

N° 431963
M. R...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 8 juillet 2020
Lecture du 22 juillet 2020

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

M. Alain R..., pharmacien titulaire d'une officine au Mans, conteste la sanction du blâme que lui a infligée la chambre de discipline du conseil régional de l'ordre des pharmaciens des Pays de la Loire et qu'a confirmée la chambre de discipline du conseil national de l'ordre pour s'être prêté, entre septembre et décembre 2014, à deux articles de presse et cinq émissions radiophoniques. Il s'agissait d'un article consacré à M. R... le 24 septembre 2014 dans un supplément régional de *L'Express*, intitulé « *Le Mans : les 50 qui font bouger la ville* », d'un article paru le 31 décembre 2014 dans *Ouest-France*, dans le cadre d'une série d'articles intitulée, dans un style pernaltien, « *Des vieux métiers toujours jeunes* », et dans le cadre d'une série consacrée sur *France Bleu* aux « coulisses de la Sarthe », de la diffusion, pendant la semaine du 6 octobre 2014, de cinq épisodes d'environ trois minutes chacun consacrés à « la pharmacie Saint-Joseph du Mans », son officine.

La sanction prononcée n'est pas tout à fait la plus mineure ; elle est placée juste au-dessus de l'avertissement dans l'échelle des peines (art. L. 4234-6 du code de la santé publique).

1/ A l'appui du seul moyen contestant la régularité de la décision rendue en appel, faute que la signature de la présidente de la chambre de discipline sur la minute soit doublée de celle du greffier d'audience, M. R... invoque l'art. R. 4126-29 du code de la santé publique. C'est inopérant, car cette disposition régit la procédure disciplinaire des professions médicales, pas celle des pharmaciens. Et aucune disposition ne régit la signature de la minute d'une décision de la chambre de discipline du conseil national de l'ordre des pharmaciens ni ne prévoit, en tout état de cause, la signature d'un membre du secrétariat-greffe. L'art R. 4234-24 dispose simplement que les décisions de la chambre de discipline « sont inscrites sur un registre spécial coté et paraphé par le président de la chambre de discipline » et que « les expéditions des décisions sont datées et signées par le président du conseil national ou par la personne à qui il a donné pouvoir à cet effet ». Quant aux règles générales de procédure applicables, même sans

texte, à toute juridiction administrative, elles imposent la signature de la minute par le président de la formation de jugement, mais pas plus (12 novembre 2014, *A... et autres*, n° 362628, T. 518, 807).

2/ C'est d'abord un manquement aux règles déontologiques relatives à la sollicitation de clientèle et à la publicité que la chambre de discipline a retenu.

M. R... fait valoir que par une décision du 6 novembre 2019, *B...*, n° 416948, T. 620, 928, vous avez jugé illégale l'interdiction générale et absolue de toute publicité posée à l'égard des médecins à l'article R. 4127-19 du code de la santé publique, au regard des stipulations de l'art 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relative à la libre prestation de services, telles qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt rendu le 4 mai 2017, *Vanderborght*, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction belge (C-339/15). Mais cette exception d'inconventionnalité, qui n'est pas d'ordre public en l'état (critiquable) de la jurisprudence, est nouvelle en cassation et par suite inopérante. Au demeurant, la publicité n'est pas interdite aux pharmaciens de manière générale et absolue, ainsi que vous l'avez relevé par votre décision du 12 juin 1998, *Association des groupements de pharmaciens d'officine et autres*, n° 181718, p. 227, pour vérifier, déjà, la conventionnalité des règles qui l'encadrent. L'article L. 5125-31 du code de la santé publique dispose que « la publicité en faveur des officines de pharmacie ne peut être faite que dans les conditions prévues par voie réglementaire », c'est-à-dire par décret en conseil d'Etat (Art. L. 5125-32, 5°). Cette réglementation se trouve à l'article R. 5125-26, qui n'autorise que d'austères encarts de presse d'une dimension maximale de 100 cm², pour signaler la création, le transfert ou le changement de titulaire d'une officine ou faire des annonces en faveur des activités « liées au commerce des marchandises figurant sur la liste » de celles dont le commerce leur est autorisé dans leur officine, liste prévue à l'art L. 5125-24 et arrêtée par le ministre chargé de la santé sur proposition du conseil national de l'ordre des pharmaciens. L'article R. 4235-30 précise que « toute information ou publicité, lorsqu'elle est autorisée, doit être véridique, loyale et formulée avec tact et mesure ».

Pour le reste, l'article R. 4235-22 énonce « qu'il est interdit aux pharmaciens de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession ». C'est l'article du code de déontologie sur lequel se fonde la décision attaquée. Si la réglementation de la publicité ne figure pas au code de déontologie lui-même mais dans la partie du code relative aux produits de santé, un manquement à ces règles peut constituer une faute professionnelle au sens de l'article L. 4234-1 et un procédé publicitaire qui s'en affranchit nettement peut être regardé comme un procédé de sollicitation de la clientèle contraire à la dignité de la profession, au sens de l'article R. 4235-22. C'est ce que vous avez jugé par une décision du 30 octobre 1989, *R-S...*, n° 81161, T. 890, à propos d'une pharmacienne qui « avait installé dans les vitrines de son officine des panneaux publicitaires et logos appelant l'attention de la clientèle sur les prix pratiqués dans sa pharmacie et faisant directement référence à une société spécialisée dans la distribution de grande surface, et donné à la presse écrite, à la

radiodiffusion et à la télévision des interviews dans lesquelles elle avait fait état des avantages que le public pouvait avoir en s'adressant à son officine ».

Rien qu'au vu de ce précédent, qui reste d'actualité, et qui sanctionne notamment le fait de donner, c'est-à-dire d'accepter, des interviews avantageuses, on comprend que les deux portraits de presse et les cinq émissions radiophoniques favorables auxquels d'est prêté M. R... pouvaient être pénalisés sans erreur de qualification juridique. Dès lors qu'ils n'entrent manifestement pas dans le cadre restrictif dessiné par l'article R. 5125-26, leur qualification comme fautifs dépend de leur qualification comme publicitaires. Or celle-ci est confirmée par la mise en œuvre des critères identifiés dans votre jurisprudence par Christine Maugué à propos des pharmaciens, dans ses conclusions sur la décision du 12 juin 1998 déjà mentionnée, ou par Gaëlle Dumortier à propos des médecins dans ses conclusions sur la décision inédite du 11 décembre 2013, C., n° 356678. Selon, Ch. Maugué, « trois éléments permettent en fait de caractériser un message publicitaire : le message doit contenir des informations sur la nature du bien proposé ou le service offert sans qu'il soit nécessaire que ces informations revêtent un caractère promotionnel, le message doit être adressé aux clients potentiels ou à un public plus large, il doit avoir pour but de développer l'activité concernée ». Gaëlle Dumortier identifiait également trois groupes d'indices, associés un peu différemment : « Le premier est celui de la part du praticien dans l'origine du procédé », « le deuxième est celui de la nature et du contenu du procédé », le troisième est celui des destinataires du message : s'agit-il du public et de clients potentiels, ou bien de patients du praticien, ou encore de confrères ?

Ici la diffusion du message auprès du public le plus large, par la presse généraliste et la radio, va sans conteste dans le sens de la qualification publicitaire. La présentation favorable des compétences et des prestations de M. R... et de son officine également. En particulier, les cinq fois trois minutes de l'émission radiophonique détaillent de manière très complète, sous un jour favorable, les compétences, les moyens, les méthodes et les productions de M. R..., en allopathie, homéopathie, herboristerie, produits esthétiques, et mentionnent même des soins esthétiques - ce qui a choqué la chambre de discipline - lui donnant la parole ainsi qu'à plusieurs préparateurs en pharmacie, le tout ponctué de commentaires flatteurs, et la localisation de la pharmacie Saint-Joseph, avenue d'Haouza, au Mans, étant précisée sans difficulté.

Enfin, les précédents montrent que contrairement à ce que soutient le pourvoi, il n'est pas indispensable que le professionnel soit à l'initiative du message ou ait accepté de s'acquitter d'une contrepartie ; il suffit qu'une parution ait eu son accord, ou qu'il ne s'y soit pas opposé (28 janvier 1959, *sieur Hay*, n° 20228, p. 81, pour la parution dans la presse, avec l'accord de l'intéressé, d'articles relatant la participation d'un médecin à un congrès international sur l'accouchement ; 21 février 1968, *Troques*, n° 69167 p. 129, 2 octobre 1974, *Chung Seh Tung*, p. 463 et 26 janvier 1979, *Ludwig*, n° 05065, T.D. p. 5418, pour des praticiens s'étant prêtés, même sans donner expressément leur accord, à des parutions dans la presse ; de même, 21 avril 2000, X., n° 198019, inéd.).

La décision de la chambre de discipline n'est donc pas critiquable en ce qui concerne le grief tiré de pratiques publicitaires illicites et de procédés de sollicitation de clientèle contraires à la dignité de la profession.

3/ Mais la chambre de discipline a aussi retenu, s'agissant des articles de presse, qu'il y avait concurrence déloyale, au sens de l'art R. 4235-21 du code de la santé publique, aux termes duquel : « Il est interdit aux pharmaciens de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle. Ils doivent s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale ».

La concurrence déloyale n'est pas plus que la publicité définie par les textes. Il faut s'en rapporter là aussi à la jurisprudence. La jurisprudence commerciale, qui sanctionne la concurrence déloyale sur le fondement de l'art 1240 du code civil, est plus fournie, et il est donc naturel qu'il y soit fait référence dans le contentieux ordinal. Comme le soutient le pourvoi, le juge commercial recherche si trois éléments sont réunis : une faute, un préjudice subi par les confrères ou concurrents et un lien de causalité entre la faute et le préjudice (Cass. Com. 12 février 2008, pourvoi 06-17.501, bull. 2008, IV n°32). Parmi les pratiques déloyales les plus connues figurent le dénigrement, l'imitation, la désorganisation et le parasitisme.

L'origine quasi-délictuelle de la notion de concurrence déloyale explique la triple et forte exigence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité à démontrer sur le plan civil, en vue de la condamnation à indemniser les victimes. L'approche du juge disciplinaire, en vue seulement d'une sanction du manquement à la déontologie, sans objet réparateur, pourrait être assez souple sur la détermination du préjudice, en particulier sa quantification, comme le montrent les conclusions de T. Olson sur votre décision du 24 janvier 2007, Z., 285652, inéd. Ces dernières cependant ne s'affranchissent pas complètement de cette condition de préjudice identifiable, sans laquelle on peine à caractériser, au titre de la concurrence, le comportement critiqué.

En l'espèce, la chambre de discipline s'est bornée à retenir qu'« au regard de l'environnement professionnel », les faits de publicité illicite et de sollicitation de clientèle par des procédés ou moyens contraires à la dignité de la profession constituaient aussi des faits de concurrence déloyale.

Une caractérisation si mince et elliptique peut difficilement être admise. Elle équivaldrait en réalité à assimiler toute publicité illicite à de la concurrence déloyale. Or dans une décision de section du 12 février 1965, *Garry*, n° 56908, p. 108, vous avez traité très distinctement ces deux griefs, pour la conclusion par un pharmacien d'une convention de tiers payant avec une société mutualiste d'une part, au titre de l'éventuelle concurrence déloyale, et pour une publicité faite par cette mutuelle, au titre de la sollicitation des commandes auprès du public, d'autre part - le grief a été écarté dans les deux cas.

Cette décision de section donne un guide d'exacte application du code de déontologie : si un même fait peut contrevenir à plusieurs obligations déontologiques à la fois, une faute déterminée ne devrait pas en caractériser systématiquement une seconde, sauf à entretenir une confusion des notions susceptibles de les vider de leur sens. Par ailleurs, le fait que la concurrence déloyale soit interdite par l'article qui tend à assurer le respect du libre choix du pharmacien par le patient montre bien qu'il faut une influence suffisamment tangible sur le comportement des patients pour que la concurrence déloyale soit caractérisée. A cet égard, la simple publicité illicite paraît insuffisante, de même qu'est insuffisante la circonstance vaguement exprimée de « l'environnement professionnel » par la chambre de discipline.

Vous devriez donc retenir sur ce point une erreur de droit, seule invoquée par le pourvoi.

La sanction ayant été confirmée par la chambre de discipline au vu de l'ensemble des griefs qu'elle a retenus, y compris celui-ci, ce motif doit entraîner l'annulation de la décision des juges d'appel dans son ensemble, et le renvoi de l'affaire à la chambre de discipline du conseil national de l'ordre des pharmaciens.

Tel est le sens de mes conclusions.