

CIV. 1

IK

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 14 décembre 2016

Rejet

Mme BATUT, président

Arrêt n° 1413 FS-P+B

Pourvoi n° K 15-21.597

et

Pourvoi n° K 15-24.610 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° K 15-21.597 formé par la société Starever, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1],

contre un arrêt rendu le 4 juin 2015 par la cour d'appel de Douai (chambre 2, section 2), dans le litige l'opposant :

1°/ au Syndicat national des dermatologues-vénérologues, dont le siège est [Adresse 4],

2°/ à la société Délicate & zen, dont le siège est [Adresse 2],

3°/ à la société Groupon France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 5],

4°/ au syndicat professionnel d'employeur - confédération nationale de l'esthétique parfumerie, dont le siège est [Adresse 3],

défendeurs à la cassation ;

Il - Statuant sur le pourvoi n° K 15-24.610 formé par la société Délicate & zen,

contre le même arrêt rendu, dans le litige l'opposant :

1°/ au Syndicat national des dermatologues-vénérologues,

2°/ à la société Starever ,

3°/ à la société Groupon France,

4°/ au syndicat professionnel d'employeur confédération nationale de l'esthétique parfumerie,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse au pourvoi n° K 15-21.597 invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° K 15-24.610 invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation, également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 15 novembre 2016, où étaient présents : Mme Batut, président, M. Truchot, conseiller rapporteur, Mme Kamara, conseiller doyen, M. Girardet, Mmes Wallon, Verdun, Ladant, Duval-Arnould, Teiller, M. Avel, conseillers, Mme Canas, M. Vitse, Mmes Barel, Le Gall, Kloda, Azar, conseillers référendaires, M. Sudre, avocat général, Mme Randouin, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Truchot, conseiller, les observations de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de la société Délicate & zen, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société Starever, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat du Syndicat national des dermatologues vénérologues, l'avis de M. Sudre, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 4 juin 2015), que le Syndicat national des dermatologues-vénérologues (le syndicat) a saisi le juge des référés aux fins de voir juger que les actes d'épilation à la lumière pulsée pratiqués par les sociétés Starever et Délicate & zen constituaient des actes d'exercice illégal de la médecine produisant un trouble manifestement illicite qu'il convenait, en application de l'article 809, 1er alinéa, du code de procédure civile, de faire cesser ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° 15-21.597 :

Attendu que la société Starever fait grief à l'arrêt de déclarer recevable la demande formée par le syndicat, alors, selon le moyen, qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnés dans leurs statuts ; que, s'ils ont le droit d'agir en justice, ils ne peuvent, devant toutes les juridictions, qu'exercer les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'en l'espèce, la société Starever faisait valoir que, selon l'arrêté du 22 septembre 2004, la profession de dermatologues-vénérologues ne

disposait d'aucune compétence particulière en matière d'épilation, en sorte que le syndicat n'avait pas qualité pour agir en cessation d'un prétendu trouble illicite résultant de la proposition, par une société exploitant une activité de soins de beauté, de prestations d'épilation par lumière pulsée ; que, pour déclarer l'action du syndicat recevable, la cour d'appel a considéré qu'il reprochait aux sociétés défenderesses « des pratiques susceptibles de relever d'une catégorie d'actes que la loi réserverait expressément aux médecins, et en particulier aux dermatologues, spécialisés en la matière » ; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la spécialité de dermatologue avait spécialement compétence, en vertu de l'arrêt du 22 septembre 2004, pour pratiquer des actes d'épilation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2131-1 et L. 2132-3 du code du travail, de l'arrêt du 22 septembre 2004, et des articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 31 du code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ;

Attendu qu'en vertu de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice et peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ;

Attendu qu'après avoir constaté que, selon ses statuts, le syndicat a pour objet la défense des intérêts professionnels, moraux et matériels de ses membres, que tout médecin exerçant en France la spécialisation de dermatologie-vénérologie et inscrit au tableau de l'ordre des médecins peut adhérer à ce syndicat et qu'en reprochant aux sociétés Starever et Délicate & zen des pratiques susceptibles de relever d'une catégorie d'actes que la loi réserverait aux médecins, le syndicat invoquait une atteinte aux intérêts professionnels de ses membres, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a déduit à bon droit que le syndicat justifiait d'un intérêt à agir ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° 15-24.610 :

Attendu que la société Délicate & zen fait grief à l'arrêt de lui faire interdiction, ainsi qu'à la société Starever, sous astreinte, de pratiquer des actes d'épilation à la lumière pulsée et de faire la publicité de tels actes, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge des référés ne peut enjoindre une partie à cesser son activité que si l'exercice de celle-ci constitue un trouble manifestement illicite ; que l'illicéité manifeste du trouble n'est pas caractérisée lorsqu'existe un conflit de normes, particulièrement entre le droit interne et le droit communautaire ; qu'en l'espèce, la société Délicate & zen avait invoqué la contrariété entre l'arrêt du 6 janvier 1962 et l'article 49 du TFUE relatif à la liberté d'établissement ; que, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que la société Délicate & zen « n'établit pas en quoi l'interdiction aux professionnels autres que les médecins, telle que prévue par l'arrêt ministériel litigieux, serait une entrave à la liberté d'établissement telle que définie par l'article 49 du traité » par la raison que la restriction critiquée se borne à interdire aux professionnels de l'esthétique la pratique de quelques actes, sans distinction selon la nationalité ; qu'en statuant de la sorte, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si la restriction n'était pas susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement garantie par le Traité, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'illicéité manifeste du trouble invoqué et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Délicate & zen avait soutenu que le principe de subsidiarité ne s'effaçant pas devant celui de proportionnalité, la CJCE contrôlait la proportionnalité de la mesure adoptée par l'Etat à l'intérêt de santé publique protégé ; qu'en affirmant que « la restriction critiquée (...) se borne à interdire quelques actes dans le cadre de la réglementation en matière de santé publique » sans répondre au chef de conclusions invoquant la nécessité d'une proportionnalité, la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que la contradiction de motifs équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a, d'une part, énoncé que l'Etat membre décide du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et le niveau de cette protection et, d'autre part, retenu que « peu importait l'absence ou non de danger pour la santé publique » pour induire que la violation de l'arrêté caractérisait un trouble manifestement illicite ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel s'est contredite et, partant, a encore violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que, selon ses statuts, les membres du syndicat doivent être des médecins exerçant la spécialisation de dermatologie-vénérologie en France, où la société Délicate & zen a son siège social, exerce son activité et a pratiqué les actes d'épilation litigieux, en violation, selon le syndicat, de l'arrêté du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins ; qu'il s'en déduit que l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'applique pas à ce litige, dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur du territoire national et ne se rattachent pas à l'une des situations envisagées par le droit de l'Union dans le domaine de la liberté d'établissement ; que, par ce motif de pur droit, substitué, dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux critiqués, la décision se trouve légalement justifiée ;

Sur le second moyen du pourvoi n° 15-21.597, pris en sa première branche :

Attendu que la société Starever fait grief à l'arrêt de lui faire interdiction, ainsi qu'à la société Délicate & zen, sous astreinte, de pratiquer des actes d'épilation à la lumière pulsée et de faire la publicité de tels actes, alors, selon le moyen, que le président du tribunal de grande instance ne peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent qu'afin de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que la seule méconnaissance d'une réglementation - à la supposer établie - n'est pas en elle-même constitutive d'un trouble manifestement illicite ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que « l'existence de cette violation de l'arrêté ministériel suffis[ait] à caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite » ; qu'en se prononçant ainsi, sans caractériser en quoi le syndicat se prévalait d'un trouble distinct de la prétendue méconnaissance d'une règle de droit, la cour d'appel a violé l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que constitue un trouble manifestement illicite la violation évidente d'une règle de droit résultant d'un fait matériel ou juridique, et considéré qu'il résulte de l'article 2, 5°, de l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962 que les épilations à la pince et à la cire sont les seuls modes d'épilation qui peuvent être pratiqués par d'autres professionnels que les médecins, la cour d'appel a pu retenir que la réalisation, par la société Starever, d'actes d'épilation à la lumière pulsée, en violation de la disposition susmentionnée, constituait un trouble manifestement illicite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le même moyen, pris en ses deux dernières branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne les sociétés Starever et Délicate & zen aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leurs demandes et les condamne à payer au Syndicat national des dermatologues-vénérologues la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience

publique du quatorze décembre deux mille seize.

#### MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi n° K 15-21.597, par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la société Starever

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR déclaré recevables les demandes formées par le Syndicat National des dermatologues-vénéréologues contre les sociétés Starever et Délicate & Zen, d'AVOIR, en conséquence, fait interdiction aux deux sociétés Starever et Délicate&Zen, de pratiquer des actes d'épilation à la lumière pulsée et de faire la publicité de tels actes, sous astreinte de 2.000 € par infraction constatée, et d'AVOIR condamné les sociétés Starever à payer au syndicat national des dermatologues-vénéréologues une somme de 3.000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur l'intérêt à agir du Syndicat : Selon l'article 31 du code de procédure civile l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. En application de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice et ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Mais, en vertu du « principe de spécialité », applicable aux seules personnes morales, un syndicat a son action limitée à son objet, déterminé par ses statuts, ce qui s'oppose à ce qu'il puisse agir pour la défense d'autres intérêts que ceux qu'il représente. Aussi, à condition de justifier d'un intérêt à agir, un syndicat, qu'il soit ou non représentatif, peut ester en justice, soit seul (à titre principal, en vertu d'un droit propre) soit parallèlement à une action engagée : pour la défense de ses biens et droits propres, pour la défense des intérêts professionnels individuels, pour la défense des intérêts collectifs de la profession, cela devant toutes les juridictions (civiles, répressives, administratives ou sociales). Ainsi les syndicats ont qualité pour agir, dès lors que le litige soulève une 'question de principe' susceptible d'avoir des répercussions pour l'ensemble des adhérents et de nature à porter 'un préjudice, même indirect, fût-il d'ordre moral, à l'intérêt collectif de la profession'. En l'espèce, les statuts (datés du 9 décembre 2011 et régulièrement déposés le 23 février 2012) du Syndicat demandeur prévoient qu'il a pour but 'd'assurer la défense des intérêts professionnels, moraux et matériels de ses membres', qu'il peut (notamment) mettre en oeuvre toutes actions pour la défense des intérêts professionnels, devant (...) les tribunaux. Peut faire partie de ce Syndicat, conformément à l'article VIII de ces statuts, tout médecin exerçant en France la spécialisation de dermatologie-vénéréologie (et inscrit au tableau de l'Ordre des médecins). Dès lors que le Syndicat reproche aux sociétés défenderesses (et intimées) que sont les sociétés Starever et D&Z des pratiques susceptibles de relever d'une catégorie d'actes que la loi réserverait expressément aux médecins, et en particulier aux dermatologues, spécialisés en la matière, il excipe d'une atteinte aux intérêts professionnels de ses membres, ce qui justifie son intérêt à agir. Les moyens et arguments exposés sur ce point par l'ensemble des intimés, tenant notamment à l'absence de concurrence déloyale, aux notions de clientèle et de patientèle - communes ou non -, à l'absence de compétence particulière des dermatologues en matière épilatoire ou même en médecine esthétique, au défaut de recours pénal diligenté par le Syndicat, sont à cet égard totalement inopérants ou inefficaces. L'ordonnance attaquée sera en conséquence réformée de ce chef » (cf. arrêt, p. 7 et 8) ;

ALORS QU'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnés dans leurs statuts ; que, s'ils ont le droit d'agir en justice, ils ne peuvent, devant toutes les juridictions, qu'exercer les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'en l'espèce, la société Starever faisait valoir que, selon l'arrêté du 22 septembre 2004, la profession de dermatologues-vénéréologues ne disposait d'aucune compétence particulière en matière d'épilation, en sorte que le SNDV n'avait pas qualité pour agir en cessation d'un prétendu trouble illicite résultant de la proposition, par une société exploitant une activité de soins de

beauté, de prestations d'épilation par lumière pulsée (concl., p. 10 et 11) ; que, pour déclarer l'action du SNDV recevable, la cour d'appel a considéré qu'il reprochait aux sociétés défenderesses « des pratiques susceptibles de relever d'une catégorie d'actes que la loi réserverait expressément aux médecins, et en particulier aux dermatologues, spécialisés en la matière » (arrêt, p. 7 dernier §) ; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée si la spécialité de dermatologue avait spécialement compétence, en vertu de l'arrêt du 22 septembre 2004, pour pratiquer des actes d'épilation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2131-1 et L. 2132-3 du code du travail, de l'arrêté du 22 septembre 2004, et des articles 31 et 32 du code de procédure civile.

## SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR fait interdiction aux deux sociétés Starever et Délicate&Zen, de pratiquer des actes d'épilation à la lumière pulsée et de faire la publicité de tels actes, sous astreinte de 2.000 € par infraction constatée, et d'AVOIR condamné les sociétés Starever à payer au syndicat national des dermatologues-vénéréologues une somme de 3.000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur le trouble manifestement illicite reproché aux sociétés Starever et Delicate & zen. En l'espèce, le Syndicat fait grief aux deux sociétés défenderesses, exploitant des cabinets de soins esthétiques, de pratiquer l'épilation à la lumière pulsée intense en soutenant qu'il s'agit d'actes médicaux, interdits aux personnes non titulaires du diplôme de médecine, et ainsi d'un exercice illégal de la médecine et comme tel constitutif d'un trouble manifestement illicite. D&Z et le SPECNEP font essentiellement valoir que la cour d'appel, statuant en référé, ne pourrait enjoindre à la première de cesser cette activité que si un trouble manifestement illicite était caractérisé, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, la réglementation n'étant pas aussi 'limpide' que prétendu par le Syndicat demandeur et aucun danger n'existant pour la santé publique. Ils prétendent notamment que l'encadrement général des actes esthétiques résulte de l'article 16,I, de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, qui prévoit que peuvent être pratiqués par les esthéticiens 'les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux et les modelages esthétiques de confort sans finalité médicale (...)'; qu'exception faite de cette technique du modelage il n'y a pas de liste législative ou réglementaire des actes de soins esthétiques non médicaux ; que la jurisprudence s'est fondée sur la finalité de l'acte pour déterminer ce qui relève de cette catégorie ; que l'arrêt fondateur de la Cour de cassation de 1963 a été confirmé notamment en 2000 ; que peu important les appareils ou la technique employée, si l'usage ne peut être assimilé à une thérapeutique médicale, il n'y a pas d'exercice illégal de la médecine, mais réalisation d'un acte esthétique ; que par une aberration réglementaire la seule activité non invasive à visée esthétique qui serait limitée pour les esthéticiennes serait l'épilation ; que contre l'évidence et le bon sens l'épilation serait par principe, en application de cet arrêté, du domaine médical. Starever quant à elle reconnaît que 'le trouble de l'article 809 du code de procédure civile peut être le résultat de la méconnaissance d'un droit ou d'un titre, qu'il peut être constitué par un acte ou une abstention contraire à l'ordre juridique ; que l'illicéité est caractérisée par la méconnaissance d'une norme juridique obligatoire ; que l'évidence de l'illicéité justifie l'intervention du juge des référés'. Mais elle soutient - notamment - que toutefois, en l'espèce, on ne voit pas en quoi le recours à un procédé de dépilation, d'un usage totalement banalisé dans les centres d'esthétique, pratiqué par des professionnels, ayant suivi des stages de formation et couverts par une assurance responsabilité civile, constituerait un 'trouble manifestement illicite' ; que le préjudice invoqué par le Syndicat aurait dû le conduire à saisir le parquet pour exercice illégal de la médecine ; qu'il n'y a pas en l'espèce d'actes de concurrence déloyale illicite ; que le débat est clairement recentré et qu'il ne s'agit pas de voir appliquer les dispositions désuètes de l'arrêté du 6 janvier 1962, mais d'appliquer les dispositions légales issues de la loi Hôpital santé territoire du 29 juillet 2009 codifiée aux articles L. 1151-2 et L. 1151-3 du code de la santé publique ; que l'activité de photo-dépilation ou d'épilation à lumière pulsée ne relève pas de l'acte médical, mais de l'acte à visée purement esthétique. Groupon France, à titre subsidiaire, fait - notamment - valoir que la réglementation relative aux actes esthétiques a considérablement évolué depuis l'arrêté de 1962 dont la licéité est aujourd'hui remise en cause ; que le monopole conféré aux médecins par cet arrêté sur les prestations d'épilation hors épilation manuelle ou à la cire fait l'objet depuis des années de nombreuses critiques et de projets de réforme ; que des pistes exploitées par un groupe de travail (incluant des dermatologues) en 2008/2009 visaient à s'aligner sur la réglementation applicable dans certains pays européens ; que l'arrêté de 1962 n'a cependant pas été modifié malgré l'introduction de la notion 'd'acte à visée esthétique' par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital ; que depuis l'introduction de cette notion aucun texte réglementaire n'est à ce jour venu encadrer les activités de dépilation à la lumière pulsée ; que l'application de l'arrêté de 1962 est incompatible avec cette loi de

2009 qui prévoit la possibilité de restrictions par décret et non par arrêté ; que le développement de la dépilation à la lumière pulsée est tel ces dernières années en France et en Europe qu'il suffit à démontrer que cette technique ne présente aucun danger du point de vue de la santé publique ; qu'en outre l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé considère que les appareils à lumière pulsée ne sont pas des dispositifs médicaux dès lors qu'ils ne sont pas destinés au traitement de pathologies ; que la réglementation issue de l'arrêté de 1962, dont la licéité et l'applicabilité sont contestables, est donc parfaitement obsolète ; qu'en outre elle méconnaît le principe de la liberté d'établissement reconnu par le droit de l'Union européenne ; que, face au lobbying de l'Ordre des médecins et de différentes associations de professionnels de la santé, une plainte a été récemment déposée (le 27 mars 2014) auprès de la Commission européenne par une société française qui exploite un réseau de centres esthétiques et par quatre associations professionnelles ; que le Syndicat fait une lecture partielle et partielle de l'avis de la Commission de sécurité des consommateurs du 3 juillet 2014, qui a recommandé de 'mettre fin à l'incohérence consistant à tolérer de fait l'usage par des professionnels non médecins d'appareils d'épilation à la lumière pulsée alors que cette pratique est interdite par la loi, et d'élaborer une réglementation en vue de définir quel type d'appareil le public peut utiliser et dans quelles conditions'. Selon l'article 809 du code de procédure civile le président du tribunal de grande instance peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Constitue un tel trouble la violation évidente d'une règle de droit, résultant d'un fait matériel ou juridique, le juge des référés pouvant alors mettre fin à un tel trouble en cours de réalisation. L'arrêté du ministre chargé de la santé, en date du 6 janvier 1962, 'fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins', stipule (dans sa dernière rédaction applicable depuis le 15 avril 2007), en son article 2, que :

« ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L. 372 (1°) du code de la santé publique, les actes médicaux suivants :

1° (...)

5° tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire.

(...).'

Cet arrêté n'a pas été abrogé et reste en vigueur. Tel que rédigé, ce texte n'autorise donc aux professionnels autres que les médecins que ces deux modes d'épilation, la pince et la cire. Ainsi, le débat instauré par les sociétés d'esthétique sur la qualification des actes pratiqués par elles, en raison de leur finalité et au regard des articles du code de la santé publique ou de la jurisprudence qu'elles invoquent, est inutile dès lors qu'en application de cet arrêté, sans ambiguïté ni réserve ou distinction, n'échappent à l'exclusivité accordée aux médecins que les 'épilations à la pince ou à la cire'. L'article 16, I, de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (invoqué par D&Z), qui dispose que peuvent être pratiqués par des esthéticiennes 'les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux', va dans le même sens que cet arrêté de 1962 et c'est donc de manière totalement inopérante que cette société D&Z fait état de l'absence de liste législative ou réglementaire des 'actes de soins esthétiques non médicaux', autres que le modelage, ainsi que de leur définition jurisprudentielle, pour en déduire que lorsque l'acte a une finalité esthétique il peut être réalisé par des esthéticiennes et qu'alors il n'y a pas d'exercice illégal de la médecine. C'est tout autant de manière inopérante que les parties intimées font état de la loi 'Hôpital, patients, santé, territoire' (HPST), dont sont issus les articles L. 1151-2 et 3 du code de la santé publique, relatifs aux 'actes et méthodes à visée esthétique'. En effet, si l'article L. 1151-2 du code de la santé publique issu de cette loi dispose que 'la pratique des actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique autres que ceux relevant de l'article L.6322-1 [c'est-à-dire les actes de chirurgie esthétique] peut, si elle présente des risques sérieux pour la santé des personnes, être soumise à des règles, définies par décret, relatives à la formation et la qualification des professionnels pouvant les mettre en oeuvre, à la déclaration des activités exercées et à des conditions techniques de réalisation. Elle peut également être soumise à des règles de bonnes pratiques de sécurité fixées par arrêté du ministre chargé de la santé', force est de constater que cette loi n'a pas, même implicitement, abrogé l'arrêté susvisé et qu'elle n'a donné lieu à aucun texte d'application ayant expressément autorisé des professionnels autres que les médecins à réaliser les actes cités par l'article 2, 5°, de l'arrêté du 6 janvier 1962. Si D&Z 's'interroge sur la licéité' de cette disposition ministérielle, elle

se borne à inviter la cour à se référer à 'la doctrine de l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé', pour en conclure que, par application de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'une part, il convient de distinguer selon que l'acte pratiqué a un but thérapeutique ou esthétique, d'autre part, en conséquence, 'l'acte d'épilation ne devrait pas être un acte médical'. Cependant, il doit être observé que le premier arrêt invoqué par cette société a été rendu par la chambre criminelle le 30 avril 1963 - pour des faits antérieurs à l'arrêt du 6 janvier 1962 -, et que le second (du 18 janvier 2000) concerne des actes de drainage. Et il importe de rappeler que l'arrêté ministériel applicable ne distingue pas selon le but recherché pour déterminer les actes réservés - ou non - aux médecins. Est invoquée ensuite par les intimées une violation de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux motifs qu'il interdit toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les citoyens de l'Union européenne, de la liberté d'établissement garantie par le traité ; que l'usage de la lumière pulsée par les esthéticien(ne)s est autorisé partout en Europe, sauf en France ; que le principe de primauté impose l'applicabilité du droit européen et rend illicite le texte français. Ce texte prévoit que, 'dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.' Cependant, après avoir rappelé au préalable que le juge civil peut écarter les actes administratifs qui seraient contraires aux normes européennes, il convient de retenir que D&Z n'établit pas en quoi l'interdiction aux professionnels autres que les médecins, telle que prévue par l'arrêté ministériel litigieux, serait une entrave à la liberté d'établissement telle que définie par l'article 49 du traité ; que dans le cadre de l'Union européenne la politique de santé est une compétence nationale, le cas échéant complétée par l'action de l'Union en application de l'article 152 du même traité ; que selon ce même texte (point 59), en matière de santé publique, l'État dispose d'une plus grande marge d'appréciation (l'État membre pouvant décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint) ; que la restriction critiquée ne porte pas atteinte à la liberté d'établissement des professionnels de l'esthétique, mais se borne à leur interdire la pratique de quelques actes, dans le cadre de la réglementation en matière de santé publique, sans distinction selon la nationalité. Enfin, l'existence de cette violation de l'arrêté ministériel suffisant à caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite, peu important l'absence ou non de danger pour la santé publique, les moyens et arguments invoqués en défense sur ce point - comme sur l'existence ou non d'une concurrence déloyale - sont totalement inopérants. En conséquence, il convient de dire caractérisé le trouble manifestement illicite invoqué par le Syndicat en application de l'article 809 du code de procédure civile » (cf. arrêt, p. 8 à 11) ;

ALORS en premier lieu QUE le président du tribunal de grande instance ne peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent qu'afin de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que la seule méconnaissance d'une réglementation - à la supposer établie - n'est pas en elle-même constitutive d'un trouble manifestement illicite ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que « l'existence de cette violation de l'arrêté ministériel suffis[ait] à caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite » (arrêt, p. 11 § 6) ; qu'en se prononçant ainsi, sans caractériser en quoi le SNDV se prévalait d'un trouble distinct de la prétendue méconnaissance d'une règle de droit, la cour d'appel a violé l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile ;

ALORS en deuxième lieu QUE le président du tribunal de grande instance ne peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent qu'afin de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que l'illicéité du trouble n'est pas caractérisée lorsqu'elle procède de la méconnaissance d'un texte dont la portée a été modifiée par un texte ultérieur ; qu'en l'espèce, la société Starever faisait valoir que la loi dite HPST du 21 juillet 2009 avait instauré des règles encadrant la pratique d'actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique, et notamment un article L. 1151-2 du code de la santé publique prévoyant un encadrement spécifique pour les actes présentant un risque pour la santé, ainsi qu'un article L. 1151-3 prévoyant une interdiction des actes dangereux pour la santé (cf. concl., p. 21) ; qu'elle soutenait que, depuis l'entrée en vigueur de ces textes, la photo-dépilation relevait de la catégorie des actes à visée esthétique, et que seul un décret pouvait encadrer ou interdire un tel acte (concl., p. 21 in fine et p. 22), d'où il résultait que l'arrêt du 6 janvier 1962, réservant aux médecins la pratique des modes d'épilation autres qu'à la cire ou à la pince, au titre des actes médicaux, ne pouvait plus concerner les modes

d'épilation qualifiés de simples actes à visée esthétique ; qu'en se bornant à énoncer que l'arrêté du 6 janvier 1962 était toujours en vigueur (arrêt, p. 10 § 3) et que la loi HPST n'avait pas abrogé même implicitement ce texte (arrêt, p. 10 § 8), sans rechercher, comme elle y était invitée, si les articles L. 1151-2 et L. 1151-3 du code de la santé publique, tels qu'issus de la loi du 21 juillet 2009, n'avaient pas instauré une catégorie d'actes à visée purement esthétique distincte de celle d'actes médicaux, et s'il en résultait que l'arrêté du 6 janvier 1962, relatif aux seuls actes médicaux, ne pouvait concerner les modes d'épilation relevant de la catégorie des actes à visée esthétique, la cour d'appel a privé de base légale au regard de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile ;

ALORS en troisième lieu QUE le président du tribunal de grande instance ne peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent qu'afin de prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que l'illicéité du trouble n'est pas caractérisée lorsqu'elle procède de la méconnaissance d'un texte incompatible avec le droit communautaire ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que la restriction résultant de l'arrêté du 6 janvier 1962, à savoir une prétendue interdiction pour les centres de soins esthétiques de proposer des modes d'épilation autres qu'à la cire ou à la pince, ne portait pas atteinte à la liberté d'établissement des professionnels de l'esthétique, mais se bornait à leur interdire la pratique de quelques actes, dans le cadre de la réglementation en matière de santé publique (arrêt, p. 11 § 5) ; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 22 à 25), si les matériels utilisés par la société Starever, qui n'étaient pas des dispositifs médicaux, et dont la puissance était strictement limitée pour éviter tout risque pour les clients, étaient mis en oeuvre par des personnels qualifiés, ayant reçu une formation spécifique, et sans préciser dès lors en quoi la restriction issue de l'arrêté du 6 janvier 1962 était justifiée par un impératif de santé publique requérant que seuls les médecins soient autorisés à pratiquer un tel mode d'épilation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile. Moyen produit, au pourvoi n° K 15-24.610, par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils pour la société Délicate & zen

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR fait interdiction aux deux sociétés Starever et Delicate & Zen de pratiquer des actes d'épilation à la lumière pulsée et de faire la publicité de tels actes, sous astreinte de 2000 euros par infraction constatée ;

AUX MOTIFS QUE selon l'article 809 du code de procédure civile le président du tribunal de grande instance peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que constitue un tel trouble la violation évidente d'une règle de droit, résultant d'un fait matériel ou juridique, le juge des référés pouvant alors mettre fin à un tel trouble en cours de réalisation ; que l'arrêté du ministre chargé de la santé, en date du 6 janvier 1962, « fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyses médicales non médecins », stipule (dans sa dernière rédaction applicable depuis le 15 avril 2007), en son article 2, que : « ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L. 372 (1°) du code de la santé publique, les actes médicaux suivants : 1° (...) 5° tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire ; (...) ; que cet arrêté n'a pas été abrogé et reste en vigueur ; que tel que rédigé, ce texte n'autorise donc aux professionnels autres que les médecins que ces deux modes d'épilation, la pince et la cire ; qu'ainsi, le débat instauré par les sociétés d'esthétique sur la qualification des actes pratiqués par elles, en raison de leur finalité et au regard des articles du code de la santé publique ou de la jurisprudence qu'elles invoquent, est inutile dès lors qu'en application de cet arrêté, sans ambiguïté ni réserve ou distinction, n'échappent à l'exclusivité accordée aux médecins que les « épilations à la pince ou à la cire » ; que l'article 16, I, de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (invoqué par D&Z), qui dispose que peuvent être pratiqués par des esthéticiennes « les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux », va dans le même sens que cet arrêté de 1962 et c'est donc de manière totalement inopérante que cette société D&Z fait état de l'absence de liste législative ou réglementaire des « actes de soins esthétiques non médicaux », autres que le modelage, ainsi que de leur définition jurisprudentielle, pour en déduire que lorsque l'acte a une finalité esthétique, il peut être réalisé par des esthéticiennes et qu'alors il n'y a pas d'exercice illégal de la médecine ; que c'est tout autant de manière inopérante que les parties intimées font état de la loi « Hôpital, patients, santé, territoire » (HPST), dont sont issus les articles L. 1151-2 et 3 du code de la santé publique, relatifs aux « actes et méthodes à visée esthétique » ; qu'en effet, si l'article L. 1151-2 du code de la santé publique issu de cette loi dispose que « la pratique des actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique autres que ceux

relevant de l'article L. 6322-1 [c'est-à-dire les actes de chirurgie esthétique] peut, si elle présente des risques sérieux pour la santé des personnes, être soumise à des règles, définies par décret, relatives à la formation et la qualification des professionnels pouvant les mettre en oeuvre, à la déclaration des activités exercées et à des conditions techniques de réalisation ; qu'elle peut également être soumise à des règles de bonnes pratiques de sécurité fixées par arrêté du ministre chargé de la santé », que force est de constater que cette loi n'a pas, même implicitement, abrogé l'arrêté susvisé et qu'elle n'a donné lieu à aucun texte d'application ayant expressément autorisé des professionnels autres que les médecins à réaliser les actes cités par l'article 2, 5°, de l'arrêté du 6 janvier 1962; que si D&Z « s'interroge sur la licéité » de cette disposition ministérielle, elle se borne à inviter la cour à se référer à « la doctrine de l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé », pour en conclure que, par application de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'une part, il convient de distinguer selon que l'acte pratiqué a un but thérapeutique ou esthétique, d'autre part, en conséquence, « l'acte d'épilation ne devrait pas être un acte médical » ; que cependant, il doit être observé que le premier arrêt invoqué par cette société a été rendu par la chambre criminelle le 30 avril 1963 - pour des faits antérieurs à l'arrêté du 6 janvier 1962 -, et que le second (du 18 janvier 2000) concerne des actes de drainage ; qu'il importe de rappeler que l'arrêté ministériel applicable ne distingue pas selon le but recherché pour déterminer les actes réservés - ou non - aux médecins ; qu'est invoquée ensuite par les intimées une violation de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux motifs qu'il interdit toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les citoyens de l'Union européenne, de la liberté d'établissement garantie par le traité ; que l'usage de la lumière pulsée par les esthéticien(ne)s est autorisé partout en Europe, sauf en France ; que le principe de primauté impose l'applicabilité du droit européen et rend illicite le texte français ; que ce texte prévoit que, « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites ; que cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ; que la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux » ; que cependant, après avoir rappelé au préalable que le juge civil peut écarter les actes administratifs qui seraient contraires aux normes européennes, il convient de retenir que D&Z n'établit pas en quoi l'interdiction aux professionnels autres que les médecins, telle que prévue par l'arrêté ministériel litigieux, serait une entrave à la liberté d'établissement telle que définie par l'article 49 du traité ; que dans le cadre de l'Union européenne la politique de santé est une compétence nationale, le cas échéant complétée par l'action de l'Union en application de l'article 152 du même traité ; que selon ce même texte (point 59), en matière de santé publique, l'Etat dispose d'une plus grande marge d'appréciation (l'État membre pouvant décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint) ; que la restriction critiquée ne porte pas atteinte à la liberté d'établissement des professionnels de l'esthétique mais se borne à leur interdire la pratique de quelques actes, dans le cadre de la réglementation en matière de santé publique, sans distinction selon la nationalité ; qu'enfin, l'existence de cette violation de l'arrêté ministériel suffisant à caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite, peu important l'absence ou non de danger pour la santé publique, les moyens et arguments invoqués en défense sur ce point - comme sur l'existence ou non d'une concurrence déloyale - sont totalement inopérants ; qu'en conséquence, il convient de dire caractérisé le trouble manifestement illicite invoqué par le Syndicat en application de l'article 809 du code de procédure civile ;

1°) ALORS QUE le juge des référés ne peut enjoindre une partie à cesser son activité que si l'exercice de celle-ci constitue un trouble manifestement illicite ; que l'illicéité manifeste du trouble n'est pas caractérisée lorsqu'existe un conflit de normes, particulièrement entre le droit interne et le droit communautaire ; qu'en l'espèce, la société Delicate & Zen avait invoqué la contrariété entre l'arrêté du 6 janvier 1962 et l'article 49 du TFUE relatif à la liberté d'établissement (conclusions d'appel p. 13) ; que, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que la société D&Z « n'établit pas en quoi l'interdiction aux professionnels autres que les médecins, telle que prévue par l'arrêté ministériel litigieux, serait une entrave à la liberté d'établissement telle que définie par l'article 49 du traité » par la raison que la restriction critiquée se borne à interdire aux professionnels de l'esthétique la pratique de quelques actes, sans distinction selon la nationalité ; qu'en statuant de la sorte, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si la restriction n'était pas susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement garantie par le Traité, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'illicéité manifeste du trouble invoqué et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 809 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE la société Delicate & Zen avait soutenu que le principe de subsidiarité ne s'effaçant pas devant celui de proportionnalité, la CJCE contrôlait la proportionnalité de la mesure adoptée par l'Etat à l'intérêt de santé publique protégé (conclusions p. 14) ; qu'en affirmant que « la restriction critiquée ( ) se borne à interdire quelques actes dans le cadre de la réglementation en matière de santé publique » sans répondre au chef de conclusions invoquant la nécessité d'une proportionnalité, la cour d'appel a, en toute hypothèse, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QU'ENFIN, la contradiction de motifs équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a d'une part, énoncé que l'Etat membre décide du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et le niveau de cette protection et, d'autre part, retenu que « peu importait l'absence ou non de danger pour la santé publique » pour induire que la violation de l'arrêté caractérisait un trouble manifestement illicite ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel s'est contredite et, partant, a encore violé l'article 455 du code de procédure civile.