de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins.

Mais la CJUE nous semble avoir clairement fermé la porte à une telle lecture par une ordonnance du 23 octobre 2018 (*Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne contre RG et SELARL cabinet dentaire du docteur RG*, C-296/18) rendue à la suite d'une demande de décision préjudicielle introduite par la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Midi-Pyrénées. Dans cette ordonnance, la CJUE a jugé l'article R. 4127-215 du code de la santé publique, applicable aux chirurgiens-dentistes et qui leur interdit à son 3° le recours à « *tous procédés directs ou indirects de publicité* », incompatible avec l'article 56 du TFUE ainsi qu'avec l'article 8 de la directive « commerce électronique » en tant qu'il interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site Internet créé par un dentiste. La Cour a considéré qu'une telle disposition constitue une interdiction générale et absolue de toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires prohibée par le droit de l'Union.

Notons que la CJUE s'est prononcée par ordonnance en se fondant sur les dispositions de l'article 99 de son règlement de procédure le lui permettant lorsqu'une réponse à une

question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à la question posée ne laisse place à aucun doute raisonnable.

Même si cette décision porte sur le seul article R. 4127-215 du CSP applicable aux chirurgiens-dentistes, nul doute qu'elle vaut tout autant pour l'article R. 4127-19 du même code applicable aux médecins dont la rédaction du 2<sup>ème</sup> alinéa est identique.

Les décisions de la CJUE nous semblent donc imposer clairement de considérer que cette disposition est contraire à l'article 56 du TFUE. Vous annulerez, sans qu'il soit besoin de poser une question préjudicielle à la CJUE, le refus qui a été opposé à la demande d'abrogation du second alinéa de l'article R. 4127-19 formulée par M. B....

Il nous reste à vous entretenir de la requête de Mme Z... et nous le ferons bien plus brièvement car les questions qu'elle pose sont très largement communes à celles posées par celle de M. B....

Mme Z..., chirurgien-dentiste à Neuilly-sur-Seine, a fait l'objet d'une procédure disciplinaire sur le fondement des articles R. 4127-215 et R. 4127-225 du code de la santé publique. La praticienne a demandé à la chambre disciplinaire de première instance d'écarter l'application de ces deux articles comme contraires au droit de l'Union et a demandé parallèlement au Premier ministre leur abrogation, par un courrier du 22 décembre 2017.

Au regard des termes de sa demande, elle doit être regardée comme n'ayant demandé que l'abrogation du 3<sup>o</sup> de l'article R. 4127-215, interdisant aux dentistes « *tous procédés directs ou indirects de publicité* », et de la seconde phrase du premier alinéa de R. 4127-225, prohibant pour les dentistes « *toute publicité, toute réclame personnelle ou intéressant un tiers ou une firme quelconque* », cette disposition nous semblant avoir une portée similaire à la première.

Vous pourrez faire droit à la requête de Mme Z... dirigée contre le refus implicite opposé à sa demande, qui invoque un unique moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions réglementaires contestées avec l'article 56 du TFUE et l'article 8 de la directive « commerce électronique ».

Comme déjà exposé, la combinaison de l'arrêt *Vanderborght* et de l'ordonnance de la Cour de Justice du 23 octobre 2018 vous conduira en effet à constater l'incompatibilité des deux dispositions, qui interdisent de manière générale et absolue toute publicité des dentistes, tant avec l'article 56 du TFUE, pour les dispositions dans leur intégralité, qu'avec l'article 8 de la directive « commerce électronique », en tant seulement qu'elles leur interdisent tout recours à des procédés publicitaires de valorisation de leur personne ou de leur société sur leur site Internet.

Précisons pour finir que la solution adoptée dans ces deux litiges pour les médecins et les dentistes pourrait s'appliquer à bien d'autres professions médicales dont les interdictions de publicité sont très similaires (sages-femmes, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues). Le Gouvernement en est parfaitement conscient dès lors qu'une étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en mai 2018, relative aux règles

applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, recommandait une révision des textes applicables à l'ensemble de ces professions, notamment pour tirer les conséquences de l'arrêt *Vanderborght*. Une telle révision est en préparation mais les requérants auraient tort de croire qu'ils pourront à l'avenir recourir à n'importe quelle publicité sur n'importe quel support dès lors que, fort heureusement à nos yeux, la jurisprudence de la Cour de Justice laisse place pour un encadrement très sévère de la publicité en matière médicale, contribuant à la protection de la santé publique et de la relation de confiance entre le patient et le médecin et, pour reprendre les mots de la présidente Vialettes dans ses conclusions sur votre décision *B...* du 4 mai 2016, au respect des principes déontologiques de confraternité, de désintéressement, de dignité et d'indépendance et permettant de garantir le libre choix du médecin par le patient, en assurant qu'il soit seulement destinataire d'informations objectives.

PCMNC à ce que vous fassiez droit aux conclusions d'annulation des deux requêtes ainsi qu'aux conclusions présentées par chacun des deux requérants sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA, à hauteur de 3 000 euros chacun.