

N° 466187 – M. G... et Société Pharmacie du Marché
N° 471475 – M. A...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 6 mars 2024
Décision du 5 avril 2024

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

À la fois commerçant, professionnel de santé inscrit à un ordre et, désormais, depuis certaines lois récentes, soignant de proximité, le pharmacien dispose d'un statut hybride, totalement atypique. C'est ce qui explique notamment le strict encadrement de la publicité qui lui est, de longue date, imposé.

Une déclaration royale du 25 avril 1777 portant règlement « des professions de la pharmacie et de l'épicerie » faisait ainsi, déjà, obligation aux apothicaires « de se renfermer dans la confection, préparation, manipulation et vente des drogues simples et compositions médicinales sans que, sous prétexte des sucres, miels, huiles et autres objets qu'ils emploient, ils puissent en exposer en vente ». L'article 36 de l'importante loi du 21 germinal an XI qui consacre la pharmacie comme une science artisanale étroitement contrôlée proscrivait, de même, « toute distribution de drogues et préparations médicamenteuses sur des théâtres ou étalages ».

Et la loi du 11 septembre 1941 relative à l'exercice de la pharmacie, tout en consacrant le « double caractère », « libéral et commercial » de la profession et en reconnaissant qu'« elle ne peut pas se désintéresser de certains appels au public dont l'ensemble constitue la publicité », visait à mettre un terme, ainsi que cela ressort de son exposé des motifs, à l'« extension abusive et parfois pernicieuse pour la santé publique [des] appels publicitaires, qui a grandement nui au prestige du pharmacien »¹. Son article 31 lui interdisait ainsi de

¹ L'exposé des motifs se poursuivait ainsi : « Le titre III régit la publicité mais il ne la supprime pas. Une mesure trop rigoureuse ne manquerait pas d'entraîner des répercussions très graves dans l'industrie pharmaceutique, aussi bien dans son marché intérieur qu'extérieur »

« solliciter des commandes auprès du public ». A la Libération, le code de déontologie de la profession, élaboré en 1953, a repris cette exigence, qu'il rattache au devoir de dignité, tout en en explicitant la portée.

Si les règles qui encadrent ces pratiques n'ont pas été remises en cause en profondeur depuis lors, il n'est cependant que d'observer les vitrines de certaines officines, ou de consulter leur site internet, pour constater la banalisation de procédés publicitaires peu différents de ceux utilisés dans les grandes surfaces. Cette tendance est d'ailleurs commune à d'autres professions réglementées, et le droit de l'Union européenne est parfois invoqué au soutien d'une telle libéralisation de la réglementation.

Les présents litiges constituent l'occasion de clarifier l'état du droit applicable en ce qui concerne plusieurs questions ainsi soulevées de façon récurrente.

Dans le premier, M. G... et la SELARL dont il est l'exploitant, ont été sanctionnés pour avoir proposé une carte de fidélité aux clients de l'officine et assuré la promotion de ce programme. Dans le second, M. A... s'est vu infliger une sanction d'interdiction d'exercer en raison du contenu de messages publicitaires figurant sur des affiches apposées sur une vitrine de sa pharmacie, de la diffusion sur les réseaux sociaux d'offres promotionnelles, ainsi que de menaces et intimidations à l'égard de deux confrères qui avaient déposé plainte contre lui.

Règlementation applicable et conformité aux principes de droit européen

Règles applicables

Il nous faut d'abord revenir sur le droit applicable, qui est relativement complexe en raison de la superposition, dans le code de la santé publique, de deux séries de règles encadrant les pratiques publicitaires des pharmaciens.

▪ Ceux-ci sont, **d'une part**, soumis, comme les sociétés d'exercice libéral², à diverses obligations déontologiques, figurant dans la 4^{ème} partie du code, en lien avec le recours à ces procédés.

L'article R. 4235-22 leur interdit ainsi « *de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession* » et l'article R. 4235-30 ajoute que « *toute information ou publicité... doit être véridique, loyale et formulée avec tact et mesure* ».

² V. sur ce point, Section, 7 avril 2010, SELARL Grande Pharmacie Gerbaud, n° 322305

Ces exigences générales sont complétées par d'autres exigences spécifiques aux pharmacies d'officine, concernant, entre autres, l'information dans les annuaires³, la publicité pour les articles de parapharmacie, qui doit notamment être loyale, compatible avec la dignité de la profession et faite avec « tact et mesure »⁴, la présentation des vitrines⁵ ou encore l'interdiction d'inciter les patients à une consommation abusive de médicaments⁶.

▪ **D'autre part**, le code régleme également, cette fois dans sa cinquième partie, la publicité pour les médicaments et officines⁷. Est notamment prohibée celle qui porte sur les médicaments soumis à prescription médicale et non remboursables⁸.

Vous admettez que la juridiction ordinaire se fonde également sur ces dispositions pour sanctionner les professionnels qui relèvent de sa compétence, et ce dans le cadre de la mission générale dévolue à l'ordre par l'article L. 4231-1 du code de faire assurer le « respect des devoirs professionnels » (V. CE, 1^{er} juillet 1977, B..., n° 2500, B ; CE, 27 juin 1980, M..., n° 3392, B).

Cependant, à la différence des obligations déontologiques, ces règles s'appliquent également aux fabricants et aux groupements de pharmacies. S'ils méconnaissent ces exigences, ceux-ci s'exposent, au même titre que les pharmaciens, à la mise en cause de leur responsabilité civile, dans le cadre d'une action en concurrence déloyale formée devant le juge judiciaire, ou, encore, dans certains cas, à des sanctions pénales.

³ art. R. 4235-57

⁴ art. 4235-58

⁵ art. R. 4235-59

« Les vitrines des officines et les emplacements aménagés pour être visibles de l'extérieur ne peuvent servir à présenter que les activités dont l'exercice en pharmacie est licite. Sous réserve de la réglementation en vigueur en matière de concurrence et de publicité et des obligations légales en matière d'information sur les prix pratiqués, ces vitrines et emplacements ne sauraient être utilisés aux fins de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession ».

⁶ art. 4235-64 – Il aurait sans doute été plus pertinent de faire référence aux « clients ».

⁷ Sur la base du renvoi général figurant aux articles L. 5125-31 et 32, dont le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution dans sa décision n° 2013-364 QPC du 31 janvier 2014.

⁸ Elle « n'est admise qu'à la condition que ce médicament ne soit pas soumis à prescription médicale, qu'aucune de ses différentes présentations ne soit remboursable par les régimes obligatoires d'assurance maladie et que l'autorisation de mise sur le marché ou l'enregistrement ne comporte pas d'interdiction ou de restrictions en matière de publicité auprès du public en raison d'un risque possible pour la santé publique, notamment lorsque le médicament n'est pas adapté à une utilisation sans intervention d'un médecin pour le diagnostic, l'initiation ou la surveillance du traitement ».

- Enfin, à ce corpus juridique déjà nourri, s'ajoutent encore les dispositions pénales de l'article L. 377-3 du code de la sécurité sociale, qui répriment le fait cherche à attirer, par des offres, promesses d'argent ou ristournes, les assurés dans une officine⁹.

Conformité au droit européen

- Vous avez jugé, dans une décision Association des groupements de pharmaciens d'officine du 12 juin 1998 aux conclusions de la présidente Maugué¹⁰, qu'eu égard aux impératifs de protection de la santé publique et aux principes de déontologie de la profession, les règles encadrant la communication en faveur des officines ne portaient pas une atteinte excessive à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CESDH.

- Il est vrai que, depuis lors, l'évolution du droit de l'Union européenne a pu susciter des doutes sur la nécessité de faire évoluer la réglementation nationale et que la rigidité du cadre juridique existant a été maintes fois critiquée.

Le Conseil national de l'ordre a ainsi proposé, en 2017, d'assouplir sur ce point les obligations déontologiques¹¹. L'Autorité de la concurrence a, quant à elle, à plusieurs reprises, et notamment dans un avis du 16 juin 2017, exprimé ses réserves quant à la conformité du droit national, et même des évolutions envisagées par l'ordre¹², aux principes de libre concurrence et de libre exercice au motif que les restrictions apportées à l'exercice de la profession constituaient des « entraves disproportionnées » aux principes de libre concurrence, de liberté d'établissement et de libre exercice et a notamment recommandé d'autoriser la communication par les groupements incluant de la publicité individuelle en faveur des officines membres ou adhérentes..

- Toutefois, l'état actuel de la jurisprudence de la CJUE ne paraît pas imposer un réexamen en profondeur de la réglementation ou de votre jurisprudence.

⁹ Amende de 3 750 euros et d'un emprisonnement de six mois

¹⁰ n° 181718, A

¹¹ Il s'agissait, d'une part, d'autoriser la publicité sur tout support – et non plus seulement dans la presse écrite sur les seules coordonnées et activités selon une nomenclature déterminée – en faveur des officines et produits ne relevant pas du monopole ainsi que des nouvelles missions confiées aux pharmaciens, d'autre part, de légaliser les pratiques de fidélisation sauf pour les médicaments, et, enfin, de permettre la présentation de médicaments en vitrine et façade des officines avec affichage des prix mais sans artifice de mise en valeur afin d'éviter d'inciter à une consommation abusive. Le démarchage et le référencement payant restaient toutefois interdits.

¹² L'Autorité de la concurrence a ainsi émis, le 16 juin 2017, un avis défavorable aux propositions de l'ordre des pharmaciens

La Cour a certes remis en cause, en ce qui concerne les professions médicales, comme les médecins et les chirurgiens-dentistes, l'interdiction de principe de la publicité, contraire au principe de libre circulation des services posé à l'article 56 du TFUE et, en ce qui concerne la communication commerciale par voie électronique, à la directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information (CJUE, 4 mai 2017, Vanderborgt, C-339/15). Vous en avez tiré les conséquences dans une décision Bernard du 6 novembre 2019 (4/1, n° 416948, B), en jugeant illégales les dispositions des codes de déontologie des professions médicales interdisant le recours à toute forme de publicité.

Cependant, cette évolution n'a pas directement affecté les pharmaciens, pour lesquels la publicité était déjà, comme il vient d'être dit, autorisée dans certaines limites.

Ainsi, dans une décision Daniel B. du 1^{er} octobre 2020¹³, rendue en réponse à une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris, la Cour a retenu que la protection de la dignité des professions réglementées¹⁴ constituait une raison impérieuse d'intérêt général, relevant de la protection de la santé publique, susceptible de justifier une restriction à la libre prestation des services. Ainsi, l'interdiction de la distribution massive de courriers postaux et de tracts publicitaires n'a pas été jugée contraire au droit de l'Union, dès lors que ces pratiques présentent un risque d'assimilation des médicaments à des biens de consommation ordinaires et véhiculent une image commerciale et mercantile de la profession de pharmacien susceptible d'altérer la relation de confiance devant prévaloir entre celui-ci et ses clients.

De façon générale, il importe ainsi uniquement aux Etats membres, qui disposent à cet égard d'une grande marge d'appréciation, de veiller à ce que les restrictions ainsi posées ne soient pas disproportionnées au regard des objectifs poursuivis (V. CJCE, Gde Ch., 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes, C-171/07 et C-172/07, pt 19). Vous avez, par exemple, considéré, dans une décision L... du 17 mars 2021¹⁵, que l'interdiction du référencement payant pour les seules officines situées en France n'était pas de nature à préserver la relation de confiance entre le patient et le pharmacien, dès lors qu'elle permettait aux clients français d'acheter plus facilement des médicaments auprès de sites qui ne sont pas soumis aux garanties déontologiques applicables aux pharmaciens installés en France.

C'est à l'aune de ces considérations générales que les deux présents pourvois doivent être examinés.

¹³ C 649/18

¹⁴ L'article 8 de la directive 2000/31 prévoit expressément la possibilité de restrictions aux communications commerciales en lien avec la préservation de la dignité de la profession.

¹⁵ n°440208, A

Pourvoi de M. G... et de la SELARL

Dans le cas de M. G..., le grief principal porte sur la distribution d'une « carte adhérent premium », donnant droit, sous réserve d'une cotisation de 25 euros par an, à des réductions tarifaires sur la parapharmacie et à l'exonération de l'honoraire de dispensation, correspondant à la marge du pharmacien sur les médicaments non soumis à prescription obligatoire.

Incitation à la consommation abusive de médicaments

▪ La juridiction disciplinaire a d'abord retenu qu'un tel programme méconnaissait l'interdiction faite aux pharmaciens par l'article R. 4235-64¹⁶ d'inciter les patients à la consommation abusive de médicaments.

Ces dispositions nous semblent reposer sur l'idée, à vrai dire assez intuitive, que, comme pour tout autre commerce, la communication au sujet de ristournes ou d'avantages tarifaires peut être non seulement de nature à fidéliser la clientèle de l'officine, en la dissuadant de s'adresser à la concurrence, mais également à encourager l'achat des produits concernés.

Et si la consommation de médicaments ne devrait normalement pas excéder les besoins médicaux du client, on sait que la réalité est parfois différente. Le phénomène de surconsommation a souvent été décrit et il n'est pas rare, en outre, que certaines personnes se constituent des réserves. Des réductions tarifaires peuvent encourager ces comportements à la fois peu conformes à l'intérêt général, compte tenu du risque de pénuries, et potentiellement nocifs pour la santé des consommateurs, au regard des effets secondaires, parfois graves, des médicaments, même non soumis à prescription.

▪ En droit européen, une telle règle trouve un fondement dans l'article 87.3 de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, qui prévoit que la publicité « *doit favoriser l'usage rationnel du médicament* ». La Cour juge ainsi que les conséquences graves pour la santé qui peuvent découler d'un mauvais usage ou d'une surconsommation des médicaments justifie « *une interprétation large de l'interdiction de la publicité* » pour ces derniers (V. CJUE, 5 mai 2011, MSD Sharp, C-316/09, points 27 à 33).

¹⁶ Ancien article R. 5015-64, dans sa rédaction issue du décret n° 95-284 du 14 mars 1995

Et, dans sa décision C 649/18 du 1^{er} octobre 2020 précitée, la Cour a retenu que la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ne s'opposait pas par elle-même à une réglementation interdisant l'octroi de rabais sur le prix global de la commande de médicaments au-delà d'un certain montant¹⁷, au regard de ce même objectif de santé publique qui s'attache à la prévention de la consommation excessive ou inappropriée de médicaments.

Il pourrait certes être relevé, en l'espèce, que le rabais pratiqué ne dépend pas de la quantité consommée et que son principal objectif serait de fidéliser la clientèle, pas de l'inciter à consommer davantage. Cependant, il n'en demeure pas moins que la nécessité pour le patient de s'acquitter d'une cotisation annuelle peut l'inciter à chercher ensuite à rentabiliser sa carte « premium »...

- M. G... objecte certes que les prix de ces derniers sont libres et que rien ne s'oppose, par ailleurs, à ce que le pharmacien réduise sa marge sur les produits non remboursables. Cependant, ce sont la distribution d'un programme de fidélisation, ainsi que la communication qui en est faite, qui sont seules ici en cause, pas la fixation du prix elle-même.

- Enfin, nous ne sommes pas du tout convaincus par l'argument, également évoqué, selon lequel le programme de fidélisation contesté viserait en fait à mieux contrôler la dispensation des médicaments par un suivi individuel des patients. Cette éventualité paraît assez théorique et les assertions de M. G... sont d'ailleurs contredites par le caractère assez agressif de la communication faite autour de cette carte de fidélité.

Recours à des moyens de fidélisation de la clientèle

- La chambre nationale a également considéré que cette même pratique était contraire à l'article R. 5125-28, qui interdit aux pharmaciens « *d'octroyer à leur clientèle des primes ou des avantages matériels directs ou indirects, de lui donner des objets ou produits quelconques à moins que ceux-ci ne soient de valeur négligeable, et d'avoir recours à des moyens de fidélisation de la clientèle pour une officine donnée* ».

A la différence du grief précédent, celui-ci porte donc sur tous les produits commercialisés donnant lieu à l'octroi du rabais, y compris la parapharmacie.

¹⁷ à condition toutefois qu'une telle interdiction soit suffisamment encadrée, et notamment ciblée sur les seuls médicaments et non sur de simples produits parapharmaceutiques

- A l'origine, ces dispositions visaient à préserver le « libre choix » du pharmacien, en excluant tout procédé qui conduirait les clients à privilégier une officine en raison des rabais et autres incitations commerciales.

Ainsi, l'ancien article 30 du code de déontologie, dont ces dispositions sont issues, interdisait aux pharmaciens de porter atteinte au libre choix du malade en octroyant de tels avantages, assimilés à une forme de concurrence déloyale¹⁸. On en trouve un autre indice¹⁹ dans les travaux parlementaires de la loi 25 octobre 1919 sur les accidents du travail²⁰, dont sont issues les dispositions précitées de l'article L. 377-3 du code de la sécurité sociale.

On pourrait certes se demander si de telles incitations économiques affectent véritablement cette liberté – ne la confortent-elles pas, au contraire, en renforçant la concurrence sur les prix ? La mesure nous semble ainsi davantage se justifier par la préservation des relations de confiance entre le pharmacien et ses clients, exigence qui peut sembler peu compatible avec des procédés commerciaux trop agressifs, et en particulier à ceux d'entre eux centrés non pas sur la qualité du service mais sur les prix.

- En l'espèce, M. G... fait cependant valoir que le programme contesté ouvrait droit à des réductions tarifaires dans l'ensemble des officines du groupement qui propose la carte – et non pas, donc, « pour une officine donnée ».

La chambre, dont la décision est suffisamment motivée sur ce point, a répondu que les clients désireux de bénéficier du programme de fidélité devraient « nécessairement » se rendre dans l'officine du requérant. Elle nous semble ainsi avoir entendu juger qu'il était hautement improbable qu'ils utilisent leur carte dans une autre pharmacie participant au même programme.

- Au regard des termes de l'article R. 5125-28, vous pourriez être tentés de retenir que celui-ci autorise implicitement tout programme de fidélité dont le champ dépasse une seule officine, en estimant qu'une telle interprétation restrictive se justifie au regard du principe de légalité des délits.

¹⁸ Cet article figurait ainsi dans un chapitre consacré à la concurrence déloyale. Il a été repris à l'article R. 5015-30 du code, en vigueur jusqu'au 16 mars 1995, dont le texte actuel est issu.

¹⁹ V. conclusions du président Genevois sur la décision B... précitée.

²⁰ Leur origine remonte à l'article 11 de la loi du 25 octobre 1919 sur les accidents du travail, dont la portée a ensuite été étendue par l'article 67 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales avant d'être reprise à l'article 112 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 sur la sécurité sociale.

Il pourrait également être soutenu que les relations entre le client et un groupement ou un réseau de pharmacies sont moins personnalisées que celles qu'il peut nouer avec une officine déterminée, de sorte que l'octroi d'un avantage tarifaire à une plus large échelle interférerait dans une moindre mesure avec ses habitudes de consommation.

■ A la réflexion, nous inclinons cependant nettement à privilégier une autre lecture du texte.

La référence à des moyens de fidélisation « pour une officine donnée » peut se lire comme autorisant implicitement non pas les programmes communs à deux officines ou plus, mais ceux d'entre eux dont les clients peuvent ainsi bénéficier dans n'importe quelle pharmacie. Tel est, par exemple, le cas, évoqué par feu le Pr Duneau dans le fascicule du jurisclasseur consacré aux groupements de pharmacies²¹, des cartes de fidélité distribuées par les fabricants de produits cosmétiques susceptible d'être obtenues dans toutes les officines qui les commercialisent.

Si vous suiviez cette interprétation, il serait très aisé, en pratique, au pharmacien mis en cause de justifier que c'est le fabricant qui est à l'origine de ce programme de fidélité – ce dernier pourrait, d'ailleurs, le cas échéant, en attester, cette pratique étant licite en ce qui le concerne.

Les mots « pour une officine donnée » renverraient ainsi à toute forme de fidélisation consistant à accorder un avantage concurrentiel à l'officine par rapport à ses concurrentes – peu important que cet avantage soit commun à deux officines ou plus. Trois séries arguments nous semblent plaider en ce sens.

En premier lieu, l'interprétation du texte défendue par le pourvoi ne paraît pas la plus cohérente.

Ainsi, *d'une part*, cet article pose une interdiction générale de l'octroi de toute prime et de tout avantage matériel direct ou indirect, qu'ils émanent d'officines ou de groupements. Pour quelle raison, dès lors, le pouvoir réglementaire aurait-il entendu y introduire une dérogation en ce qui concerne les programmes de fidélité communs à plusieurs officines ? En quoi le fait que l'avantage financier soit destiné à fidéliser le client le rend-il moins répréhensible ?

²¹ "Feuilles mobiles Litec Droit pharmaceutique - Fasc. 20-60

D'autre part, et surtout, au regard de l'objet de la mesure tel qu'il a été exposé, on voit mal en quoi de tels programmes de fidélité seraient moins répréhensibles quand ils sont communs à deux officines ou plus.

L'objectif du pharmacien reste, dans tous les cas, d'attirer les clients dans certaines d'entre elles et de les détourner d'autres, au risque de porter atteinte à la loyauté de la concurrence, conformément à la conception exigeante qui en est faite pour cette profession réglementée. La lecture du texte suggérée par le pourvoi soulève ainsi une question sérieuse de conformité au principe d'égalité, dès lors qu'il pourrait être considéré que les officines distribuant de tels programmes, seules ou en commun avec d'autres, se trouvent dans la même situation au regard de l'objet du texte, qu'il s'agisse de la prévention de la concurrence déloyale ou du maintien de relations de confiance avec les clients (ou tout au moins qu'une telle différence de traitement apparaît, à cet égard, manifestement disproportionnée).

En deuxième lieu, le recours à des procédés de fidélisation à l'échelle des groupements nous paraît, en tout état de cause, également proscrit par d'autres dispositions législatives et réglementaires, ce qui fragilise les arguments invoquant le principe de légalité ou encore la pratique observée dans certaines officines.

Cette pratique se heurte ainsi, *d'une part*, à l'interdiction générale, faite par l'article R. 5125-29 de toute forme de publicité en faveur des groupements et réseaux d'officines. Sont ainsi, nous semble-t-il, proscrites à ce titre toute forme d'incitation à la consommation par ces structures.

En ce sens, l'article R. 5125-28, qui proscrit les avantages et programmes de fidélisation, figure, tout comme l'article R. 5125-29, dans un chapitre consacré à la « publicité ». Comme l'a notamment relevé le commentaire du Conseil constitutionnel de la décision n° 2013-364 QPC, validant le renvoi général du législateur au pouvoir réglementaire sur ces questions, l'objet de ce dernier article est précisément d'éviter que la constitution de groupements ne permette de contourner les règles de publicité applicables aux officines.

En outre, cette interprétation large de la notion de publicité est expressément consacrée par la loi et le droit de l'UE en ce qui concerne les médicaments. L'article L. 5122-1 y inclut, en effet, toute forme d'incitation qui vise à promouvoir la vente ou la consommation de médicaments et l'article 86 de la directive de 2001 sur les médicaments fait, quant à lui, référence à « *l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages, pécuniaires ou en nature, sauf lorsque leur valeur intrinsèque est minime* ».

D'autre part, la pratique des programmes de fidélisation par les groupements nous semble également prohibée par les dispositions précitées de l'article L. 377-3 du CSS, qui répriment toute pratique, telle que celle des ristournes, visant à attirer les clients dans une officine, quelle qu'elle soit. Ce texte reprenant des dispositions très anciennes, bien antérieures à l'apparition des groupements de pharmacies, il ne saurait être considéré qu'il entendait réserver les programmes de fidélité commun à plusieurs officines qui en seraient membres.

Ces deux séries de considérations nous confortent donc dans l'idée que les textes traitent de la même façon les programmes dont bénéficient les clients d'une seule officine et ceux destinés aux clients de deux ou plus d'entre elles.

On pourrait encore ajouter en ce sens qu'il ressort des articles D. 5125-24-16 et 17 du code que les groupements ont pour principal objet de procéder à des achats groupés de produits, à des actions de formation ou de recommandations en matière de santé publique, non pas de contourner les règles de publicité. C'est d'ailleurs historiquement pour ce motif qu'ils se sont constitués, à compter de 1968, même si leurs compétences se sont parfois étendues ensuite, en pratique, à certains services administratifs.

En dernier lieu, dans la pratique, le procédé a bien, le plus souvent, pour effet principal de fidéliser les clients d'une officine déterminée, et non dans un réseau. Au regard des habitudes de consommation généralement observées, ce n'est que de façon très ponctuelle, qu'ils seront amenés à utiliser cette carte dans d'autres pharmacies participant au programme.

Et d'ailleurs, si on suit l'interprétation privilégiée par M. G..., le programme de fidélité pourrait être réservé à seulement certaines officines d'un même groupement, et notamment à certaines très éloignées les unes des autres. De même d'ailleurs que, pour contourner la règle, des officines non membres d'un même réseau et à une distance conséquente l'une de l'autre (par exemple, l'une à Castres et l'autre à Armentières) pourraient s'associer pour distribuer le même programme. Dans toutes ces hypothèses, le client serait, en pratique, amené à ne faire usage de sa carte de fidélité que dans une seule et même officine.

On pourrait certes envisager de ne permettre le recours à des procédés de fidélisation que lorsque plusieurs officines du même groupement sont implantées dans la même « zone de chalandise », mais, outre que sa justification théorique demeurerait incertaine, la règle ainsi interprétée serait bien trop complexe à mettre en œuvre et source d'incertitudes pour les praticiens.

Il nous semble donc que la lecture de l'article R. 5125-28 suggérée par le pourvoi ne s'impose pas en droit, qu'elle ne permet pas de légaliser la pratique litigieuse et qu'elle soulève nombre de contradictions et de difficultés quant à sa mise en œuvre pratique. Nous vous proposerons donc de juger que c'est à juste titre que la chambre nationale a retenu que ces dispositions avaient été méconnues en l'espèce.

■ Si vous nous ne suiviez pas sur ce point, vous pourriez encore envisager, ainsi que vous en avez informé les parties, de substituer à ce fondement juridique celui du seul article R. 5125-29.

Votre jurisprudence nous semble vous y autoriser, dans la mesure où une telle substitution n'implique aucune appréciation de fait distincte de celle à laquelle a procédé la chambre (V. Ass. 2 juillet 1993, X..., n° 124960 et 6/1, 22 mai 2012, MM..., n° 344589, A). Si cette substitution en matière disciplinaire, qui demeure exceptionnelle en pratique, ne doit être envisagée qu'avec une particulière circonspection, le cas d'espèce nous semble constituer une hypothèse rare où elle pourrait se justifier, si vous étiez d'avis que seul l'article R. 5125-29 prohibe la pratique en ce qui concerne les groupements d'officines. Aucune appréciation de fait ne vous serait, en effet, demandée, dès lors qu'il est constant, qu'ainsi que l'a relevé la décision attaquée, des cartes de fidélité ont bien été distribuées par le pharmacien mis en cause.

La solution répondrait également à des considérations de bonne administration de la justice : en quoi le choix de l'une ou l'autre de ces deux bases légales pourrait-il avoir une incidence sur le choix de la sanction ?

Resterait toutefois, si vous envisagiez de procéder à une telle substitution, à répondre à l'exception d'illégalité dont vous a saisis M. G... à l'encontre de l'article R. 5125-29. Le requérant, qui se prévaut essentiellement de la décision Vanderborght précitée, fait valoir que l'interdiction de toute publicité faite aux groupements de pharmaciens serait contraire au droit de l'Union, et en particulier à l'article 56 du TFUE et à la directive sur le commerce électronique.

Cependant, la réglementation nationale ne remet pas en cause la possibilité pour les pharmaciens membres de ces groupements de recourir à des procédés publicitaires ; leur situation n'est donc pas assimilable à celle des professionnels de santé libéraux auxquels toute forme de publicité était interdite. La mesure contestée vise en fait, comme il a été dit, à éviter

que les limitations prévues par les dispositions relatives à la publicité des officines ne soient contournées dans le cadre d'un groupement d'officines.

Et par ailleurs, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation dans une décision du 4 juin 2014²², une telle interdiction apparaît justifiée par un objectif de protection de la santé publique, en lien avec la conservation d'une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national, afin de protéger les petites officines et d'éviter de fragiliser celles qui n'appartiennent pas à un réseau fort, susceptible d'investir dans des campagnes publicitaires au profit de ses adhérents. Le Conseil constitutionnel s'était, peu avant, fondé sur ces mêmes considérations dans sa décision n° 2013-364 précitée.

Cependant, si vous nous suivez, vous pourrez vous borner à juger que l'article R. 5125-28, sur lequel la chambre s'est fondée, prohibait le recours par les officines, qu'elles soient ou non membres d'un groupement, à des procédés de fidélisation.

Dignité de la profession

- Nous en venons au dernier grief retenu par la chambre disciplinaire. Il est reproché à M. G... d'avoir communiqué par voie d'affiches sur le programme de fidélité litigieux, en méconnaissance de l'article R. 4235-59, qui prohibe le fait de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession.

Les contours de cette exigence sont parfois délicats à définir. A l'origine, l'article 26 de l'ancien code de déontologie proscrivait à ce titre des procédés qui étaient jugés incompatibles avec le statut et l'image de ces professionnels, sans être prohibés par des dispositions spécifiques. Cependant, du fait de la multiplication de ces règles, en particulier, comme on l'a vu, pour les pharmaciens, cette obligation se superpose désormais bien souvent à des exigences plus précises. Le fait pour le juge disciplinaire de retenir une telle incrimination présente un aspect symbolique, tout en mettant davantage en exergue la gravité du manquement commis.

- Si l'incitation à la consommation de produits parapharmaceutiques ne constitue pas, par elle-même une méconnaissance par le pharmacien de cette obligation, un tel manquement nous paraît se déduire de la circonstance que le programme de fidélité contesté porte également sur les médicaments et qu'il constitue ainsi une forme d'incitation à leur surconsommation.

²² n° 13-16.794, au Bull.

En outre, de façon plus générale, le contenu du message, insistant sur les pourcentages de rabais ou encore les remises spéciales le jour de l'anniversaire du client, pouvait, en l'espèce, sembler en décalage avec le comportement normalement attendu de ces professionnels (V. pour un cas analogue, votre décision B...²³ précitée)²⁴.

Caractère proportionné de la sanction

Au regard de la nature des manquements relevés et de la latitude que vous reconnaissez au juge disciplinaire en la matière, vous écarterez enfin le moyen tiré de ce que seraient hors de proportion avec la gravité des faits les sanctions infligées à M. G... et à la société, à savoir, respectivement, six semaines, dont deux semaines avec sursis et une semaine avec sursis, en ce qui concerne la distribution de la carte de fidélité et, respectivement, un mois dont 15 jours avec sursis et une semaine avec sursis, en ce qui concerne l'affichage sur la vitrine.

Nous vous proposerons donc de rejeter donc ce premier pourvoi.

Pourvoi de M. A...

Régularité de la décision

En ce qui concerne celui dont vous saisit M. A..., la chambre nationale a, tout d'abord, régulièrement pu retenir un grief, qui avait été implicitement écarté en première instance, tiré de l'atteinte à la dignité de la profession en lien avec la communication de l'officine sur les réseaux sociaux, et ce alors même que les plaignants ne lui demandaient pas d'alourdir la sanction initialement prononcée.

En effet, **d'une part**, dès lors qu'elle a revu à la baisse la durée de l'interdiction d'exercice, il ne saurait utilement lui être reproché d'avoir méconnu le principe d'interdiction de la réformatio in pejus.

²³ Un pharmacien ayant fait distribuer dans le public des « bons » contre lesquels il offrait pendant un mois une "remise exceptionnelle" de cinq francs sur le montant de toute ordonnance exécutée à son officine méconnaît notamment l'interdiction de déconsidérer la profession et l'interdiction de solliciter la clientèle par des moyens contraires à la dignité de la profession.

²⁴ Si la chambre a maladroitement mentionné, en réponse à un moyen au demeurant dépourvu de précision, que le droit de la concurrence ne pouvait être utilement invoqué, alors que les dispositions précitées réservent expressément cette réglementation, il nous semble qu'elle entendait juger, à juste titre, que les dispositions du code de déontologie dont il a été fait application ne méconnaissaient nullement ces principes.

Et, *d'autre part*, il ne peut davantage lui être reproché d'avoir méconnu son office. Vous jugez ainsi, de façon générale, que la juridiction disciplinaire est saisie « in personam » et non pas « in rem », c'est-à-dire qu'elle est compétente pour connaître de l'ensemble du comportement professionnel de l'intéressé et non pas des seuls faits dénoncés dans la plainte (Section, 8 juin 1956, Sieur D..., p 239).

Vous en déduisez que lorsqu'elle statue en appel, elle peut légalement se fonder sur des griefs qui ont été écartés par les premiers juges, à la seule condition d'avoir au préalable mis l'intéressé en mesure de présenter utilement sa défense sur ces griefs (Ass., 7 décembre 1984, S..., p. 411 ; CE, 15 décembre 1993, M. LG..., n° 126877, B). Peu importe à cet égard que le manquement n'ait pas été repris par le plaignant devant le juge d'appel (4/5, 10 juillet 2017, MO..., n° 385419).

En l'espèce, le grief relatif à la communication sur les réseaux sociaux avait bien été évoqué par les plaignants en première instance, il était de nouveau évoqué dans leurs écritures d'appel et M. A... avait présenté des observations sur ce point devant la chambre nationale. Rien ne faisait donc obstacle à ce qu'il soit retenu à son encontre.

Grief relatif à la menace contre un confrère lors d'une réunion de conciliation

Sur le fond, la chambre a pu retenir, sans erreur de droit ou dénaturation, que M. A... avait déconsidéré la profession, en raison de la tentative d'intimidation à l'égard de l'un de ses confrères à l'origine de la plainte lors d'une réunion de conciliation.

Elle a, en effet, souverainement retenu que le requérant avait simulé un pistolet sur la tempe de l'intéressé en prononçant à son encontre une phrase menaçante en langue corse. Et elle n'a pas méconnu la portée des écritures de l'intéressé en relevant que celui-ci « reconnaissait s'être emporté », quelles qu'aient pu être ses dénégations très partielles sur les propos exacts qu'il avait tenus, et dont il ne niait pas le caractère menaçant.

C'est vainement que le pourvoi invoque la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la confidentialité de la médiation, qui impose que soient écartées des débats les pièces produites sans l'accord de la partie adverse (2e Civ., 9 juin 2022, n° 19-21.798). En effet, à supposer même qu'elle soit transposable à la procédure de conciliation organisée devant la juridiction ordinale, il nous semble qu'elle n'a pas vocation à couvrir des faits sans lien avec l'objet même de la conciliation, et en particulier le comportement de l'intéressé à cette occasion.

Grief relatif à la tentative d'intimidation contre une consœur

De même, la décision attaquée ne s'expose pas à la critique en tant qu'elle reproche au requérant de s'être rendu dans l'officine d'une consœur qui avait également déposé plainte contre lui aux fins de chercher à l'intimider.

La matérialité des faits ressortait en effet de nombreux éléments, comme des témoignages et la chambre ne s'est pas référée à la vidéo, qui était également produite et permettait de corroborer ces faits. Elle n'était donc pas tenue de répondre à l'argumentation sur l'illicéité de ce mode de preuve, qui était, en tout état de cause, inopérante en l'état de votre jurisprudence, dans un litige ne portant pas sur les relations entre l'administration et un de ses agents (Section, 16 juillet 2014, G..., n° 355201).

Et il est à peine besoin d'ajouter que ces faits caractérisaient bien un manquement aux obligations de confraternité et de dignité (V. par ex. CE, 8 sept 1993, BB..., n° 75952, C).

Publicité et sollicitation de clientèle

■ Nous en venons au grief principal retenu par la chambre, à savoir un affichage publicitaire sur les vitrines de l'officine. La chambre a relevé que M. A... avait apposé six affiches, « de taille moyenne et aux couleurs flash », dont deux portant sur des médicaments et les autres sur des articles de parapharmacie, mentionnant des prix barrés ainsi que la phrase « prix best of », ainsi qu'une autre affiche, en plus grand format, comportant le slogan « le meilleur prix, le meilleur choix, le meilleur conseil ».

La juridiction a estimé qu'une telle publicité avait été réalisée sans tact et mesure, en méconnaissance de l'article R. 4235-30 du CSP et qu'elle constituait un moyen de sollicitation de la clientèle contraire à la dignité de la profession (article R. 4235-22). Elle a, par ailleurs, retenu, comme on l'a vu, un autre manquement à l'obligation de dignité en lien avec une communication sur la page Facebook de l'officine comportant la mention « les prix les plus bas »²⁵.

²⁵ On observera que la juridiction a écarté le grief relatif à l'incitation à la consommation excessive de médicaments, qu'elle avait retenu dans la précédente affaire, la seule exposition en vitrine des deux affiches litigieuses lui paraissant, à cet égard, insuffisante. Même si la question n'est donc plus en débat, en l'absence de pourvoi incident, on peut s'étonner de cette position dans la mesure où il nous semble, ainsi qu'il a été dit, que toute communication sur le prix des médicaments est de nature à caractériser un tel manquement. Le caractère ou non limité d'une telle publicité ne nous paraît avoir d'incidence que sur le choix et le quantum éventuel de la sanction.

▪ L'incrimination peut surprendre, de tels procédés étant loin d'être inhabituels. Dans ces conditions, M. A... a beau jeu de s'interroger sur le traitement disciplinaire qui lui a été réservé.

Par ailleurs, certaines critiques qui lui sont adressées paraissent exagérées. Le fait pour un pharmacien d'indiquer sur une affiche qu'il pratique « le meilleur conseil » peut difficilement être assimilé à de la publicité comparative, même s'il a déjà pu vous arriver de juger répréhensible une pratique analogue (5/7, 30 décembre 2002, D..., n° 202423, C). Ce slogan assez banal peut simplement signifier qu'il entend exercer sa profession pour le mieux.

Il est vrai également que plusieurs des affiches litigieuses portaient sur des produits de parapharmacie, dont la commercialisation ne soulève pas les mêmes enjeux pour la santé publique.

▪ Il nous semble cependant, à la réflexion, qu'aucune erreur de droit ni erreur de qualification juridique ne sauraient être reprochées aux juges d'appel.

Votre jurisprudence traditionnelle est déjà fixée en ce sens que les dispositions du code dont il a été fait application en l'espèce s'imposent au pharmacien dans l'ensemble de ses activités, y compris pour la parapharmacie (V. 4/1, 30 octobre 1989, R..., n° 81161, B). Comme le soulignait Martine Laroque dans ses conclusions, « *l'exercice de la profession de pharmacien est un tout* » et il n'y a pas lieu « *de faire une distinction dans sa pratique, qui serait d'ailleurs très difficile, les deux activités étant tout à fait mêlées* ». V. dans le même sens, CE, 29 juillet 1994, AA..., n° 144081, A, aux concl. du président Schwartz.

Votre décision Association des groupements de pharmaciens d'officine précitée retient, à cet égard, que les titulaires d'officines de pharmacie ne sont pas placés, alors même qu'ils pratiquent également la vente de produits parapharmaceutiques, dans une situation identique à celle des exploitants de commerces de parapharmacie.

Etant seul habilité à dispenser des médicaments et, en outre, soumis à un devoir particulier de conseil et d'assistance, le pharmacien est, nous l'avons dit, tenu de faire preuve de modération dans ses pratiques commerciales, en vue de préserver l'image de la profession et la confiance de ses clients.

▪ Au cas d'espèce, le procédé utilisé peut sembler excessivement racoleur, la communication par voie d'affichage, exclusivement centrée sur les tarifs, couvrant une partie

significative de la vitrine. Il se rapproche beaucoup de ceux utilisés par les grandes surfaces, avec des prix barrés en très gros caractères. Dans ses écritures, le conseil national de l'ordre l'assimile non sans raison à la pratique des produits d'appel par les magasins de hard discount.

En outre, certains médicaments figuraient parmi les produits ainsi mis en avant – ce qui, comme nous l'avons vu dans le précédent dossier, conduit à inciter à leur consommation abusive et méconnaît donc, au moins à cet égard, l'exigence de dignité.

Enfin, même s'il ne paraît pas, par lui-même, blâmable, le slogan utilisé renforce encore cette assimilation avec des procédés marketings inappropriés pour la profession.

Caractère proportionné de la sanction

Si vous nous suivez, il vous restera à vous demander si sanction d'interdiction d'exercer pour une durée de dix-huit mois, dont quinze mois avec sursis est ou non hors de proportion avec la gravité des faits. Nous aurions sans doute répondu par l'affirmative si avaient été seuls en cause les procédés publicitaires contestés, mais le choix de la sanction semble essentiellement en lien avec les menaces et tentatives d'intimidation dont l'intéressé s'est rendu coupable.

Dans ces conditions, et même si M. A... fait état de son exaspération contre ce qu'il perçoit comme une forme d'acharnement à son encontre, la sanction finalement infligée n'appelle aucune critique en cassation.

Avant de conclure, nous ajouterons que nous avons conscience des interrogations que pourraient susciter les solutions proposées, au regard des pratiques observées dans nombre d'officines. N'est-il pas trop tard pour faire respecter les exigences traditionnelles de façon uniforme sur tout le territoire national ?

Nous avons cependant la conviction que la circonstance que ces obligations sont trop souvent perdues de vue ne permet pas de les regarder comme désuètes. L'assimilation de la pharmacie à un commerce ordinaire n'est pas inéluctable et l'ordre dispose des instruments juridiques, au regard notamment de la marge d'appréciation étendue que reconnaît le droit de l'Union aux Etats membres, pour préserver l'identité de cette profession réglementée contre les pratiques conduisant à en donner une image mercantile et de nature à affecter la relation de confiance avec ces professionnels.

Et dans tous les cas, que vous nous suiviez ou non, vos décisions permettront de clarifier, autant que faire se peut, sa doctrine et d'harmoniser la jurisprudence des juridictions ordinaires sur ces questions délicates – c'est en tout cas l'espoir que nous nous permettons d'exprimer ici.

PCM :

466187 : Rejet du pourvoi de M. G...

471475 : Rejet du pourvoi de M. A...

Mise à la charge de M. A... de 3 000 euros à verser aux plaignants au titre de l'article L. 761-1 du CJA.