

Question

Par notre question, nous souhaitons obtenir des réponses sur les points suivants :

1. Le Conseil d'Etat juge-t-il la publicité dans les journaux licite selon l'article 91 de la loi du 16 novembre 1999 sur la santé, et pourquoi cette loi n'est-elle pas respectée ?
2. Que compte-t-il faire contre cette publicité tapageuse qui se développe dans les professions de la santé ?

Toutes ces publicités incitent la consommation et augmentent ainsi les coûts de la santé.

Nous remercions d'ores et déjà le Conseil d'Etat de répondre aux questions que nous posons.

Le 2 juin 2004

Réponse du Conseil d'Etat

1. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2001, de la loi du 16 novembre 1999 sur la santé (ci-après : la loi sur la santé) et du règlement du 21 novembre 2000 concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance (ci-après : le règlement sur les fournisseurs de soins), le régime de l'autorisation préalable prévu par l'ancienne réglementation cantonale en matière d'annonces publicitaires du personnel médical et du personnel médical auxiliaire ainsi que des établissements médicaux a été supprimé.

Selon l'article 91 de la loi sur la santé, sous réserve de l'alinéa 3, la publicité est interdite aux personnes qui pratiquent une profession de la santé et aux institutions de santé (al. 1). Est également interdite dans le canton toute forme de publicité pour des activités relevant du domaine de la santé, même si elles sont exercées hors du territoire cantonal (al. 2). La Direction établit des directives sur les informations admises en fonction de la profession et de la catégorie d'institutions de santé, notamment les heures d'ouverture, les spécialisations reconnues, l'autorisation de pratique ou la cessation d'activité, le changement de lieu de travail ou une assez longue absence ou une fermeture. Elle peut déléguer cette compétence à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes (al. 3).

Le principe de l'interdiction de la publicité, tant pour les professionnel(le)s de la santé que pour les institutions de santé a également été tempéré dans le règlement sur les fournisseurs de soins (cf. notamment l'article 16) pour tenir compte du préavis de la Commission fédérale de la concurrence (ci-après : la Comco).

Habilitée à se prononcer sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal influençant la concurrence, la Comco émet des recommandations et des préavis (cf. art. 45 al. 2 et 46 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence ; LCart). Concernant le projet de règlement sur les fournisseurs de soins, la Comco a estimé en résumé ce qui suit :

« Dans une économie de marché, la concurrence tend à garantir la répartition des ressources économiques de la façon plus efficace. Elle améliore aussi le rapport qualité-prix, augmente les possibilités de choix et permet d'organiser les services de la façon la plus novatrice et la plus efficace possible.

La publicité est une des composantes essentielles permettant à la concurrence d'exister et de se développer. En effet, grâce aux informations véhiculées par la publicité, les consommateurs ont connaissance des biens et services disponibles. Ainsi renseignés, ils peuvent choisir convenablement leurs prestations de services et opter pour le meilleur rapport qualité-prix. Ce faisant, la publicité améliore l'efficacité et stimule l'innovation.

Inversement, les restrictions à la liberté de faire de la publicité, imposées aux fournisseurs de biens ou aux prestataires de services, limitent la concurrence au détriment des consommateurs. Si ces derniers ne disposent pas d'informations sur les divers fournisseurs ou prestataires, ils ne peuvent pas choisir en connaissance de cause. Or, sans choix, il ne peut y avoir de concurrence. Cette absence de concurrence favorise en règle générale les intérêts des prestataires bien implantés, aux dépens des consommateurs et des praticiens récemment établis ou des institutions moins importantes.

Les professions libérales, surtout dans le domaine de la santé, offrent des prestations qui entrent dans la catégorie des *biens acquis en confiance*. En effet, ignorant les services dont il a besoin – il faut des années d'expérience pour arriver à diagnostiquer des maladies ou prescrire les médicaments adéquats –, le patient doit se fier à l'avis et à la réputation du professionnel auquel il fait appel. Cette problématique est connue sous le nom d'*asymétrie de l'information*.

Cette asymétrie conduit à certaines défaillances du marché. La réaction classique à ces risques de défaillances réside dans la régulation. Même si certaines règles peuvent être nécessaires pour garantir la qualité des services, d'autres méthodes faisant appel aux mécanismes du marché peuvent contribuer à atténuer les problèmes de défaillances du marché. Ainsi, la publicité aide à corriger les défaillances issues de l'asymétrie de l'information dans la mesure où elle porte à la connaissance du public les nouveaux produits, services et prestataires de soins disponibles sur le marché.

Afin de réduire les problèmes liés à l'asymétrie de l'information, la Comco estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé et les institutions de santé doit être garantie. Elle ne doit dès lors pas faire l'objet d'une réglementation restrictive, ce d'autant plus que les abus dans ce domaine tombent en grande partie sous le coup de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD) ».

S'agissant de la réglementation d'exécution de l'article 91 de la loi sur la santé, la Comco a indiqué qu'une plus grande libéralisation de la publicité des professionnels de la santé et des institutions de santé doit être prévue.

« La publicité stimule la concurrence dans la mesure où elle

- augmente les informations à dispositions des patients. Ces derniers peuvent ainsi choisir les fournisseurs de soins ou l'institution de santé en connaissance de cause, renforçant ainsi le lien de confiance qui les unit. Il est erroné de croire que la publicité se focalise uniquement sur de simples comparaisons de prix, chassant ainsi les professionnels les plus aptes dans leur art au profit des seuls gestionnaires. Le marché de la santé reste un domaine où la qualité joue un rôle plus important que les prix, encore largement réglementés par l'Etat. Cette qualité est du reste mieux assurée par les normes garantissant certain standard de qualité que par des limitations de la publicité.
- accroît l'efficacité et l'innovation, ce qui peut avoir un effet bénéfique sur les coûts de la santé.

- permet aux (nouveaux) prestataires de soins et aux (nouvelles) institutions de se faire connaître et d'entrer plus facilement sur le marché.

ne favorise pas obligatoirement une consommation démesurée de prestations médicales et partant, une hausse incontrôlée des coûts de la santé qui n'ont cessé d'augmenter ces dernières années, alors que la publicité était largement interdite ».

Tenant compte de cet avis, mais également du fait que le marché de la santé n'est pas un marché comme un autre et que c'est l'offre qui y crée la demande plutôt que l'inverse, le Conseil d'Etat a adopté l'article 16 du règlement sur les fournisseurs de soins qui précise que la publicité à caractère purement commercial, allant au-delà de messages contenant des informations objectives et utiles au public, est interdite. Toute forme de publicité est également interdite aux personnes pratiquant à titre dépendant une profession de la santé (al. 2). Les personnes autorisées à exercer dans le canton une profession de la santé et les institutions de santé doivent s'abstenir de diffuser toute information trompeuse, tapageuse ou excessive. Les informations doivent se limiter aux faits objectifs et ne doivent pas comprendre d'affirmation sur les résultats thérapeutiques ni de comparaison avec les soins fournis par d'autres professionnels de la santé ou institutions de santé (al. 3).

2. Compte tenu des explications qui précèdent, le Conseil d'Etat considère que la législation régissant la publicité des professionnels de la santé est tout à fait adéquate et satisfaisante. A sa connaissance elle est, en règle générale, respectée par les professionnel(le)s de la santé et les institutions de santé.

Dans le contexte actuel et vu en particulier la diversité des médias (presse, Internet, etc), il est toutefois difficile, voire impossible de contrôler toutes les annonces publicitaires. Notre législation sanitaire ne prévoyant plus le contrôle préalable des textes publicitaires (cf. point 1 ci-dessus), l'autorité sanitaire cantonale n'examine plus l'admissibilité de la réclame par rapport aux dispositions légales sur la santé. Elle se réserve cependant le droit d'intervenir en cas de violation des dispositions légales, d'office ou sur dénonciation. Les sanctions administratives et pénales des articles 125 et suivants de la loi sur la santé sont réservées ; certaines mesures ainsi applicables sont de nature à responsabiliser les individus et à limiter sensiblement les effets de la publicité des professionnel(le)s de la santé.

Conformément à l'article 91 al. 3 de la loi sur la santé, la Direction de la santé et des affaires sociales a délégué à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients la compétence d'établir des directives sur les informations admises en fonction de la profession et de la catégorie d'institutions de santé. Ces directives sont en cours d'élaboration ; celles qui seront émises ne devraient certainement pas inciter à une consommation inutile de prestations de soins.

Fribourg, le 17 août 2004