

Texte de la décision

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

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 21 octobre 2011 et 15 février 2013), que la société coopérative Giphar (la société), exerçant sous l'enseigne Sogiphar, et l'association Mouvement national des pharmaciens Giphar (l'association) ont engagé, en décembre 2008, une campagne de communication dans plusieurs médias, ayant pour thème « mon conseil santé Giphar » et véhiculant l'idée que les pharmaciens membres du groupement étaient à même de délivrer un conseil personnalisé pour la santé des patients, que le Conseil national de l'ordre des pharmaciens (CNOP) a recherché leur responsabilité ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société et l'association font grief à l'arrêt de dire qu'ils ont commis une faute en menant des campagnes publicitaires prohibées, de les condamner à verser au CNOP des dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral et d'autoriser le CNOP, à titre de réparation, à faire procéder à la publication du dispositif de la présente décision dans le journal Le Monde et dans le Quotidien du Pharmacien, les frais de cette publication étant supportés par la société et l'association, in solidum, dans la limite de 6 000 euros HT par publication ;

Attendu que, le Conseil constitutionnel ayant, par sa décision 2013-364 QPC du 31 janvier 2014, déclaré conforme à la Constitution l'article L. 5125-31 du code de la santé publique et le 5° de son article L. 5125-32, le moyen est inopérant ;

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

Attendu que les griefs, qui manquent en fait, ne permettent pas l'admission du pourvoi ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société et l'association font grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à question préjudicielle devant le Conseil d'Etat sur la légalité de l'article R. 5125-29 du code de la santé publique, alors, selon le moyen, que le juge judiciaire doit surseoir à statuer et poser une question préjudicielle lorsqu'une difficulté sérieuse relative à la légalité d'un acte administratif lui est posée ; qu'en jugeant qu'il n'y avait pas lieu à question préjudicielle, quand l'illégalité de l'article R. 5125-29 suscitait une difficulté sérieuse qui échappait à la compétence de la juridiction judiciaire, dès lors que les missions dévolues aux pharmaciens par l'article 38 de la loi HPST n° 2009-879 du 21 juillet 2009 impliquent qu'ils puissent communiquer auprès du public et non pas seulement auprès de leur patientèle, communication qui ne peut être mise en oeuvre que par des groupements de pharmacies, la cour d'appel a violé l'article 49 du code de procédure civile, ensemble la loi des 16-24 août 1790 ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 38 de la loi du 21 juillet 2009 avait confié aux pharmaciens d'officine de nouvelles missions, notamment en termes d'éducation thérapeutique et d'actions d'accompagnement des patients, ainsi que de conseils et de prestations destinés à favoriser l'amélioration ou le maintien de l'état de santé des personnes et exactement retenu que ces dispositions n'étaient pas en contradiction avec l'interdiction faite aux groupements, par l'article litigieux, de toute publicité auprès du public, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la question était dépourvue de caractère sérieux, de sorte qu'il n'y avait pas lieu à renvoi préjudiciel relativement à la légalité de ce texte ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que la société et l'association font grief à l'arrêt de rejeter le moyen de non-conformité de l'article R. 5125-29 du code de la santé publique aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, alors, selon le moyen, que la publicité, qui constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts, est un moyen d'expression ; que si l'exercice de cette liberté peut faire l'objet de restrictions ou de

limitations, notamment pour tenir compte des particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée, elle ne peut faire l'objet d'une interdiction totale et générale ; qu'en décidant que l'interdiction de toute publicité en faveur des groupements ou réseaux d'officine était justifiée par un objectif de santé publique, celui de conserver une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national, quand l'interdiction totale et générale de ce moyen d'expression n'est ni nécessaire ni proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'interdiction de toute publicité auprès du public, faite aux groupements ou réseaux d'officine, était justifiée par un objectif de protection de la santé publique, celui de conserver 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, la cour d'appel en a exactement déduit, dès lors que les articles R. 5125-26 et R. 5125-28 du code de la santé publique autorisent certaines formes de publicité par les officines prises individuellement et que les groupements mentionnés à l'article D. 5125-24-1 peuvent communiquer, dans les conditions prévues à l'article D. 5125-24-2, au bénéfice exclusif de leurs adhérents, sur des thèmes de santé publique, que cette interdiction apportait, à la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, une atteinte nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société coopérative Giphar exerçant sous l enseigne Sogiphar, et l'association Mouvement national des pharmaciens Giphar aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre juin deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils, pour la coopérative Giphar et l'association Mouvement national des pharmaciens Giphar.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement notamment en ce qu'il a considéré que la société anonyme coopérative GIPHAR et l'association mouvement national des pharmaciens GIPHAR avaient commis une faute en menant des campagnes publicitaires prohibées et en ce qu'il les a condamnées à verser au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens des dommages en réparation de son préjudice moral, sauf à en porter le montant à la somme de 30.000 €, et d'avoir autorisé le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, à titre de réparation, à faire procéder à la publication du dispositif de la présente décision dans le journal le Monde et dans le Quotidien du Pharmacien, et dit que les frais de cette publication seraient supportés par la société SOGIPHAR et l'association GIPHAR, in solidum, dans la limite de 6.000 € HT par publication ;

Aux motifs propres que « la notion de publicité est précisée par la directive européenne 2006/114/CE comme étant toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services ; que la CJUE a adopté une interprétation extensive de la notion de publicité dans le domaine de la santé, cette conception large étant justifiée par l'objectif essentiel de sauvegarde de la santé publique ; qu'elle a ainsi admis que des publications ou des diffusions qui ne comprennent que des informations objectives puissent être considérées comme de la publicité dès lors que le message vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments ; qu'en l'espèce, la société anonyme coopérative GIPHAR a

mené au profit de ses membres et de l'Association Mouvement National des pharmaciens GIPHAR, en 2008 et 2009, puis en 2010, 2011 et 2012, diverses campagnes en direction du public et en direction des officines de pharmacie ; que le tribunal a constaté que les fiches pratiques présentées sur internet et remises par les officines à leur clientèle se bornant à l'informer sur un certain nombre d'affections, avec la seule mention de la société GIPHAR, ne constituaient pas des messages publicitaires mais des messages d'information, ce qui n'est pas discuté en appel ; que le tribunal a également considéré qu'il n'était pas établi que le groupement GIPHAR aurait contrevenu aux dispositions de l'article R.5125-28 en ayant recours à des moyens de fidélisation de la clientèle ; qu'il a en effet retenu, d'une part que les cartes routières remises par les pharmaciens à leurs clients étaient d'une valeur tout à fait négligeable, d'autre part qu'il n'était pas établi par le CNOP que la clientèle aurait reçu des cartes routières comportant la localisation des pharmacies du réseau ou que les trousseaux de premier secours auraient été remis gratuitement aux clients et non mises en vente ; que la cour constate que le CNOP n'apporte aux débats en appel aucun élément permettant de modifier cette appréciation ; que, par contre, il apparaît que le groupement GIPHAR a, au cours de ses campagnes, par spots radio-diffusés présentés par l'acteur Richard X..., par messages publiés dans des journaux, et au travers de son site internet auquel il était renvoyé, invité l'auditeur ou le lecteur à s'adresser aux pharmacies GIPHAR pour faire face aux « maux de l'hiver » puis aux « maux de l'été » afin de bénéficier d'un conseil personnalisé ; que les messages ainsi envoyés au consommateur étaient notamment, ainsi que l'a relevé le tribunal : « avec mon Conseil Santé Giphar, j'ai un traitement personnalisé pour ma santé au quotidien et en plus le conseil d'un professionnel ; pour en savoir plus, allez sur pharmaciengiphar.com ; que c'est à juste titre que le tribunal a retenu que ces messages constituaient des messages publicitaires échappant aux modalités autorisées par les articles L.5125-31 et R5125-26 et suivants du code de la santé publique, s'agissant de campagnes ayant pour objectif de vanter auprès du public les mérites du groupement et de ses membres afin d'attirer la clientèle vers des pharmaciens présentés comme délivrant « le conseil d'un professionnel » ; qu'il convient d'ajouter que constituent également des actions publicitaires prohibées au sens de l'article R.5125-29, celles menées par le groupement GIPHAR sur internet afin d'inciter les pharmaciens à rejoindre son réseau en mettant en avant le bénéfice des campagnes de communication grand public qu'il avait menées et la progression du chiffre d'affaires ; qu'en lançant ces campagnes à caractère et à visée publicitaire en direction du public et en direction des officines en violation délibérée des dispositions du code de la santé publique et plus spécialement de l'article R5125-29 du code de la santé publique, la société anonyme coopérative GIPHAR et l'association mouvement national des pharmaciens GIPHAR ont commis une faute qui justifie leur condamnation à réparer les différents préjudices qui en résultent pour l'ensemble de la profession que le CNOP représente ; que la publication du dispositif de l'arrêt dans le journal Le Monde et dans le Quotidien du Pharmacien est de nature à assurer une réparation efficace, en ce qu'elle permet la diffusion de l'information tenant à l'illicéité des campagnes publicitaires auprès du public et des professionnels ; qu'il sera fait droit à cette demande à titre de modalité de réparation ; qu'il est indéniable que l'ensemble de la profession de pharmacien a souffert un préjudice moral, compte tenu des modalités de la publicité qui mettaient en doute le conseil donné par les pharmaciens à leurs clients, par opposition avec « le conseil professionnel » assuré par le pharmacien GIPHAR, et compte tenu de l'ampleur donnée à ces campagnes successives, préjudice que la cour évalue à la somme de 30.000 € ; que le CNOP sollicite une somme de 30.000 € au titre de son préjudice matériel, arguant de la nécessité pour lui d'intervenir auprès du public, éventuellement au moyen d'une campagne d'information, pour réaffirmer la compétence et la qualité du conseil des pharmaciens ; mais que la cour note que le CNOP n'est pas en mesure de justifier de la mise en oeuvre de quelque démarche que ce soit en ce sens en direction du public depuis l'engagement de la procédure en 2009, alors même qu'il a reçu, au titre de l'exécution provisoire, la somme de 30.000 € accordée par le tribunal ; que dès lors, le préjudice allégué n'apparaît que futur et éventuel et qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en dommages et intérêts de ce chef ; que les frais engagés pour aboutir à la présente décision seront indemnisés dans le cadre de l'application de l'article 700 du code de procédure civile ; qu'en application de l'article 1153-1 du code civil, les dommages et intérêts alloués au titre du préjudice moral ne portent intérêts au taux légal qu'à compter de la décision de la cour ; »

Et aux motifs réputés adoptés que « si la loi HPST a enrichi le rôle des pharmaciens d'officine, notamment dans le dépistage des maladies chroniques, elle n'a pas élargi les modalités dans lesquelles il est possible pour une officine de pharmacie de faire de la publicité ; que l'article L.5125-31 du code de la santé publique n'autorise la publicité que dans les conditions prévues par voie réglementaires ; qu'ainsi, l'article R.5125-6 du code de la santé publique n'autorise que certaines formes de publicité ; qu'en cas de création, de transfert ou de changement de titulaire d'une officine, un communiqué dans la presse écrite est autorisé, d'une dimension ne pouvant excéder 100 cm², après communication au conseil régional de l'ordre des pharmaciens, avec des mentions strictement définies (nom du pharmacien, titres universitaires, hospitaliers et scientifiques, nom du prédécesseur, adresse de l'officine et le cas échéant, activités liées au commerce des marchandises figurant sur la liste des produits que peuvent commercialiser les pharmaciens) ; qu'en

outre, le pharmacien peut remettre gratuitement des brochures d'éducation sanitaire dans son officine qui ne pourront comporter aucune publicité en faveur de l'officine hormis le nom et l'adresse du pharmacien ; qu'il peut également donner à ses clients des objets ou produits d'une valeur négligeable ; le Conseil d'Etat, dans sa décision du 12 juin 1998, a rejeté le recours formé contre le décret, qui avait introduit ces dispositions et était attaqué notamment par l'association GIPHAR ; que par ailleurs, l'article R.5125-29 du code de la santé publique interdit à un groupement ou un réseau constitué entre pharmacies de faire de la publicité en faveur des officines qui la constituent ; qu'aucune publicité ne peut davantage être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines ; qu'en l'espèce, il ressort de l'examen des campagnes effectuées en direction du public par la société coopérative GIPHAR pour le compte des membres de l'association, que les messages diffusés en grand nombre, à grands frais, sur un nombre important de radios nationales et locales, ainsi que dans différents journaux, avec le concours de l'acteur Richard X..., constituent autant de publicités en faveur des pharmaciens du groupement GIPHAR vers lequel l'auditeur ou le lecteur est incité à se diriger pour un conseil santé personnalisé de qualité (« avec mon conseil santé GIPHAR, j'ai un traitement personnalisé pour ma santé au quotidien et en plus le conseil d'un professionnel » ou « moi, dès les premiers symptômes, je vais chez mon pharmacien GIPHAR » ou « heureusement, j'ai mon pharmacien GIPHAR. Quand j'y vais, j'en ressors avec mon conseil santé GIPHAR ») ; que ces messages échappent aux modalités autorisées précitées de publicité et mettent les défenderesses en infraction aux dispositions réglementaires ; qu'en revanche, les fiches pratiques se bornant à informer la patientèle sur un certain nombre d'affectations, avec la seule mention de la société GIPHAR, apparaissent incompatibles avec les orientations de la HPST et exemptes de caractère publicitaire ; qu'il n'est par ailleurs pas établi que les défenderesses aient contrevenu à l'interdiction de solliciter des commandes du public ou d'avoir eu recours à des moyens de fidélisation de la clientèle, le CNOP ne démontrant pas que des cartes routières signalisant les pharmacies GIPHAR aient effectivement été remises à la patientèle ; que de simples cartes routières avec la seule mention GIPHAR constituent en revanche les objets ou produits autorisés, de valeur négligeable ; que les trousseaux de premier secours n'apparaissent pas avoir été donnés mais mis en vente ; »

Alors que les articles L.5125-31 et L.5125-32 du code de la santé publique qui renvoient au pouvoir réglementaire le soin de fixer les conditions dans lesquelles la publicité en faveur des officines de pharmacie peut être faite sont contraires à l'article 34 de la constitution en ce qu'elles emportent décharge sur le pouvoir réglementaire de la détermination de règles affectant la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce, la liberté de communication des pensées et des opinions, ainsi que le principe d'égalité devant la loi ; qu'en conséquence, la déclaration d'inconstitutionnalité des articles L.5125-31 et L.5125-32 du code de la santé publique qui sera prononcée après renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, privera l'arrêt attaqué de tout fondement juridique.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement notamment en ce qu'il a considéré que la société anonyme coopérative GIPHAR et l'association mouvement national des pharmaciens GIPHAR avaient commis une faute en menant des campagnes publicitaires prohibées et en ce qu'il les a condamnées à verser au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens des dommages en réparation de son préjudice moral, sauf à en porter le montant à la somme de 30.000 €, et d'avoir autorisé le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, à titre de réparation, à faire procéder à la publication du dispositif de la présente décision dans le journal le Monde et dans le Quotidien du Pharmacien, et dit que les frais de cette publication seraient supportés par la société SOGIPHAR et l'association GIPHAR, in solidum, dans la limite de 6.000 € HT par publication ;

Aux motifs propres que « la notion de publicité est précisée par la directive européenne 2006/114/CE comme étant toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services ; que la CJUE a adopté une interprétation extensive de la notion de publicité dans le domaine de la santé, cette conception large étant justifiée par l'objectif essentiel de sauvegarde de la santé publique ; qu'elle a ainsi admis que des publications ou des diffusions qui ne comprennent que des informations objectives puissent être considérées comme de la publicité dès lors que le message vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments ; qu'en l'espèce, la société anonyme coopérative GIPHAR a mené au profit de ses membres et de l'Association Mouvement National des pharmaciens GIPHAR, en 2008 et 2009, puis en 2010, 2011 et 2012, diverses campagnes en direction du public et en direction des officines de pharmacie ; que le tribunal a constaté que les fiches pratiques présentées sur internet et remises par les officines à leur clientèle se bornant

à l'informer sur un certain nombre d'affections, avec la seule mention de la société GIPHAR, ne constituaient pas des messages publicitaires mais des messages d'information, ce qui n'est pas discuté en appel ; que le tribunal a également considéré qu'il n'était pas établi que le groupement GIPHAR aurait contrevenu aux dispositions de l'article R.5125-28 en ayant recours à des moyens de fidélisation de la clientèle ; qu'il a en effet retenu, d'une part que les cartes routières remises par les pharmaciens à leurs clients étaient d'une valeur tout à fait négligeable, d'autre part qu'il n'était pas établi par le CNOP que la clientèle aurait reçu des cartes routières comportant la localisation des pharmacies du réseau ou que les trousseaux de premier secours auraient été remis gratuitement aux clients et non mis en vente ; que la cour constate que le CNOP n'apporte aux débats en appel aucun élément permettant de modifier cette appréciation ; que, par contre, il apparaît que le groupement GIPHAR a, au cours de ses campagnes, par spots radio-diffusés présentés par l'acteur Richard X..., par messages publiés dans des journaux, et au travers de son site internet auquel il était renvoyé, invité l'auditeur ou le lecteur à s'adresser aux pharmacies GIPHAR pour faire face aux « maux de l'hiver » puis aux « maux de l'été » afin de bénéficier d'un conseil personnalisé ; que les messages ainsi envoyés au consommateur étaient notamment, ainsi que l'a relevé le tribunal : « avec mon Conseil Santé Giphar, j'ai un traitement personnalisé pour ma santé au quotidien et en plus le conseil d'un professionnel ; pour en savoir plus, allez sur pharmaciengiphar.com ; que c'est à juste titre que le tribunal a retenu que ces messages constituaient des messages publicitaires échappant aux modalités autorisées par les articles L.5125-31 et R.5125-26 et suivants du code de la santé publique, s'agissant de campagnes ayant pour objectif de vanter auprès du public les mérites du groupement et de ses membres afin d'attirer la clientèle vers des pharmaciens présentés comme délivrant « le conseil d'un professionnel » ; qu'il convient d'ajouter que constituent également des actions publicitaires prohibées au sens de l'article R.5125-29, celles menées par le groupement GIPHAR sur internet afin d'inciter les pharmaciens à rejoindre son réseau en mettant en avant le bénéfice des campagnes de communication grand public qu'il avait menées et la progression du chiffre d'affaires ; qu'en lançant ces campagnes à caractère et à visée publicitaire en direction du public et en direction des officines en violation délibérée des dispositions du code de la santé publique et plus spécialement de l'article R.5125-29 du code de la santé publique, la société anonyme coopérative GIPHAR et l'association mouvement national des pharmaciens GIPHAR ont commis une faute qui justifie leur condamnation à réparer les différents préjudices qui en résultent pour l'ensemble de la profession que le CNOP représente ; que la publication du dispositif de l'arrêt dans le journal Le Monde et dans le Quotidien du Pharmacien est de nature à assurer une réparation efficace, en ce qu'elle permet la diffusion de l'information tenant à l'illicéité des campagnes publicitaires auprès du public et des professionnels ; qu'il sera fait droit à cette demande à titre de modalité de réparation ; qu'il est indéniable que l'ensemble de la profession de pharmacien a souffert un préjudice moral, compte tenu des modalités de la publicité qui mettait en doute le conseil donné par les pharmaciens à leurs clients, par opposition avec « le conseil professionnel » assuré par le pharmacien GIPHAR, et compte tenu de l'ampleur donnée à ces campagnes successives, préjudice que la cour évalue à la somme de 30.000 € ; que le CNOP sollicite une somme de 30.000 € au titre de son préjudice matériel, arguant de la nécessité pour lui d'intervenir auprès du public, éventuellement au moyen d'une campagne d'information, pour réaffirmer la compétence et la qualité du conseil des pharmaciens ; mais que la cour note que le CNOP n'est pas en mesure de justifier de la mise en oeuvre de quelque démarche que ce soit en ce sens en direction du public depuis l'engagement de la procédure en 2009, alors même qu'il a reçu, au titre de l'exécution provisoire, la somme de 30.000 € accordée par le tribunal ; que dès lors, le préjudice allégué n'apparaît que futur et éventuel et qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en dommages et intérêts de ce chef ; que les frais engagés pour aboutir à la présente décision seront indemnisés dans le cadre de l'application de l'article 700 du code de procédure civile ; qu'en application de l'article 1153-1 du code civil, les dommages et intérêts alloués au titre du préjudice moral ne portent intérêts au taux légal qu'à compter de la décision de la cour ; »

Et aux motifs réputés adoptés que « si la loi HPST a enrichi le rôle des pharmaciens d'officine, notamment dans le dépistage des maladies chroniques, elle n'a pas élargi les modalités dans lesquelles il est possible pour une officine de pharmacie de faire de la publicité ; que l'article L.5125-31 du code de la santé publique n'autorise la publicité que dans les conditions prévues par voie réglementaire ; qu'ainsi, l'article R.5125-6 du code de la santé publique n'autorise que certaines formes de publicité ; qu'en cas de création, de transfert ou de changement de titulaire d'une officine, un communiqué dans la presse écrite est autorisé, d'une dimension ne pouvant excéder 100 cm², après communication au conseil régional de l'ordre des pharmaciens, avec des mentions strictement définies (nom du pharmacien, titres universitaires, hospitaliers et scientifiques, nom du prédécesseur, adresse de l'officine et le cas échéant, activités liées au commerce des marchandises figurant sur la liste des produits que peuvent commercialiser les pharmaciens) ; qu'en outre, le pharmacien peut remettre gratuitement des brochures d'éducation sanitaire dans son officine qui ne pourront comporter aucune publicité en faveur de l'officine hormis le nom et l'adresse du pharmacien ; qu'il peut également donner à ses clients des objets ou produits d'une valeur négligeable ; le Conseil d'Etat, dans sa décision du 12 juin 1998, a

rejeté le recours formé contre le décret, qui avait introduit ces dispositions et était attaqué notamment par l'association GIPHAR ; que par ailleurs, l'article R.5125-29 du code de la santé publique interdit à un groupement ou un réseau constitué entre pharmacies de faire de la publicité en faveur des officines qui la constituent ; qu'aucune publicité ne peut davantage être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines ; qu'en l'espèce, il ressort de l'examen des campagnes effectuées en direction du public par la société coopérative GIPHAR pour le compte des membres de l'association, que les messages diffusés en grand nombre, à grands frais, sur un nombre important de radios nationales et locales, ainsi que dans différents journaux, avec le concours de l'acteur Richard X..., constituent autant de publicités en faveur des pharmaciens du groupement GIPHAR vers lequel l'auditeur ou le lecteur est incité à se diriger pour un conseil santé personnalisé de qualité (« avec mon conseil santé GIPHAR, j'ai un traitement personnalisé pour ma santé au quotidien et en plus le conseil d'un professionnel » ou « moi, dès les premiers symptômes, je vais chez mon pharmacien GIPHAR » ou « heureusement, j'ai mon pharmacien GIPHAR. Quand j'y vais, j'en ressors avec mon conseil santé GIPHAR ») ; que ces messages échappent aux modalités autorisées précitées de publicité et mettent les défenderesses en infraction aux dispositions réglementaires ; qu'en revanche, les fiches pratiques se bornant à informer la patientèle sur un certain nombre d'affectations, avec la seule mention de la société GIPHAR, apparaissent incompatibles avec les orientations de la HPST et exemptes de caractère publicitaire ; qu'il n'est par ailleurs pas établi que les défenderesses aient contrevenu à l'interdiction de solliciter des commandes du public ou d'avoir eu recours à des moyens de fidélisation de la clientèle, le CNOP ne démontrant pas que des cartes routières signalisant les pharmacies GIPHAR aient effectivement été remises à la patientèle ; que de simples cartes routières avec la seule mention GIPHAR constituent en revanche les objets ou produits autorisés, de valeur négligeable ; que les trousseaux de premier secours n'apparaissent pas avoir été donnés mais mis en vente ; »

1°) Alors que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en relevant d'office le moyen tiré d'actions publicitaires prohibées, consistant en des actions menées par le groupement GIPHAR sur internet, à destination des officines, afin d'inciter les pharmacies à rejoindre son réseau en mettant en avant le bénéfice des campagnes de communication grand public qu'il avait menées et la progression du chiffre d'affaires, sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2°) Alors que aucune publicité ne peut être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines ; que la publicité auprès des officines n'est pas prohibée ; qu'en reprochant à la société SOGIPHAR et l'association GIPHAR d'avoir mené des actions publicitaires prohibées sur internet, à destination des officines, afin de les inciter à rejoindre son réseau, la cour d'appel a violé l'article R.5125-29 du code de la santé publique.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit n'y avoir lieu à question préjudicielle devant le Conseil d'Etat sur la question de la légalité de l'article R.5125-29 du code de la santé publique ;

Aux motifs propres que « les appelantes demandent à la cour de surseoir à statuer sur les demandes du CNOP et de poser au Conseil d'Etat une question préjudicielle tenant à la légalité du texte réglementaire dont l'application est sollicitée ; qu'elles invoquent deux moyens d'illégalité de ce texte, un moyen de légalité externe fondé sur le fait que l'autorité administrative était incompétente pour intervenir dans un domaine réservé au législateur en application de l'article 34 de la constitution, s'agissant de restrictions apportées aux libertés publiques, et un moyen de légalité interne fondé sur le fait que le texte en cause contreviendrait aux dispositions de la loi HPST du 21 juillet 2009 qui imposent, en elles-mêmes, une communication des pharmaciens envers leur patientèle ; qu'il est constant que les tribunaux judiciaires non répressifs ne sont pas compétents pour apprécier la légalité d'acte réglementaires et qu'ils doivent recourir à une question préjudicielle soumise au juge administratif, sous réserve toutefois qu'ils soient saisis d'une difficulté présentant un caractère sérieux et dont la solution est nécessaire à la solution du litige qui leur est soumis ; qu'il convient de rappeler que le Conseil d'Etat a, dans un arrêt du 12 juin 1998, rejeté la requête en annulation qui lui avait été présentée par différentes associations et groupements de pharmaciens, parmi lesquels l'Association Mouvement National des pharmaciens GIPHAR, à l'encontre du décret du 14 juin 1996, intervenu en application de la loi du 18 janvier 1994 qui disposait que « la publicité en faveur des officines de pharmacie (...) ne peut être faite que dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat » et ayant introduit dans le code de la santé publique l'article R.5053-3 définissant les conditions restrictives de publicité autorisées, aujourd'hui reprises dans les articles R.5125-26 et suivants du code de la santé publique sus évoqués ; que, certes, cette décision n'a pas autorité de chose jugée absolue et qu'elle n'a pas d'autorité de chose jugée relative à l'égard de la société anonyme GIPHAR qui n'y était pas partie ; mais la lecture

des motifs de cette décision est de nature à éclairer la cour et les parties sur le caractère sérieux des moyens de légalité soulevés par les appelantes ; que la question de l'incompétence de l'autorité administrative pour restreindre la liberté de publicité est dépourvue de caractère sérieux en ce que : - d'une part, le pouvoir réglementaire est intervenu dans le cadre des prévisions de la loi du 18 janvier 1994 codifiées aujourd'hui sous les articles L.5125-31 et L.5125-32 du code de la santé publique et le Conseil d'Etat n'a pas le pouvoir d'apprécier la légalité de cette délégation, - d'autre part, il a été rappelé par le Conseil d'Etat dans sa décision du 12 juin 1998 que la loi n'avait pas posé un principe général d'autorisation de la publicité auquel le pouvoir réglementaire pourrait apporter des restrictions, mais qu'elle a, au contraire, posé le principe de la restriction de la publicité et habilité le gouvernement à fixer les cas et les modalités d'intervention de la publicité ; que la question de la contrariété entre les dispositions réglementaires litigieuses et celles de la loi HPST du 21 juillet 2009 est également dépourvue du caractère sérieux qui justifierait qu'il soit sursis à statuer sur les demandes du CNOP ; qu'en effet, si la loi HPST a confié aux pharmaciens d'officine, par son article 38, de nouvelles missions, notamment en termes d'éducation thérapeutique et d'actions d'accompagnement des patients, ainsi que de conseils et de prestations destinés à favoriser l'amélioration ou le maintien de l'état de santé des personnes, et si le décret du 19 juin 2009 a permis aux groupements de communiquer, au bénéfice exclusif de leurs adhérents, au travers d'actions de formation et de diffusion d'informations et de recommandations sur des thèmes de santé publique, ces dispositions ne sont pas contradictoires avec l'interdiction faite aux groupements par l'article R.5125-29, ici invoquée, de faire de la publicité auprès du public en faveur des officines qui le constituent ; »

Alors que le juge judiciaire doit surseoir à statuer et poser une question préjudicielle lorsqu'une difficulté sérieuse relative à la légalité d'un acte administratif lui est posée ; qu'en jugeant qu'il n'y avait pas lieu à question préjudicielle, quand l'illégalité de l'article R.5125-29 suscitait une difficulté sérieuse qui échappait à la compétence de la juridiction judiciaire, dès lors que les missions dévolues aux pharmaciens par l'article 38 de la loi HPST n°2009-879 du 21 juillet 2009 impliquent qu'ils puissent communiquer auprès du public et non pas seulement auprès de leur patientèle, communication qui ne peut être mise en oeuvre que par des groupements de pharmacies, la cour d'appel a violé l'article 49 du code de procédure civile, ensemble la loi des 16-24 août 1790.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le moyen de non-conformité de l'article R.5125-29 du code de la santé publique avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Aux motifs propres que « les appelantes soutiennent en premier lieu que les dispositions de l'article R.5125-29 contreviennent à l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elles tendent à interdire toute publicité aux groupements, ce qui porte une atteinte à la liberté d'expression qui n'est pas proportionnée à l'objectif de santé publique poursuivi ; qu'il y a lieu toutefois de rappeler que l'article 10 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme dispose expressément que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à des conditions, restrictions ou sanctions lorsqu'elles constituent des mesures nécessaires à la protection de la santé publique ; qu'en l'espèce, l'interdiction de toute publicité en faveur des groupements ou réseaux d'officine est justifiée par un objectif de santé publique, celui de conserver 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 ; que c'est l'analyse qui a été retenue par le Conseil d'Etat dans sa décision du 12 juin 1998 pour en déduire que les restrictions apportées par les auteurs du décret n'avaient pas apporté à la liberté d'expression une atteinte excessive ; que cette position s'inscrit dans le cadre de l'interprétation large faite par la cour de Strasbourg des restrictions prévues par le paragraphe 2 de l'article 10 et qui peuvent être apportés au droit de diffuser des messages à caractère commercial ; qu'il convient dès lors d'écarter le moyen tiré de la violation de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme ; que les appelantes soutiennent en second lieu que l'article R.5125-29 contreviendrait aux dispositions de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elles créeraient un traitement discriminatoire entre les officines et les groupements de pharmacies quant aux moyens de communication à leur disposition ; que l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme prévoit que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » ; qu'il convient toutefois de rappeler que ce principe d'égalité, selon le Conseil constitutionnel, ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons

d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que la cour européenne des droits de l'homme admet également une différence de traitement légitimée par la notion d'intérêt général, sous réserve que l'objectif poursuivi soit étranger à toute discrimination ; qu'en l'espèce, la situation des officines et des groupements n'est manifestement pas la même, le groupement n'ayant pas vocation à dispenser des produits pharmaceutiques mais à constituer une structure d'appui des pharmaciens ; que, par ailleurs, ainsi qu'il a été vu précédemment, l'interdiction faite aux groupements de faire de la publicité en faveur des officines qui en sont adhérentes ou au profit d'eux-mêmes répond à un objectif d'intérêt général qui est d'assurer l'équilibre du maillage géographique des officines en protégeant les petites officines ; »

Alors que la publicité, qui constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts, est un moyen d'expression ; que si l'exercice de cette liberté peut faire l'objet de restrictions ou de limitations, notamment pour tenir compte des particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée, elle ne peut faire l'objet d'une interdiction totale et générale ; qu'en décidant que l'interdiction de toute publicité en faveur des groupements ou réseaux d'officine était justifiée par un objectif de santé publique, celui de conserver une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national, quand l'interdiction totale et générale de ce moyen d'expression n'est ni nécessaire ni proportionnée au but poursuivi, la cour d'appel a violé l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme.