

# Les professions libérales et la publicité sur Internet

Etienne Wery

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris

Chargé d'enseignement à l'université

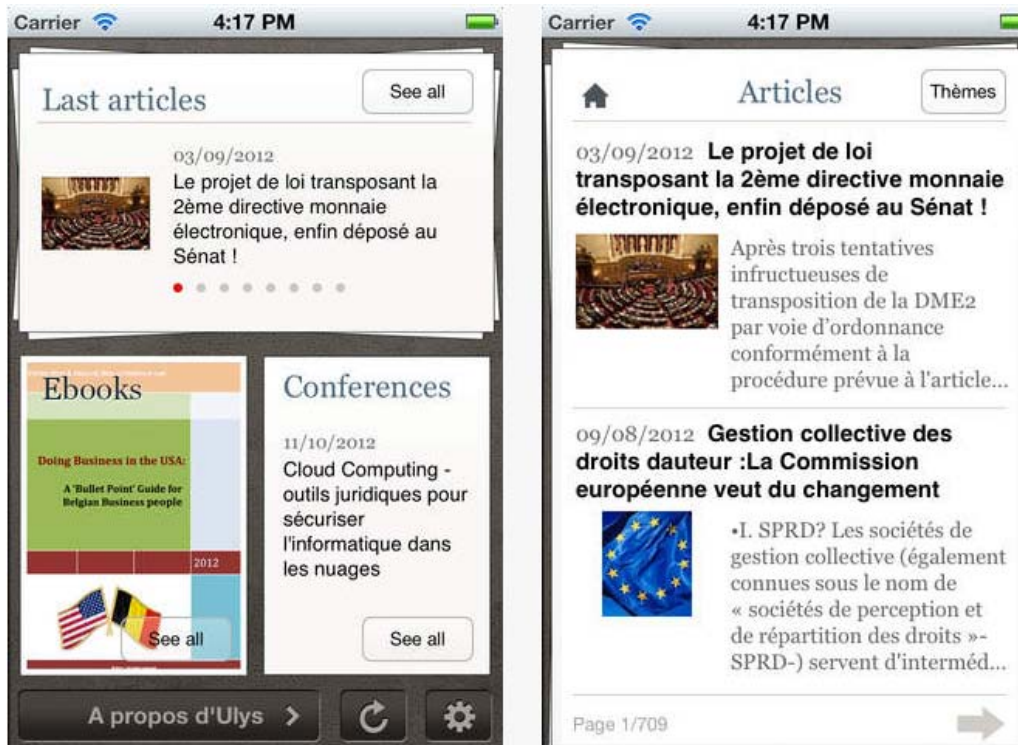
[etienne.wery@ulyes.net](mailto:etienne.wery@ulyes.net)

[www.ulyes.net](http://www.ulyes.net)

# Ulys, en quelques mots




# Notre App', pour en savoir plus




Vous y retrouverez le support utilisé pour cette conférence-ci et toutes les autres, ainsi que ...

1000+ Actualités & Livres sur le droit et l'innovation



 Download on  
Google Play

 Download on the  
Apple Store

# Un avocat est-il un commerçant?

- Le métier est hyper-régulé, ce qui en fait un point de départ parfait pour l'exposé.
- Pourquoi suis-je devant vous aujourd'hui?
- Oui si on considère que le but du commerçant est de réaliser un bénéfice à travers une activité économique.
- Non si on considère que le commerçant tente d'atteindre son but par tout moyen licite.
- Les limites de l'approche fondée sur la commercialité.
- L'approche européenne orientée vers le marché et les entreprises ou acteurs économiques.

# La « commercialité », vieux démon des professions libérales

- Le commerce est-il indigne ? Et le lucre (voir la taxation des honoraires d'avocats) ?
- Les avantages et inconvénients des codes de déontologie et des valeurs qui les fondent (dignité, éthique, confraternité, loyauté, moralité, etc.).
- La « non-commercialité » est parfois l'une des valeurs de la déontologie (pharmaciens, médecins), le mot étant associé à « dérive ».
- Les ordres, instituts et autres « active bodies » ont largement réussi à réserver aux professions libérales un statut spécial dans la loi :
  - L. 21/10/92 relative à la publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales.
  - L. 3/4/97 (modifiée par L. 7/12/98) relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales.
  - Remise à plat par L. 2/8/2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

# La « commercialité », vieux démon des professions libérales

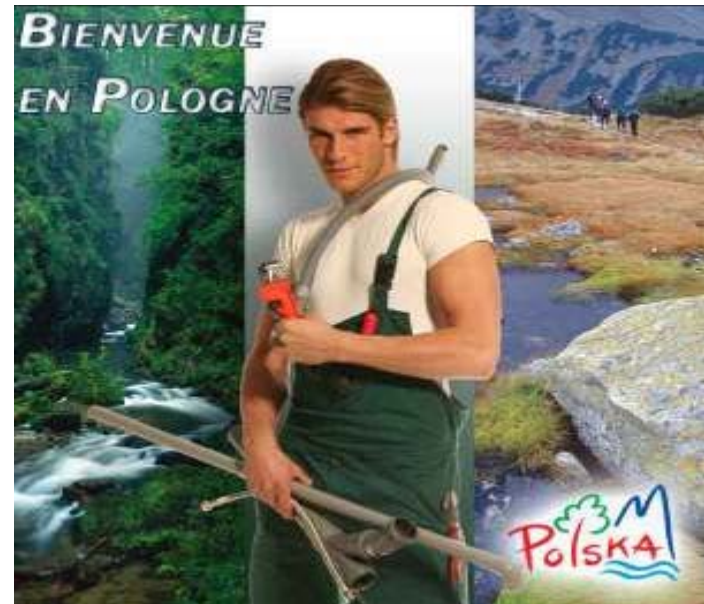
- En 2010, la loi du 6/4/2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur remet à plat toute la matière en vue de transposer des directives.
- En 2010, certains ont voulu profiter de la nouvelle loi pour harmoniser les choses, d'autant que l'Europe l'exigeait. Ce fut non ! L'article 3, §2 est clair : « *La présente loi ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes* ».
- La ligne de partage proposée repose sur deux critères cumulatifs :
  - Toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1<sup>er</sup> du code de commerce ; et
  - Être soumis à un organe disciplinaire créé par la loi.
- C'est le foutoir ! Agents immobiliers, logopèdes, psychothérapeutes, journalistes-pigistes, etc.

# L'arrêt du 6 avril 2011

- rappelle d'abord que les titulaires de profession libérale sont des entreprises et qu'«il convient dès lors, tant à l'égard des titulaires d'une profession libérale qu'à l'égard des autres entreprises, d'encadrer pareillement leur comportement sur les marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services» (B.4);
- critique ensuite, pour les raisons relevées ci-dessus, le critère de la soumission à un organe disciplinaire créé par la loi, tel qu'appliqué par la LPMC; l'insuffisance des travaux préparatoires de la loi du 6 avril 2010 est épinglée sur ce point (B.6);
- dispose enfin que, même si les caractéristiques et valeurs propres aux professions libérales «diffèrent de celles des entreprises qui ne relèvent pas de la définition de "profession libérale", elles ne justifient pas que, pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle de la LPMC. En effet, le Conseil des ministres ne démontre pas en quoi l'applicabilité de la LPMC et la compétence du président du tribunal de commerce pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs précitées» (B.7.2)<sup>34</sup>.

# Le contexte européen

- Directive sur le commerce électronique
- Directive (dite « Bolkenstein ») sur les services





# Directive « e-commerce »

- S'applique à tout « service de la société de l'information ».
- Clause de marché intérieur :
  - Chaque État membre veille à ce que les SSI fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.
  - Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des SSI en provenance d'un autre État membre.
- Principe de non-autorisation préalable :
  - L'accès à l'activité d'un prestataire de SSI et l'exercice de celle-ci ne peut pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent,
  - Sauf les régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les SSI.
- Règlementation de la communication :
  - Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un SSI ou qui constituent un tel service répondent au moins aux conditions suivantes (...).

# Directive « services »

- Vise tout «service», c'est-à-dire « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ».
- Liberté d'établissement (sauf régime non-discriminatoire, nécessaire pour une raison impérieuse d'intérêt général, et qui ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante).
- Libre prestation de service (sauf exigence non-discriminatoire, nécessaire et proportionnée).
- La liberté d'entreprendre et de commerce, et la concurrence qui en découle :
  - contribuent au progrès ;
  - Améliorent la situation des consommateurs/clients.

# Synthèse du contexte européen

- Le CDE intervient dans un cadre :
  - Européen (grand marché unique) ;
  - Qui prime le droit national (ça plait ou pas, tant pis) ;
  - Marqué par des principes de libre concurrence ;
  - Au sujet duquel la Cour de l'UE a rappelé plusieurs fois que même les professions libérales sont des entreprises et que leurs ordres sont dès lors des ententes (licites la plupart du temps, mais des ententes quand même).
- Deuxième message : on marche sur des œufs. Il faut passer d'une logique de statu quo et parfois protectionniste à une logique de marché.



# Le Code de droit économique (CDE)

- Pas encore en vigueur (AR du 29 avril).
- Objectif : fin mai pour l'essentiel.
- Texte coordonné pas officiellement disponible.
- Version officieuse sur le site du SPF

# La réconciliation autour de l'entreprise

- Une notion centrale : « l'entreprise » c'est-à-dire « *Toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris les associations* » (article I.1, 1° du Code).
- La notion permet d'englober sans difficulté les « anciens » commerçants, artisans, les entités sans but lucratif exerçant une activité économique, les organismes publics pour leurs activités qui ne relèvent pas de leur mission d'intérêt général, les professions libérales etc.
- Comme en droit de la concurrence, la notion devient ainsi totalement indépendante du statut juridique de l'entité en cause.
- Premier message : les ordres et instituts professionnels conservent leur prérogatives légales, mais ils doivent les exercer en tenant compte de cette assimilation de leurs membres à une « entreprise » soumise à la concurrence. Cela peut avoir un impact sur la liberté d'exercer et d'initiative, les relations entre membres de la profession, les relations avec les 'clients', etc.

# Le CDE et la publicité

- L'article I.8, 13°, du Code définit la publicité comme « *toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre* ».
- Un élément objectif : la communication.
- Un élément subjectif : le but direct ou indirect de promotion.

# Exemples de publicité

- Le terme de « communication » est neutre quant au moyen mis en œuvre (le destinataire, le support, l'audience large ou restreinte, etc.).
- N'est pas seule concernée la communication par voie de presse (affiche, *spots* télévisés, etc.), mais également celle qui serait réalisée par une lettre, une enseigne, un emblème, un tarif, un emballage, un discours, une conférence, une brochure, un bon de livraison, une enveloppe, etc.
- L'élément subjectif n'est pas toujours simple (critique scientifique, formation, prise de position politique, etc.).

# L'impact de la liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre est inscrite dans le CDE :

*« Art. II.3. Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix.*

*Art. II.4. La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives. »*



# Une révolution copernicienne

- La liberté d'entreprendre est la règle ; les restrictions aux moyens que chaque entreprise met en œuvre pour atteindre ce but sont énoncées de façon limitative.
- Troisième message : vu la définition de la publicité (promotion des ventes), celle-ci est sans doute possible comprise dans la liberté d'entreprendre.
- Par rapport à la publicité, même les professions libérales doivent donc passer d'un régime de « non sauf » à un régime de « oui mais ».
- Quatrième message : les déontologies fondées sur le principe de « non-commercialité » vont devoir se réinventer entièrement.

# Exemple d'évolution

- Conseil national des pharmaciens, 15/11/2011 :

*« Sans même se poser la question du démarchage - à supposer naturellement que le contenu du message publicitaire réalisé à la demande du pharmacien sur le support proposé par la société de marketing ne dépasse pas la simple information sur la nature de l'activité professionnelle (heures d'ouverture, adresse de la pharmacie, téléphone, et autres données administratives) - le Conseil national est d'avis qu'une publicité réalisée en faveur du pharmacien sur des écrans placés dans des centres commerciaux heurte les règles essentielles de la profession.*

*Les dispositions du Code en cause sont notamment l'article 5 du Code de déontologie qui concerne le respect des principes de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion du pharmacien dans l'exercice de sa profession ainsi que l'article 15 du Code qui enjoint au pharmacien de préserver son activité professionnelle de toute dérive commerciale afin de ne pas nuire à la confiance du patient. Le Conseil national est par conséquent d'avis que cette pratique publicitaire n'est pas déontologiquement acceptable. »*

# Exemple d'évolution

- Code de déontologie des avocats (articles 4 et 5) :

*« La publicité personnelle est mise en œuvre avec loyauté, dignité, délicatesse, probité et discrétion. Elle est sincère et respectueuse du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat.*

*Les informations qu'elle fournit doivent se limiter à des éléments objectifs, susceptibles d'être appréciés et vérifiés par le conseil de l'Ordre ou le bâtonnier.*

*Elle n'est pas trompeuse ni dénigrante et ne contient pas de mentions comparatives*

*Dans le respect des règles déontologiques, dont celles sur la publicité, l'avocat peut ouvrir au public un site Internet, qui est alors le prolongement de son cabinet. »*

# Publicité comparative

- Article I.8, 14°: « *toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent* ». Dans quelle mesure toute publicité n'est-elle pas comparative ?
- Porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins/objectifs.
- Comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives, dont le prix peut faire partie ».
- Cinq interdictions spécifiques. La publicité comparative ne peut :
  - être trompeuse ;
  - engendrer une confusion ;
  - entraîner le discrédit ou le dénigrement ;
  - tirer indûment profit de la notoriété ;
  - présenter un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés.
- Si ceci passe au sein de professions libérales, on sera à l'opposé de la logique corporatiste. L'avenir dira comment les ordres réagiront, mais ce sera probablement avec beaucoup de réticence (dignité, loyauté, honneur, etc.)

# Les publicités interdites

- Les interdictions entre entreprises :
  - Les publicités trompeuses ou « déceptives » par leur contenu (Induire en erreur le destinataire).
  - La publicité dénigrante (porter atteinte dans l'esprit des tiers au crédit ou à la réputation d'un opérateur économique).

# Les publicités interdites

- Les interdictions ou réglementations plus strictes vis-à-vis du consommateur :
  - Toute pratique commerciale (publicité ou autre) déloyale
  - Les omission trompeuses.
  - Les enfants-prescripteurs.
  - Les réductions de prix.
  - Quantité pour les biens préemballés.
  - Les publicités limitées dans le temps annoncée en dehors de l'entreprise.

# Les publicités sur l'internet

- L'ancienne loi sur le commerce électronique est, elle aussi, transférée vers le CDE. On est donc ici aussi en phase de transition ; toutefois, les principes demeurent.
- La publicité doit non seulement être, dès sa réception, identifiable comme telle.
- La personne pour le compte de laquelle la publicité est faite doit aussi être clairement identifiable.
- Contenir le cas échéant certaines informations, notamment :
  - Prix de manière claire et non ambiguë;
  - caractéristiques essentielles des services proposés;
  - modalités de paiement ou d'exécution du contrat, les conséquences d'une mauvaise exécution, ou d'une inexécution de vos engagements ;
  - l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation ;
  - la durée de la validité de l'offre ou du prix ;
  - le cas échéant, la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un service ou la livraison de biens.

# Les publicités par email

- L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages.
- Exception des clients existants si :
  - Obtention en direct des coordonnées ;
  - Les exploiter pour des produits ou services analogues que lui-même fournit ;
  - Fournir une faculté d'opposition à une telle exploitation.



# Conclusion

- Les professions libérales presque comme les autres ?
- Des entreprises, un marché, une concurrence, des clients.
- Liberté ne veut pas dire libertaire. La publicité est réglementée. L'alignement progressif des professions libérales sur les autres entreprises n'est pas une dérégulation. C'est seulement un changement du cadre de référence.

# Cinq messages importants

- Premier message : les ordres professionnels conservent leur prérogatives légales, mais ils doivent les exercer en tenant compte de cette assimilation de leurs membres à une « entreprise » soumise à la concurrence. Cela peut avoir un impact sur la liberté d'exercer et d'initiative, les relations entre membres de la profession, les relations avec les 'clients', etc.
- Deuxième message : il faut passer d'une logique de statu quo et parfois protectionniste à une logique de marché.
- Troisième message : vu la définition de la publicité (promotion des ventes), celle-ci est sans aucun doute possible incluse dans la liberté d'entreprendre. Même les professions libérales doivent donc passer d'un régime de « non sauf » à un régime de « oui mais ».
- Quatrième message : les déontologies fondées sur le principe de « non-commercialité » vont devoir se réinventer entièrement.
- Cinquième message sous forme de conclusion : les valeurs traditionnelles professionnelles (dignité, loyauté, confraternité, etc.) ne peuvent plus, en tant que telle, justifier l'interdiction. C'est la publicité visée elle-même qui doit devenir l'étalon, bien plus que ces valeurs. Dans cette appréciation, il faut faire évoluer la mentalité du « non sauf » au « oui mais ».

# Merci ! Des questions ?



Etienne Wery  
[etienne.wery@ulyes.net](mailto:etienne.wery@ulyes.net)  
[www.ulyes.net](http://www.ulyes.net)