

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
présentées le 27 février 2020 (1)

Affaire C-649/18

A
contre
Daniel B,
UD,
AFP,
B,
L

[demande de décision préjudicielle formée par la cour d'appel de Paris (France)]

« Renvoi préjudiciel – Médicaments à usage humain non soumis à prescription médicale obligatoire – Vente en ligne – Publicité pour le site Internet d'une officine de pharmacie – Limitations – Obligation de faire remplir un questionnaire de santé par le patient avant la validation de sa première commande sur le site Internet d'une officine de pharmacie – Libre circulation des marchandises – Article 34 TFUE – Modalités de vente – Entraves – Article 36 TFUE – Justification – Protection de la dignité de la profession de pharmacien – Prévention de la consommation abusive de médicaments – Protection de la santé publique – Directive 2000/31/CE – Commerce électronique – Article 2, sous a) – Service de la société de l'information – Article 2, sous h) – Domaine coordonné – Article 3 – Principe du pays d'origine – Dérogations – Justification – Protection de la santé publique – Obligation d'information et de notification – Directive 2001/83/CE – Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain – Article 85 quarter, paragraphe 2 – Faculté, pour les États membres, d'imposer des conditions, justifiées par la protection de la santé publique, pour la délivrance au détail, sur leur territoire, de médicaments vendus en ligne »

I. Introduction

1. La demande de décision préjudicielle formée par la cour d'appel de Paris (France) porte sur l'interprétation de l'article 3 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (2), de l'article 85 quarter de la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (3), ainsi que des articles 34 et 36 TFUE.

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant A, une société de droit néerlandais exploitant une pharmacie d'officine établie aux Pays-Bas et un site Internet ciblant

spécifiquement la clientèle française, à plusieurs exploitants de pharmacies d'officine et associations représentant les intérêts professionnels des pharmaciens établis en France. Ce site Internet présente un portail de vente sur lequel sont proposés des médicaments non soumis à prescription médicale obligatoire ainsi que des produits de parapharmacie. Les exploitants et associations susmentionnés reprochent à A de s'être livrée à des actes de concurrence déloyale en promouvant ce site Internet auprès de la clientèle française au moyen d'une campagne de publicité multiforme et de large ampleur. A aurait également méconnu l'obligation, prévue par la réglementation française, de faire remplir par chaque patient un questionnaire de santé avant la validation de sa première commande.

3. La présente affaire invite la Cour à préciser dans quelle mesure un État membre est habilité à encadrer, d'une part, la publicité faite par des pharmaciens établis dans d'autres États membres pour leurs services de vente en ligne de médicaments pouvant être délivrés sans prescription, et, d'autre part, le processus de commande en ligne de tels médicaments.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2000/31

4. L'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/31 est ainsi libellé :

« 1. La présente directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres.

2. La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre États membres. »

5. L'article 2, sous a), de la directive 2000/31 définit la notion de « services de la société de l'information » par référence à l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34/CE (4), telle que modifiée par la directive 98/48/CE (5). Cette dernière disposition vise « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». L'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive (UE) 2015/1535 (6), laquelle a remplacé la directive 98/34, reprend cette même définition. Conformément à l'article 10, second alinéa, de la directive 2015/1535, « [l]es références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe IV ».

6. L'article 2, sous h), de la directive 2000/31 définit la notion de « domaine coordonné » comme « les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux ». Cette disposition précise :

« i) Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :

- l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification,

- l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.
- ii) Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que :
- les exigences applicables aux biens en tant que tels,
 - les exigences applicables à la livraison de biens,
 - les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique. »
7. L'article 3 de la directive 2000/31, intitulé « Marché intérieur », dispose :
- « 1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.
2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.
3. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe.
4. Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies :
- a) les mesures doivent être :
- i) nécessaires pour une des raisons suivantes :
 - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,
 - la protection de la santé publique,
 - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales,
 - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ;
 - ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ;
 - iii) proportionnelles à ces objectifs ;
- b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :
- demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,
 - notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.

[...] »

8. L'article 8, paragraphe 1, de cette directive prévoit que « [l]es États membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, soit autorisée sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession ».

2. La directive 2001/83

9. Aux termes de l'article 85 quarter, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/83 :

« 1. Sans préjudice des législations nationales qui interdisent l'offre à la vente à distance au public de médicaments soumis à prescription, au moyen de services de la société de l'information, les États membres veillent à ce que les médicaments soient offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information tels que définis dans la directive [98/34], aux conditions suivantes :

- a) la personne physique ou morale offrant des médicaments est autorisée ou habilitée à délivrer des médicaments au public, également à distance, conformément à la législation nationale de l'État membre dans lequel cette personne est établie ;
- b) la personne visée au point a) a notifié à l'État membre dans lequel elle est établie, au minimum, les informations suivantes :

[...]

- c) les médicaments respectent la législation nationale de l'État membre de destination conformément à l'article 6, paragraphe 1 ;
- d) sans préjudice des obligations d'information énoncées dans la directive [2000/31], le site [I]nternet offrant des médicaments contient au minimum :

[...]

2. Les États membres peuvent imposer des conditions, justifiées par la protection de la santé publique, pour la délivrance au détail, sur leur territoire, de médicaments offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information. »

10. L'article 86, paragraphe 1, de cette directive, lequel ouvre le titre VIII de ladite directive, intitulé « Publicité », énonce :

« Aux fins du présent titre, on entend par "publicité pour des médicaments" toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments ; elle comprend en particulier :

- la publicité pour les médicaments auprès du public,

[...] »

B. Le droit français

1. Le code de la santé publique

11. Conformément à l'article R. 4235-22 du code de la santé publique, « [i] est interdit aux pharmaciens de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la

profession ».

12. L'article R. 4235-64 de ce code prévoit que « [l]e pharmacien ne doit pas, par quelque procédé ou moyen que ce soit, inciter ses patients à une consommation abusive de médicaments ».

2. *L'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments*

13. Il ressort du dossier soumis à la Cour que l'arrêté du 28 novembre 2016 du ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières, mentionnées à l'article L. 5121-5 du code de la santé publique (JORF du 1^{er} décembre 2016, texte n° 25, ci-après l'« arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments ») contient une annexe dont la section 7, intitulée « Règles complémentaires applicables au commerce électronique de médicaments », dispose à son point 7.1, intitulé « Conseil pharmaceutique » :

« Le site Internet de commerce électronique de médicaments est conçu de façon qu'aucun médicament ne puisse être dispensé sans qu'un échange interactif entre le patient et le pharmacien de l'officine concernée ne soit rendu possible avant la validation de la commande. Une réponse automatisée à une question posée par le patient n'est donc pas suffisante pour assurer une information et un conseil adaptés au cas particulier du patient.

Certaines données à caractère personnel concernant le patient sont nécessaires au pharmacien pour que ce dernier s'assure de l'adéquation de la commande à l'état de santé du patient et qu'il puisse déceler d'éventuelles contre-indications. Ainsi, avant la validation de la première commande, le pharmacien met en ligne un questionnaire dans lequel l'âge, le poids, la taille, le sexe, les traitements en cours, les antécédents allergiques, les contre-indications et, le cas échéant, l'état de grossesse ou d'allaitement du patient sont renseignés. Le patient doit attester de la véracité de ces informations.

Le questionnaire est rempli lors de la première commande au cours du processus de validation de la commande. Si le questionnaire n'a pas été renseigné, aucun médicament ne peut être délivré. Le pharmacien procède ensuite à une validation du questionnaire, justifiant qu'il a pris connaissance des informations fournies par le patient, avant de valider la commande.

Une actualisation du questionnaire est proposée à chaque commande.

[...] »

3. *L'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites Internet de commerce électronique de médicaments*

14. Ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, l'arrêté du 28 novembre 2016 du ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux règles techniques applicables aux sites Internet de commerce électronique de médicaments prévues à l'article L. 5125-39 du code de la santé publique (JORF du 1^{er} décembre 2016, texte n° 26, ci-après l'« arrêté relatif aux règles techniques ») contient une annexe dont la section 1, intitulée « Fonctionnalités des sites Internet de commerce électronique de médicaments », prévoit que « [l]a recherche de référencement dans des moteurs de recherche ou des comparateurs de prix contre rémunération est interdite ».

III. Le litige au principal, la question préjudicielle et la procédure devant la Cour

15. A, une société de droit néerlandais, est enregistrée aux Pays-Bas pour l'exercice d'une activité d'exploitation d'une pharmacie d'officine. Cette société vend également des médicaments en ligne ainsi que des produits de parapharmacie par le truchement de plusieurs sites Internet, dont

l'un est spécialement dédié aux consommateurs français (7). Les médicaments commercialisés par l'intermédiaire de ce site bénéficient, en France, d'une autorisation de mise sur le marché et ne sont pas soumis à prescription médicale obligatoire.

16. A a mené une campagne de publicité pour les produits ainsi proposés à la vente aux consommateurs français. Cette campagne comprenait l'insertion de prospectus publicitaires dans des colis expédiés par d'autres acteurs de la vente à distance (méthode dite de « l'asilage »), l'envoi de courriers postaux publicitaires, la publication sur le site Internet susmentionné d'offres promotionnelles consistant à octroyer un rabais sur le prix global de la commande dès le dépassement d'un certain montant, ainsi que l'achat d'un référencement payant sur les moteurs de recherche pour les mots clés « lasante.net » par l'intermédiaire de « Google Adwords ».

17. Daniel B, UD, AFP, B et L, des exploitants de pharmacies d'officine ou associations représentant les intérêts professionnels des pharmaciens (ci-après « Daniel B e.a. »), ont attiré A devant le tribunal de commerce de Paris (France). Daniel B e.a. demandaient, notamment, la réparation du préjudice qu'ils estiment avoir subi du fait de la concurrence déloyale que A aurait exercée en retirant indûment un avantage du non-respect de la réglementation française en matière de publicité et de vente de médicaments en ligne.

18. A considère, quant à elle, que cette réglementation ne lui est pas applicable dès lors qu'elle est régulièrement établie aux Pays-Bas pour une activité de pharmacie d'officine et qu'elle vend ses produits aux consommateurs français par la voie du commerce électronique.

19. Par jugement du 11 juillet 2017, le tribunal de commerce de Paris a jugé que le droit néerlandais régissait la création du site Internet français de A. Toutefois, selon cette juridiction, les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique sont applicables aux sociétés établies dans d'autres États membres qui vendent des médicaments par Internet aux patients français. Or, A avait, en distribuant plus de trois millions de tracts publicitaires en dehors de son officine, sollicité la clientèle française par des moyens indignes de la profession de pharmacien en violation de ces dispositions. Le tribunal de commerce de Paris en a conclu que la méconnaissance desdites dispositions, ayant conféré à A un avantage économique par rapport aux autres acteurs de marché, était constitutive d'actes de concurrence déloyale.

20. A a interjeté appel de ce jugement devant la cour d'appel de Paris en faisant valoir que les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique ne lui sont pas applicables. Ces dispositions constitueraient des entraves au principe d'application des règles du pays d'origine posé à l'article 3 de la directive 2000/31, à l'article 85 quarter de la directive 2001/83 et à l'article 34 TFUE. Ces entraves ne seraient pas justifiées par la protection de la santé publique.

21. Devant la cour d'appel de Paris, Daniel B e.a. demandent la confirmation du jugement du tribunal de commerce de Paris en ce qu'il a appliqué le droit français à la publicité pour la vente de médicaments et en ce qu'il a qualifié d'actes de concurrence déloyale la publicité massive effectuée par A en raison de son caractère contraire à la dignité de la profession de pharmacien ainsi que de son contenu incitatif à la consommation abusive de médicaments. Daniel B e.a. poursuivent la réformation de ce jugement pour le surplus en faisant valoir que le code de la santé publique et l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments régissent également le recours au référencement payant par A. Ces derniers allèguent que les restrictions à la publicité pour la vente de médicaments en ligne qui résultent du code de la santé publique sont justifiées par l'objectif de protéger la dignité et l'honneur de la profession de pharmacien. Ces restrictions seraient proportionnées à la poursuite de cet objectif, lui-même lié à la protection de la santé publique.

22. Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a, par décision du 28 septembre 2018, parvenue à la Cour le 15 octobre 2018, décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« [L]a réglementation européenne, dont notamment :

- l'article 34 TFUE ;
- les dispositions de l'article 85 quarter de la directive [2001/83], [et]
- la clause de marché intérieur de l'article 3 de la directive [2000/31]

permet[-elle] à un État membre de l'Union [européenne] d'imposer sur son territoire aux pharmaciens ressortissants d'un autre État membre de l'Union, des règles spécifiques concernant :

- l'interdiction de solliciter la clientèle par des procédés et moyens considérés comme contraires à la dignité de la profession dans les termes de l'actuel article R. 4235-22 du code de la santé publique ;
- l'interdiction d'inciter les patients à une consommation abusive de médicaments dans les termes de l'actuel article R. 4235-64 du code de la santé publique ;
- l'obligation d'observer les bonnes pratiques de dispensation des médicaments définies par l'autorité publique de l'État membre, en exigeant en outre l'insertion d'un questionnaire de santé dans le processus de commande de médicaments en ligne et [en] interdisant de recourir au référencement payant, dans les termes de l'actuel arrêté du 28 novembre 2016 du ministre des [A]ffaires sociales et de la [S]anté [?] »

23. Des observations écrites ont été déposées par A, Daniel B e.a., les gouvernements français, hellénique, espagnol et néerlandais ainsi que par la Commission européenne. Ces mêmes parties et intéressés, à l'exception du gouvernement néerlandais, ont été représentés lors de l'audience de plaidoiries qui s'est tenue le 3 octobre 2019.

IV. Analyse

A. *Considérations liminaires*

24. Tandis que les conditions d'accès à la profession de pharmacien sont harmonisées au niveau de l'Union (8), celles entourant l'exercice de cette profession relèvent de la compétence des États membres. Les réglementations adoptées à ce sujet varient, d'un État membre à l'autre, sur les plans tant de leur intensité que de leurs modalités (9). Lorsqu'un pharmacien exerce ses activités de manière transfrontalière en vendant des médicaments sur Internet (10) se pose la question de savoir s'il doit se conformer aux exigences en vigueur dans l'État membre où il est établi ou à celles prévues par l'État membre de destination.

25. À cet égard, l'article 85 quarter, paragraphe 1, de la directive 2001/83 oblige chaque État membre à autoriser l'offre de médicaments non soumis à prescription au moyen de services de vente en ligne fournis par un prestataire établi dans un autre État membre pour autant que les conditions énoncées à cette disposition soient remplies (11). En particulier, le prestataire doit être habilité par la législation de l'État membre où il est établi à délivrer à distance des médicaments au public. Les médicaments offerts à la vente à distance doivent disposer d'une autorisation de mise sur le marché dans l'État membre de destination. Lorsque ces conditions sont réunies, ce dernier État membre peut-il néanmoins encadrer les modalités d'exercice des activités de vente en ligne de médicaments au bénéfice des patients situés sur son territoire ? En particulier, dans quelle mesure le principe dit « du pays d'origine » résultant de l'article 3 de la directive 2000/31 ainsi que les libertés fondamentales garanties par le traité s'y opposent-ils ?

26. Telle est la thématique générale soulevée par la présente affaire. Celle-ci concerne, plus précisément, la conformité au droit de l'Union de dispositions législatives ou réglementaires d'un

État membre qui, d'une part, limitent les possibilités d'effectuer de la publicité visant à orienter les patients de cet État membre vers le site Internet d'une officine pour qu'ils y achètent des médicaments et produits de parapharmacie, et, d'autre part, encadrent le processus de commande en ligne de médicaments. Ces dispositions ont été appliquées, en l'espèce, à une pharmacie établie aux Pays-Bas qui cherchait à promouvoir auprès des consommateurs français ses activités de vente en ligne par l'intermédiaire d'un site Internet spécifiquement conçu pour ces derniers. Les médicaments proposés à la vente sur ce site étaient autorisés en France et pouvaient y être délivrés sans prescription.

27. Les dispositions nationales dont la Cour est invitée à examiner la compatibilité avec le droit de l'Union peuvent être rangées en trois catégories.

28. La première inclut des dispositions interdisant, dans certaines circonstances, la publicité apportée au moyen de *supports physiques* pour les services de vente en ligne de médicaments fournis par une officine. À cet égard, le tribunal de commerce de Paris a condamné A pour avoir diffusé, à une échelle que ce tribunal a qualifiée de massive, des tracts publicitaires et s'être ainsi livrée à des actes de publicité contraires à la dignité de la profession de pharmacien en méconnaissance de l'article R. 4235-22 du code de la santé publique. En outre, ledit tribunal lui a reproché d'avoir proposé des promotions prenant la forme, ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, de réductions du prix de l'ensemble de la commande en ligne de médicaments et de produits de parapharmacie lorsque le montant de celle-ci dépasse certains seuils. Ces promotions présentaient, de l'avis du même tribunal, un caractère incitatif à la consommation abusive de médicaments au sens de l'article R. 4235-64 du code de la santé publique. La Cour est invitée à déterminer si l'interprétation qu'a retenue le tribunal de commerce de Paris de ces dispositions législatives et l'application qu'il en a faite sont compatibles avec le droit de l'Union (section C).

29. La deuxième catégorie de dispositions désigne celles qui limitent la *publicité effectuée sur Internet* pour les mêmes services. Je rappelle, à ce propos, que le tribunal de commerce de Paris a jugé illégales les promotions liées au montant de la commande également en ce qu'elles étaient proposées sur le site Internet de A. En revanche, ce tribunal n'a pas condamné l'achat par cette dernière d'un référencement auprès de « Google Adwords » (12). Daniel B e.a. demandent la réformation du jugement de première instance sur ce point. La Cour devra, dès lors, également déterminer si les promotions affichées sur le site Internet de A ainsi que l'interdiction du référencement payant, prévue par l'arrêté relatif aux règles techniques (13), sont conformes au droit de l'Union (section D).

30. La troisième catégorie concerne une réglementation nationale encadrant le *processus de vente en ligne* de médicaments non soumis à prescription. À ce sujet, la juridiction de renvoi fait état d'une obligation prévue par l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments, à laquelle sont soumises toutes les pharmacies proposant des médicaments à la vente au détail sur le territoire français par l'intermédiaire de leur site Internet, de faire remplir par les patients un questionnaire médical préalablement à la validation de leur première commande. La réponse à la question préjudicielle implique donc également d'évaluer si le droit de l'Union s'oppose à une telle obligation (section E).

31. Pour chacune des catégories de règles nationales ainsi décrites, il conviendra, dans un premier temps, d'identifier les dispositions de droit de l'Union – à savoir celles de la directive 2000/31, de la directive 2001/83 ou du traité FUE – au regard desquelles doit être évaluée la conformité de ces règles, et, dans un second temps, de procéder à cette évaluation.

32. Avant d'aborder le fond de la question préjudicielle, l'objection avancée par le gouvernement français à l'encontre de la recevabilité de la question préjudicielle doit être écartée (section B).

B. Sur la recevabilité

33. Le gouvernement français excipe de l'irrecevabilité de la question préjudicielle en ce qu'elle

porte sur l'interprétation des dispositions de la directive 2000/31. Ce dernier fait valoir que les dispositions d'une directive ne peuvent pas être opposées par une partie privée à l'encontre d'une autre partie privée dans le cadre d'un litige de nature horizontale aux fins de faire obstacle à l'application d'une réglementation nationale contraire à ces dispositions (14). Cet aspect de la question préjudicielle revêtirait, ainsi, un caractère hypothétique.

34. Cette argumentation ne me convainc pas.

35. Premièrement, s'il est constant qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations à l'égard d'un particulier et ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à son encontre, la Cour a itérativement jugé que les juridictions nationales doivent interpréter les dispositions de leur droit national, notamment celles qui transposent une directive, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de celle-ci pour atteindre le résultat fixé par elle (15).

36. En l'occurrence, la juridiction de renvoi sera amenée à interpréter les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique en conformité avec le droit de l'Union et, dans cette optique, à déterminer s'il convient ou non de confirmer l'interprétation qu'en a retenue le tribunal de commerce de Paris.

37. Deuxièmement, et en tout état de cause, la Cour a jugé que la méconnaissance de l'obligation de notification prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 rend la réglementation nationale concernée inopposable aux particuliers tant dans le cadre d'une procédure pénale que dans celui d'un litige entre particuliers (16). Partant, dans la mesure où la question préjudicielle soulève le point de savoir si des dispositions nationales telles que celles en cause au principal sont couvertes par cette obligation, la réponse de la Cour apparaît sans nul doute pertinente pour résoudre le litige pendant devant la juridiction de renvoi.

C. Sur la compatibilité avec le droit de l'Union des restrictions à la publicité physique pour les services de vente en ligne de médicaments

38. Les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique interdisent de façon générale aux pharmaciens de solliciter la clientèle de manière contraire à la dignité de leur profession ou de façon à encourager la consommation abusive de médicaments. En l'espèce, le tribunal de commerce de Paris a interprété et appliqué ces dispositions aux fins, plus précisément, de sanctionner l'envoi par A de plus de trois millions de prospectus, insérés dans les colis de partenaires commerciaux ou directement déposés dans la boîte aux lettres des clients potentiels, ainsi que les promotions proposées par cette dernière (17).

39. Dans cette optique, la question préjudicielle invite la Cour à déterminer si le droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale interdisant, d'une part, l'envoi à grande échelle de tracts publicitaires destinés à attirer les clients potentiels d'un État membre vers le site Internet d'une pharmacie établie dans un autre État membre et vendant des médicaments qui sont autorisés en France et peuvent y être délivrés sans prescription, et, d'autre part, les promotions prenant la forme de remises sur le montant global de la commande de tels médicaments et de produits parapharmaceutiques, obtenues lorsque ce montant excède certains seuils.

40. Il convient, dans un premier temps, d'identifier les instruments de droit de l'Union applicables aux activités de publicité qui, tout en ayant pour objet la promotion des services de vente en ligne de médicaments, sont effectuées au moyen de supports physiques. À mon avis, contrairement à ce qu'allèguent A et la Commission, de telles activités ne relèvent pas du champ d'application de l'article 3 de la directive 2000/31 (section 1). Elles ne sont pas davantage régies par les dispositions relatives à la publicité pour des médicaments contenues dans la directive 2001/83 (section 2). Les États membres demeurent, dès lors, libres de les réglementer dans les limites tracées par le traité FUE (section 3).

1. *Sur l'inapplicabilité de l'article 3 de la directive 2000/31*

41. Conformément à l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, lequel renvoie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive 2015/1535 (18), la notion de « service de la société de l'information » englobe « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Comme en témoigne le considérant 18 de la directive 2000/31, cette notion couvre la vente de biens en ligne. Elle s'étend également à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que la fourniture de communications commerciales en ligne (19).

42. Au regard de cette définition, il ne fait guère de doute que les services de vente en ligne de médicaments et de produits parapharmaceutiques fournis par A constituent des services de la société de l'information (20). La publicité en ligne pratiquée par cette dernière, tout en faisant partie de ces services de vente en ligne, peut également être qualifiée, en elle-même, de service de la société de l'information.

43. À ce titre, ces services sont soumis au principe dit « du pays d'origine » établi à l'article 3 de la directive 2000/31. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 1 de cet article, ce principe implique que le prestataire d'un service de la société de l'information doit respecter les dispositions nationales applicables dans l'État membre où il est établi (également appelé « État membre d'origine ») en ce qui concerne les matières relevant du domaine coordonné, tel que défini à l'article 2, sous h), de la directive 2000/31. Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, les autres États membres ne peuvent pas restreindre, pour des raisons relevant du domaine coordonné, la libre circulation d'un tel service, sous réserve des dérogations autorisées dans les conditions listées au paragraphe 4 de cet article.

44. À mon avis, comme le font valoir Daniel B e.a., l'encadrement des conditions dans lesquelles le prestataire d'un service de vente en ligne peut effectuer de la publicité pour son portail Internet au moyen de supports physiques ne relève pas du champ d'application du principe du pays d'origine établi à l'article 3 de la directive 2000/31.

45. En effet, d'une part, l'envoi, sur des supports physiques, de communications commerciales pour des services de vente en ligne ne saurait être qualifié, en tant que tel, de service de la société de l'information. La publicité physique visant à diriger les clients vers le site Internet par l'intermédiaire duquel un prestataire fournit des services de vente en ligne ne constitue pas un service presté « par voie électronique ».

46. D'autre part, le principe du pays d'origine ne saurait davantage s'appliquer à la régulation de telles communications commerciales au motif qu'une telle régulation restreindrait la libre circulation de ces services de vente en ligne. Il en va ainsi dès lors que les exigences relatives à la publicité physique ne relèvent, selon moi, pas du domaine coordonné au sens de l'article 2, sous h), de la directive 2000/31.

47. J'observe, à ce sujet, que le domaine coordonné couvre les exigences que le prestataire doit satisfaire en ce qui concerne tant l'accès à l'activité de prestation d'un service de la société de l'information que l'exercice de cette activité. En vertu du point i) de cette disposition, les exigences relatives à l'exercice d'une activité de prestation d'un service de la société de l'information englobent celles relatives à la qualité ou au contenu du service, « y compris en matière de publicité ». Le considérant 21 de la directive 2000/31 indique cependant que le domaine coordonné « ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne », telles que, notamment « la publicité en ligne ».

48. Corrobore également cette interprétation le fait que la livraison de biens commandés en ligne, en tant qu'opération physique intervenant en aval de la prestation d'un service de la société de l'information, est expressément exclue du domaine coordonné en vertu de l'article 2, sous h), ii) de

la directive 2000/31 (21). Cette même logique implique, me semble-t-il, que la publicité physique, effectuée en amont de la prestation d'un tel service, échappe également au domaine coordonné.

49. Une telle exclusion m'apparaît d'autant plus justifiée que la publicité physique déployée par le prestataire pour les services de vente en ligne qu'il fournit ne saurait être considérée comme faisant partie intégrante de ces services. En effet, cette publicité est dissociable de l'événement futur et hypothétique que constitue la vente en ligne aux destinataires des prospectus publicitaires. Dans ces conditions, l'envoi de communications commerciales présentées sur des supports physiques ne fait pas indissociablement partie de l'exercice du service de la société de l'information que constitue la vente de biens en ligne.

2. *Sur l'inapplicabilité des titres VIII et VIII bis de la directive 2001/83*

50. La directive 2001/83 contient, à ses titres VIII et VIII bis, respectivement intitulés « Publicité » et « Information et publicité », une série de dispositions encadrant la publicité pour des médicaments. Selon la jurisprudence, ces dispositions ont harmonisé de façon exhaustive le secteur de la publicité pour les médicaments (22).

51. À mon sens, comme l'a fait valoir en substance la Commission, les dispositions des titres VIII et VIII bis de la directive 2001/83 n'harmonisent pas le secteur de la publicité, qu'elle soit opérée sur des supports physiques ou électroniques, pour les services de vente en ligne de médicaments (23). Je rappelle, à cet égard, que, ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, la campagne de publicité déployée par A visait à inciter non pas l'achat de médicaments déterminés, mais bien le recours aux services de vente en ligne proposés par cette société pour toute une gamme de médicaments et de produits de parapharmacie. Le fait que les prospectus publicitaires distribués aient, le cas échéant, comme l'ont fait remarquer Daniel B e.a., représenté à titre illustratif l'un ou l'autre médicament communément utilisé ne remet pas en cause ce constat.

52. À ce propos, le libellé de l'article 86, paragraphe 1, de cette directive n'est, certes, pas concluant en ce qu'il définit la « publicité pour des médicaments » comme « toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments ». Cette définition n'exclut, en effet, pas nécessairement, à première vue, la promotion non pas de la consommation de médicaments déterminés, mais bien de l'achat de médicaments indéterminés auprès d'une officine particulière. Je note, cependant, qu'aucune des formes de démarchage listées à titre d'exemples à l'article 86, paragraphe 1, de ladite directive ne concerne la publicité pour une officine déterminée. De surcroît, les dispositions des articles 86 à 100 de la même directive visent toutes la publicité à l'égard d'un médicament donné. Elles s'attachent à réglementer le contenu du message publicitaire ainsi que les modalités de la publicité pour les médicaments. Ces dispositions n'ont pas pour objet de régir la publicité pour les services d'une officine ni, en particulier, pour ses services de vente en ligne de médicaments.

53. Autrement dit, les dispositions des titres VIII et VIII bis de la directive 2001/83 harmonisent uniquement – et ce de façon exhaustive – les conditions dans lesquelles les États membres peuvent limiter la publicité pour des médicaments. Cette harmonisation opère sans préjudice de la possibilité pour les États membres de réglementer, dans les limites fixées par le traité FUE et, le cas échéant, par d'autres instruments de droit dérivé, les domaines qu'elle ne couvre pas, tels que la publicité pour une officine de pharmacie déterminée ou pour des services de vente en ligne qu'elle fournit.

54. Cette conclusion n'est pas remise en cause par la circonstance selon laquelle la Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* (24), que l'article 88, paragraphe 1, de la directive 2001/83, lequel interdit la publicité pour les médicaments soumis à prescription, s'oppose à une interdiction absolue de la publicité pour des services de vente en ligne de médicaments en ce qu'elle s'appliquait à des médicaments non soumis à prescription. L'approche suivie par la Cour signifie uniquement, à mon avis, qu'une telle interdiction, bien qu'elle ne vise pas la publicité pour les

médicaments en tant que tels, revient en pratique à empêcher celle-ci lorsque les médicaments en cause sont vendus en ligne. Il n'en découle aucunement que toute forme de restriction apportée à la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription serait interdite au motif qu'elle n'est pas expressément autorisée par les dispositions des titres VIII et VIII bis de la directive 2001/83.

55. En revanche, les règles relatives à la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments pourraient, dans la mesure où elles ont pour effet d'encadrer la vente en ligne de médicaments aux patients, constituer des conditions pour la vente au détail, sur le territoire d'un État membre, de médicaments offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information. Aux termes de l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83, les États membres peuvent prévoir de telles conditions pour autant qu'elles soient justifiées par la protection de la santé publique.

56. À cet égard, le considérant 21 de la directive 2011/62, par laquelle a été introduit l'article 85 quarter de la directive 2001/83, indique que, par le paragraphe 2 de cet article, le législateur de l'Union entendait « tenir compte du fait que les conditions spécifiques applicables à la délivrance au détail de médicaments au public n'ont pas été harmonisées au niveau de l'Union et que, dès lors, les États membres peuvent imposer des conditions pour la délivrance des médicaments au public, dans les limites du [traité FUE] ». Ainsi, l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83 doit être appréhendé comme une simple reconnaissance de la compétence des États membres pour réglementer les conditions de la vente au détail de médicaments dans le respect du traité FUE et, en particulier, des libertés fondamentales qu'il garantit.

3. Sur l'application de l'article 34 TFUE

57. Dès lors que, ainsi qu'il ressort de ce qui précède, la publicité physique pour les services de vente en ligne de médicaments fournis par une pharmacie ne fait pas l'objet d'une harmonisation au niveau de l'Union, des dispositions nationales qui, à l'instar des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique tels qu'interprétés et appliqués par le tribunal de commerce de Paris, limitent les possibilités de faire de la publicité pour ces services doivent être examinées au regard des libertés fondamentales garanties par le traité FUE.

a) Sur la nécessité d'un examen à l'aune de la liberté de circulation des marchandises et/ou de la liberté de prestation des services

58. Les parties et intéressés ayant soumis des observations à la Cour s'opposent sur le point de savoir si des mesures nationales interdisant aux pharmacies d'envoyer des prospectus publicitaires à grande échelle et de proposer des ristournes à partir de certains seuils d'achat par l'intermédiaire de leur site Internet, telles que celles en cause au principal, doivent être examinées au regard de la libre circulation des marchandises garantie à l'article 34 TFUE comme le suggère la juridiction de renvoi, de la libre prestation des services prévue à l'article 56 TFUE, ou encore de ces deux libertés de façon successive.

59. Tandis que A, le gouvernement hellénique et la Commission analysent les mesures en cause sous l'angle de l'article 34 TFUE (25), les gouvernements espagnol et néerlandais les examinent au regard de l'article 56 TFUE. Le gouvernement français, après avoir soutenu que ces mesures constituent des modalités de vente échappant au champ d'application de l'article 34 TFUE, invite la Cour à en évaluer la conformité à l'article 56 TFUE.

60. Je rappelle, à cet égard, que la vente en ligne de médicaments constitue un « service de la société de l'information » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2015/1535. Elle doit également être considérée comme un « service » visé à l'article 56 TFUE. Cela étant, la campagne de publicité menée par A, en promouvant un certain canal de vente – son portail Internet dédié aux consommateurs français –, visait à y attirer ces derniers pour qu'ils achètent les médicaments et les

produits de parapharmacie proposés par cette société. Ces deux catégories de produits constituent des « marchandises » au sens de l'article 34 TFUE (26). Partant, les mesures en cause sont susceptibles de relever aussi bien de l'article 34 TFUE, en ce qu'elles concernent les modalités de commercialisation de marchandises, que de l'article 56 TFUE, dans la mesure où elles limitent les moyens pour une pharmacie de faire connaître ses services de vente en ligne de médicaments.

61. Selon une jurisprudence constante, lorsqu'une mesure nationale se rattache tant à la libre circulation des marchandises qu'à une autre liberté fondamentale, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée (27).

62. La Cour a déjà jugé que, bien que les conditions entourant la commercialisation d'une marchandise relèvent en principe de la libre circulation des marchandises et non de la libre prestation des services, il ne saurait être exclu que la vente d'un produit s'accompagne d'une activité comportant des aspects de « services ». Il convient d'établir, dans chaque cas d'espèce, si cette activité constitue ou non un aspect totalement secondaire par rapport aux éléments afférents à la libre circulation des marchandises (28).

63. En application de ces principes, la Cour a examiné des mesures nationales encadrant la publicité faite par une entreprise pour les marchandises qu'elle offre à la vente sous l'angle de la seule liberté de circulation des marchandises (29). La diffusion de messages publicitaires a été considérée, plutôt que comme une fin en elle-même, comme un élément secondaire par rapport à la vente des marchandises en cause (30). La Cour a également évalué au regard du seul article 34 TFUE des mesures nationales régissant la vente de marchandises par Internet – laquelle constitue pourtant un service de la société de l'information (31).

64. Transposée en l'espèce, cette approche justifie, à mes yeux, de considérer que, bien que la campagne de publicité ait visé à promouvoir non pas les produits spécifiques proposés à la vente par A, mais bien les services de vente en ligne fournis par elle, la diffusion des messages publicitaires était accessoire à la vente de ces produits.

65. La conclusion selon laquelle les mesures en cause au principal, découlant de l'application des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique, ne doivent être évaluées qu'à l'aune de l'article 34 TFUE n'est pas infirmée par l'arrêt *Gourmet International Products* (32), que le gouvernement français invoque à l'appui de la thèse selon laquelle ces mesures devraient être appréciées également au regard de l'article 56 TFUE.

66. Dans cet arrêt, la Cour a examiné sous l'angle successivement de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation des services une réglementation nationale qui limitait les possibilités de publicité en faveur des boissons alcooliques (33). La Cour avait procédé de la même manière, dans les arrêts *De Agostini* et *TV-Shop* (34) et *ARD* (35), s'agissant de réglementations nationales qui encadraient la publicité télévisée pour des produits. La Cour y avait jugé que ces réglementations nationales, bien qu'elles puissent constituer des modalités de vente exclues du champ d'application de la libre circulation des marchandises, devaient être appréciées à l'aune de la libre prestation des services.

67. À la différence de la présente affaire, relative à la publicité effectuée par une pharmacie pour ses propres services de vente en ligne, ces arrêts concernaient des services de publicité fournis par un prestataire établi dans un État membre à un bénéficiaire (annonceur) établi dans un autre État membre (36). Dans un tel contexte, les conditions de la prestation transfrontière d'un service publicitaire ne pouvaient pas être considérées comme accessoires à la vente de marchandises par l'annonceur.

68. Il s'ensuit que les mesures en cause au principal, tirées de l'application des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique, doivent être examinées au regard de l'article 34 TFUE, sans qu'il soit nécessaire d'en vérifier également la conformité à

l'article 56 TFUE.

b) Sur la qualification des mesures en cause de « mesures d'effet équivalent »

69. L'article 34 TFUE interdit entre les États membres les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. La Cour considère, depuis l'arrêt Dassonville (37), que toute mesure d'un État membre susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce au sein de l'Union constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au sens de cette disposition.

70. Selon la jurisprudence issue de l'arrêt Keck et Mithouard (38), n'est pas susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce entre les États membres, au sens de cette jurisprudence, l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres.

71. La Cour a itérativement considéré des réglementations nationales restreignant les possibilités pour une entreprise de faire de la publicité comme des mesures limitant certaines modalités de vente (39). Celles-ci échappent, dès lors, au champ d'application de l'article 34 TFUE si les deux conditions susmentionnées sont réunies.

72. La première de ces conditions est manifestement remplie en l'espèce. En effet, la juridiction de renvoi part du principe selon lequel, comme l'a considéré le tribunal de commerce de Paris, les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique s'appliquent à toutes les pharmacies qui vendent des médicaments au public français, qu'elles soient établies en France ou dans un autre État membre.

73. Plus délicate est la question de savoir s'il est également satisfait à la seconde desdites conditions. À cet égard, la Cour a jugé à plusieurs reprises que des dispositions nationales qui interdisaient certains types de publicité dans des secteurs particuliers affectaient de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits en provenance des autres États membres et celle des produits nationaux, si bien qu'elles constituaient des modalités de vente échappant au champ d'application de l'article 34 TFUE (40). Il en allait ainsi, en particulier, d'une règle déontologique interdisant aux pharmaciens de faire de la publicité, en dehors de leur officine, pour les produits parapharmaceutiques qu'ils sont autorisés à commercialiser (41).

74. Toutefois, la Cour n'a pas considéré de la même manière des dispositions nationales qui prévoyaient une interdiction totale de la publicité ou, à tout le moins, d'une certaine forme de promotion d'un produit légalement vendu dans l'État membre en cause.

75. Cette approche témoigne de la reconnaissance par la Cour de l'importance considérable que revêt la publicité afin de permettre à des produits en provenance d'un État membre d'accéder au marché d'un autre État membre (42). Il en va ainsi, à plus forte raison, lorsque la publicité concerne le portail de vente en ligne d'une entreprise. La vente par Internet constitue, en effet, une modalité particulièrement efficace de commercialisation, dans un État membre, de médicaments provenant d'un autre État membre (43). A fait valoir, à ce sujet, que la publicité constitue le seul moyen dont dispose une officine établie dans un autre État membre pour attirer la clientèle française vers son site Internet, à défaut de la visibilité offerte par l'existence d'une officine physique en France.

76. Ainsi, dans l'arrêt Gourmet International Products (44), une interdiction de toute publicité pour des boissons alcooliques à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique a été considérée comme étant de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur

est spontanément mieux familiarisé (45).

77. À l'inverse, la Cour a considéré, dans l'arrêt Karner (46), qu'une interdiction qui ne vise pas une certaine forme de promotion en tant que telle, bien qu'elle soit, en principe, susceptible de restreindre le volume total des ventes dans l'État membre considéré et, par conséquent, de diminuer également le volume des ventes de marchandises en provenance d'autres États membres, n'affecte pas plus lourdement la commercialisation des produits originaires de ces derniers que celle des produits nationaux.

78. Aux fins de déterminer si une mesure nationale conduit à une interdiction totale de la publicité, ou, du moins, d'une certaine forme de publicité, au sens de cette ligne de jurisprudence, certains enseignements peuvent, à mon avis, être tirés, par analogie, de la définition que la Cour a donnée d'une notion voisine utilisée à l'article 24, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur (47). Conformément à cette disposition, les États membres doivent supprimer les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées. Selon la Cour, doivent, dans ce contexte, être considérées comme des interdictions totales non seulement les règles interdisant aux membres d'une telle profession de recourir à la communication commerciale quelle qu'en soit la forme, mais également celles qui interdisent le recours à une ou plusieurs formes de communications commerciales. Ainsi, relèvent de la notion d'« interdictions totales » les règles professionnelles prohibant de communiquer, dans un média ou dans certains d'entre eux, des informations sur le prestataire ou sur son activité (48). Cette définition est, à mes yeux, transposable dans le cadre de l'application de l'article 34 TFUE.

79. En l'occurrence, à première vue et comme le soutiennent le gouvernement français et la Commission, une interdiction d'effectuer de la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments sous la forme de l'envoi massif de prospectus par la poste, y compris en jumelage avec les colis d'un partenaire commercial, le cas échéant en proposant des ristournes, n'a pas, en tant que telle, pour effet d'interdire totalement une certaine forme de publicité – à savoir la publicité par la poste – pour ces produits.

80. Cependant, A fait valoir que, tels qu'ils ont été interprétés et appliqués par le tribunal de commerce de Paris, les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique reviennent de facto à qualifier toute publicité réalisée par une pharmacie de potentiellement contraire à la dignité de la profession et toute remise de prix, de remise présentant un risque d'incitation à la consommation abusive de médicaments (49). En particulier, A fait grief au tribunal de commerce de Paris de n'avoir dégagé aucun critère permettant de qualifier de « massive » une pratique publicitaire donnée, ni seuil à partir duquel une promotion est jugée incitative à la consommation abusive de médicaments. Le gouvernement néerlandais considère également que le droit français interdit de façon générale toute forme de publicité pratiquée tant en ligne que hors ligne par des pharmaciens.

81. Daniel B e.a. rétorquent que la création du site Internet d'une pharmacie peut donner lieu à un communiqué dans la presse écrite, mentionnant l'adresse de ce site. Les pharmaciens pourraient également faire paraître des annonces en faveur de leurs activités de vente en ligne dans la presse écrite (50). Daniel B e.a. semblent, en revanche, admettre que le droit français interdit aux pharmacies d'effectuer, à tout le moins, de la publicité par la voie postale auprès des particuliers.

82. Dans ces conditions, il appartiendra à la cour d'appel de Paris de vérifier si ces dispositions, seules ou en combinaison avec d'autres dispositions législatives ou réglementaires, ont pour effet d'interdire totalement la publicité effectuée par la poste pour les services de vente en ligne de médicaments. En cas de réponse affirmative à cette question, les restrictions instituées par les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique devraient être qualifiées de mesures d'effet équivalent au sens de l'article 34 TFUE. Il incomberait alors à la juridiction de renvoi d'examiner si ces restrictions sont néanmoins justifiées par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE ou par des exigences impératives (51).

c) Sur la justification des mesures d'effet équivalent

83. Le gouvernement français fait valoir que l'article R. 4235-22 du code de la santé publique a pour objet, ainsi que l'indique son libellé, de protéger la dignité de la profession de pharmacien. Cet objet participerait de la poursuite de la finalité plus large de protection de la santé publique. L'article R. 4235-64 de ce code viserait à prévenir la consommation excessive ou inappropriée de médicaments et, partant, œuvrerait également à la protection de la santé publique.

84. La protection de la santé publique constitue un objectif d'intérêt général expressément reconnu à l'article 36 TFUE. En outre, la Cour a déjà reconnu la légitimité des objectifs plus spécifiques consistant à assurer l'indépendance, la dignité et l'intégrité d'une profession réglementée (52) ainsi qu'à prévenir la surconsommation ou la consommation incorrecte de médicaments (53).

85. Les objectifs invoqués par le gouvernement français ne pourront cependant justifier les mesures en cause que pour autant que celles-ci soient propres à garantir la réalisation de ces objectifs et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'ils soient atteints (54).

86. La charge de la preuve de l'aptitude et de la nécessité de la mesure pour réaliser les objectifs recherchés pèse, dans chaque cas d'espèce, sur les autorités nationales. Lorsqu'elle examine une réglementation nationale au regard de la justification relative à la protection de la santé et de la vie des personnes, une juridiction nationale est tenue d'apprécier de manière objective si les éléments de preuve fournis par l'État membre concerné permettent raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à réaliser les objectifs poursuivis ainsi que s'il est possible d'atteindre ces derniers par des mesures moins restrictives de la libre circulation des marchandises (55).

87. Il convient de tenir compte, dans le cadre de cet examen de proportionnalité, du fait que la santé et la vie des personnes occupent, selon une jurisprudence constante, le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité FUE. Il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau étant susceptible de varier d'un État membre à l'autre, la Cour reconnaît aux États membres une marge d'appréciation à ce sujet (56).

88. Qui plus est, la Cour a itérativement souligné le caractère très particulier des médicaments, dont les effets thérapeutiques les distinguent substantiellement des autres marchandises (57). Ces effets thérapeutiques ont pour conséquence que, si des médicaments sont consommés sans nécessité ou de manière incorrecte, ils peuvent gravement nuire à la santé, sans que le patient soit en mesure d'en prendre conscience lors de leur administration (58).

89. En ce qui concerne les communications commerciales relatives à des prestations de soins de santé, la Cour a jugé, dans l'arrêt Vanderborght (59), que l'usage intensif de publicités ou le choix de messages promotionnels agressifs était susceptible, en détériorant l'image de la profession de dentiste, en altérant la relation entre les dentistes et leurs patients, ainsi qu'en favorisant la réalisation de soins non appropriés ou non nécessaires, de nuire à la protection de la santé et de porter atteinte à la dignité de la profession de dentiste. Comme l'avance le gouvernement français, cette conclusion est, eu égard à la relation de confiance qui doit également prévaloir entre le pharmacien et son client, applicable par analogie à la publicité effectuée par une pharmacie pour ses services de vente en ligne de médicaments (60).

90. À la lumière de ces considérations, l'interdiction d'insérer massivement des tracts publicitaires, le cas échéant lorsque ces tracts affichent des promotions fondées sur le montant de la commande, dans les colis de partenaires commerciaux m'apparaît, en premier lieu, apte à la réalisation de l'objectif de protection de la dignité de la profession de pharmacien. Comme le soutient le gouvernement espagnol, une telle insertion présente le risque d'assimiler les médicaments à des biens ordinaires, placés sur le même pied que les produits de consommation, tels que des vêtements ou des chaussures, livrés dans le colis du partenaire commercial. La distribution

à grande échelle de prospectus publicitaires dans les boîtes aux lettres des consommateurs potentiels véhicule également une image commerciale et mercantile de la profession de pharmacien susceptible d'altérer la perception par le public de cette profession. J'estime, à l'instar des gouvernements français, hellénique et espagnol, qu'un État membre est habilité à considérer cette pratique comme étant contraire à la dignité de cette profession.

91. L'article R. 4235-22 du code de la santé publique correspond, au demeurant, aux règles édictées par le code communautaire de bonne conduite des communications des pharmaciens (61), que Daniel B e.a. ont annexé à leurs observations écrites (62). Aux termes de ce code, « [l]orsque des publicités et des promotions sont autorisées, elles devraient conserver l'apparence professionnelle requise par une pharmacie ».

92. De surcroît, en ce que les promotions proposées sur les prospectus publicitaires et fondées sur le montant de la commande visaient précisément à inciter les achats, notamment, de médicaments sur le site Internet de l'officine en cause et à faire dépenser par les patients des sommes dépassant certains seuils, l'interdiction de ces promotions était, me semble-t-il, propre à réaliser l'objectif d'éviter que la surconsommation de médicaments ne soit encouragée.

93. Doit, à cet égard, être rejetée l'argumentation, invoquée en substance par A, selon laquelle l'interdiction de telles promotions ne serait, en l'espèce, pas utile, ni a fortiori nécessaire, à la protection de la santé publique dans la mesure où cette société vend exclusivement, outre des produits de parapharmacie, des médicaments non soumis à prescription. Selon A, dès lors que de tels médicaments présentent un risque sanitaire moindre que les médicaments soumis à prescription, l'intérêt de la santé publique ne justifierait pas l'adoption de mesures restrictives destinées à en limiter ou à en encadrer la consommation.

94. Ainsi que l'ont fait valoir, en substance, les gouvernements français et hellénique lors de l'audience, le fait que la délivrance de certains médicaments ne nécessite pas l'intervention d'un médecin n'implique aucunement que ces médicaments ne s'accompagnent pas d'effets secondaires indésirables et ne comportent pas de risque significatif pour la santé publique, en particulier s'ils sont consommés en quantités excessives. La Cour a d'ailleurs reconnu le risque associé à la surconsommation ou à la consommation abusive de médicaments sans le limiter à ceux dont la délivrance requiert une ordonnance médicale (63).

95. S'agissant, en second lieu, de la *nécessité* des interdictions en cause, je rappelle que la Cour a jugé, dans l'arrêt Vanderborght (64), qu'une législation nationale interdisant de manière générale et absolue toute forme de publicité utilisée par les dentistes pour promouvoir leurs activités de soins dépasse ce qui est nécessaire pour protéger la santé publique et la dignité de la profession de dentiste. En revanche, selon la Cour, une législation nationale encadrant, le cas échéant de manière étroite, les formes et les modalités qui peuvent revêtir les outils de communication utilisés par les dentistes comporterait des mesures alternatives moins restrictives compatibles avec l'article 56 TFUE. Ce raisonnement est, à mes yeux, transposable à des restrictions apportées aux formes et aux modalités de la publicité à laquelle peuvent se livrer les pharmacies pour les produits qu'elles vendent et les services qu'elles fournissent.

96. Selon Daniel B e.a. ainsi que les gouvernements français et hellénique, les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique se limitent à prévoir un encadrement strict des formes et des modalités de la publicité à laquelle peuvent se livrer les pharmacies.

97. Comme exposé précédemment (65), A se plaint, en revanche, de l'effet cumulé des différentes restrictions que le droit français apporterait à la publicité portant sur des services de vente en ligne de médicaments. Le gouvernement néerlandais se demande, à l'instar de A, si la législation française ne comporte pas, en réalité, une interdiction générale de la publicité par les pharmaciens. La Commission estime également que la réglementation française restreint de façon majeure la publicité sur la plupart des supports imaginables. Aucune de ces parties et intéressés ne

conteste, cependant, que, comme l'ont souligné Daniel B e.a. et la Commission, la publicité pour les services de vente en ligne fournis par une pharmacie demeure, à tout le moins, possible dans la presse écrite, moyennant le respect de certaines conditions.

98. Dans ces conditions, il n'apparaît pas qu'une pharmacie établie dans un autre État membre soit dépourvue de toute possibilité de faire de la publicité pour ses services de vente en ligne destinés aux consommateurs français (66). En tout état de cause, je constate que l'affaire au principal porte uniquement sur la conformité au droit de l'Union d'une interdiction pour un pharmacien de se livrer à une campagne de publicité pour ses services de vente en ligne qui consiste à envoyer au public des prospectus publicitaires non sollicités et proposant, le cas échéant, des ristournes sur le prix des médicaments commandés. La résolution de cette affaire ne nécessite pas que soit tranchée la question de savoir si les dispositions du code de la santé publique, en ce qu'elles interdisent également d'autres formes de publicité, sont disproportionnées.

99. Par ailleurs, A soutient que l'interdiction des promotions basées sur le montant de la commande dépasse ce qui est nécessaire pour éviter la consommation abusive de médicaments dans la mesure où elle s'applique même lorsque la commande ne comprend que des produits de parapharmacie. Le dossier soumis à la Cour ne permet pas de déterminer si l'article R. 4235-64 du code de la santé publique interdirait également de telles promotions lorsque le montant de la commande pris en compte pour déterminer l'obtention d'un rabais couvre uniquement des produits de parapharmacie, à l'exclusion de tout médicament. Dans l'affirmative, l'interdiction en cause excéderait, à mon avis, ce qui est nécessaire pour prévenir la consommation abusive de médicaments. Interdire les promotions fondées sur le montant de la commande *dans la seule mesure où cette commande inclut des médicaments* suffirait, à mon avis, à réaliser cet objectif.

100. Cependant, en tout état de cause, l'interdiction de l'envoi massif aux consommateurs potentiels de prospectus publicitaires contenant des promotions telles que celles en cause au principal me semble déjà, en tant que telle, être justifiée par la nécessité de protéger la dignité de la profession de pharmacien.

D. Sur la compatibilité avec le droit de l'Union des restrictions à la publicité digitale pour les services de vente en ligne de médicaments

101. Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, l'article R. 4235-64 du code de la santé publique a également été interprété par le tribunal de commerce de Paris comme interdisant les promotions liées au montant de la commande lorsqu'elles sont affichées sur le site Internet d'une pharmacie. En outre, l'arrêté relatif aux règles techniques interdit aux pharmacies de recourir au référencement payant dans des moteurs de recherche et des comparateurs de prix. Dans la mesure où cette technique a pour objet d'attirer vers le site Internet d'une pharmacie des consommateurs potentiels qui effectuent des recherches sur Internet, le référencement payant revêt également un caractère publicitaire (67).

102. Pour les raisons exposées ci-après, j'estime que l'interdiction pour une pharmacie d'afficher sur son site Internet des promotions pour des médicaments et celle de recourir au référencement payant relèvent du champ d'application de l'article 3 de la directive 2000/31 (section 1). En ce que ces interdictions émanent de l'État membre de destination d'un service de la société de l'information et restreignent la libre circulation de ce service pour une raison relevant du domaine coordonné, elles ne sont admises que dans les conditions strictes énoncées au paragraphe 4 de cet article (sections 2 et 3).

1. Sur l'applicabilité de l'article 3 de la directive 2000/31

103. Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2000/31, l'État membre de destination d'un service de la société de l'information ne peut, en principe, pas restreindre la libre circulation de ce service pour des raisons relevant du domaine coordonné, tel que défini à l'article 2, sous h), de cette directive.

104. Le domaine coordonné englobe, je le rappelle, les exigences que le prestataire d'un service de vente en ligne doit satisfaire en ce qui concerne la publicité effectuée sur Internet pour ce service (68).

105. Il ressort, par ailleurs, de cette disposition que de telles exigences relèvent du domaine coordonné « qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour [les prestataires de services de la société de l'information ou les services de ce type] » (69). Aussi la circonstance selon laquelle l'article R. 4235-64 du code de la santé publique vise, de façon générale, la publicité tant en ligne que hors ligne ne saurait-elle soustraire les exigences qu'il prévoit du domaine coordonné.

106. En conséquence, l'État membre de destination d'un service de vente en ligne ne peut pas, en principe, en restreindre la prestation en raison d'exigences relatives à la publicité sur Internet.

107. Or, l'interdiction du référencement payant dans des moteurs de recherche, en limitant les possibilités de faire de la publicité pour un service de vente en ligne, restreint la libre circulation de ce service. Étant donné que la publicité sur Internet peut en elle-même être considérée comme un service de la société de l'information, cette interdiction en entrave également la libre circulation. Il en va de même de l'interdiction de proposer des ristournes sur le site Internet d'une pharmacie dans la mesure où cette pratique est considérée comme incitant à la consommation de médicaments.

108. Ne saurait, à cet égard, être accueillie l'argumentation, développée par Daniel B e.a., selon laquelle l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/31 reconnaît la compétence de principe de l'État membre de destination pour réglementer les communications commerciales des membres d'une profession réglementée, telle que la profession de pharmacien (70). Cette disposition enjoint les États membres à autoriser les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service, sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession. À mon sens, elle ne saurait être conçue comme une règle attribuant compétence à l'État membre de destination pour encadrer ces communications commerciales par dérogation à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/31. L'article 8, paragraphe 1, de cette directive figure, en effet, sous un chapitre distinct, intitulé « Principes », qui contient une série de dispositions d'harmonisation minimale de certains aspects relatifs à la prestation de services de la société de l'information (71). L'article 8, paragraphe 1, de ladite directive constitue ainsi une disposition d'harmonisation positive en ce qu'elle oblige chaque État membre à autoriser les membres d'une profession réglementée établis sur leur territoire à communiquer commercialement au sujet de leur offre de services de la société de l'information dans le respect des règles déontologiques applicables à cette profession (72).

109. Afin de répondre à la question déférée par la juridiction de renvoi, il convient, par ailleurs, de déterminer si l'interdiction pour une pharmacie d'afficher sur son site Internet des promotions pour des médicaments et celle de recourir au référencement payant constituent des conditions imposées par un État membre pour la vente au détail de médicaments sur son territoire, au sens de l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83 (73). Cette disposition, dont la Cour n'a pas encore eu l'occasion d'explicitier le contenu, donne lieu à certaines difficultés d'interprétation au regard de son articulation avec l'article 3 de la directive 2000/31.

110. Contrairement à ce que fait valoir le gouvernement espagnol, la directive 2001/83 ne constitue pas une *lex specialis* qui primerait la directive 2000/31. Ainsi qu'il ressort de son article 1^{er}, paragraphe 3, et de son considérant 11, la directive 2000/31 se juxtapose aux instruments de droit dérivé qui s'appliquent plus particulièrement dans des secteurs déterminés. Seuls les secteurs énumérés à l'article 1^{er}, paragraphe 5, et à l'annexe de cette directive (74) – dont ne font partie ni les services de vente en ligne, ni les services de publicité pour les médicaments (75) – échappent au champ d'application du principe du pays d'origine prévu à son article 3.

111. Ainsi que je l'ai déjà relevé (76), l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83 se borne à rappeler la compétence des États membres pour établir des conditions pour la délivrance au détail de médicaments sur leurs territoires dans les limites prévues par le traité FUE. Cette disposition opère sans préjudice des restrictions que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2000/31 apporte à la compétence de l'État membre de destination de services de vente en ligne de médicaments pour encadrer les conditions relatives à l'exercice de ces activités de vente en ligne et de publicité en ligne y afférentes.

112. Étant donné que le domaine coordonné par la directive 2000/31 comprend, conformément à son article 2, sous h), i), les exigences relatives à l'exercice de l'activité de prestation d'un service de la société de l'information et que cette catégorie inclut celles qui ont trait à la publicité en ligne pour de tels services, l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83 ne saurait donc autoriser l'État membre de destination à réglementer cette forme de publicité et, ce faisant, à déroger à la compétence de principe que l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/31 attribue, en la matière, à l'État membre d'origine.

113. Toutefois, l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 autorise les États membres à déroger au principe du pays d'origine dans le respect des conditions substantielles et procédurales énoncées, respectivement, aux points a) et b) de cette disposition. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Airbnb Ireland* (77), ces dérogations peuvent consister en l'application, dans un cas concret, à un prestataire de services de la société de l'information d'une réglementation qui s'applique de façon générale à une catégorie de prestataires ou de services déterminés.

114. Il est donc nécessaire d'examiner, en l'espèce, si les conditions listées à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 sont réunies. Il n'y aura pas lieu, par ailleurs, d'examiner les exigences relatives à la publicité en ligne au regard des dispositions du traité FUE. En effet, selon la jurisprudence, toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive à l'échelle de l'Union doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation, et non pas de celles du droit primaire (78). L'article 3 de la directive 2000/31 contient, plus exactement, une règle de coordination visant à garantir le principe de contrôle à la source des activités de services de la société de l'information dans les matières relevant du domaine coordonné. La logique dont il procède implique que, en ce qui concerne ces matières, les États membres ne peuvent déroger au principe du pays d'origine que dans les conditions prévues au paragraphe 4 de cet article. Dès lors, de telles dérogations ne doivent pas être examinées à l'aune des dispositions du traité FUE.

2. Sur le respect des conditions procédurales prévues à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31

115. L'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 dispose que, avant d'adopter une mesure dérogeant au paragraphe 2 de cet article, l'État membre de destination du service en cause doit demander à l'État membre d'établissement du prestataire de prendre des mesures. Si ce dernier n'accède pas à cette demande ou omet d'adopter des mesures suffisantes, le premier État membre doit notifier son intention de prendre une mesure restrictive à l'encontre de ce prestataire à la Commission et au second État membre (79).

116. A fait valoir que la République française n'a pas respecté les obligations qui lui incombaient au titre de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31. S'il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer cette vérification, le dossier soumis à la Cour ne fait pas apparaître que cet État membre aurait notifié son intention d'appliquer à ce prestataire l'article R. 4235-64 du code de la santé publique ainsi que l'arrêté relatif aux règles techniques à la Commission et à l'État membre où il est établi, à savoir le Royaume des Pays-Bas (80).

117. Comme l'a fait remarquer A, il ressort de la base de données relatives aux notifications en vertu de la directive 2015/1535 que l'arrêté relatif aux règles techniques, tout comme l'arrêté relatif

aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments, a été notifié à la Commission au titre de l'article 5, paragraphe 1, de cette directive (81). Une telle notification ne saurait, cependant, se substituer à celle que prescrit l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31. En effet, les obligations de notification instituées à ces deux dispositions s'imposent selon une séquence temporelle distincte, présentent un objet différent et revêtent une nature complémentaire.

118. D'une part, l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2015/1535 prévoit la notification à la Commission par les États membres des projets de réglementation concernant, notamment, des règles relatives aux services de la société de l'information. Cette notification a pour objet de permettre à la Commission, ainsi qu'aux autres États membres (82), de vérifier, en amont de leur adoption, si les règles générales et abstraites envisagées sont conformes aux libertés fondamentales garanties par le traité FUE.

119. D'autre part, après que ces règles ont été adoptées, l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 oblige encore l'État membre de destination à notifier l'État membre d'origine ainsi que la Commission de son intention d'appliquer, dans un cas concret, lesdites règles à un prestataire ou à un service déterminé en précisant la mesure qu'il envisage de prendre à son endroit. En outre, l'État membre de destination ne peut procéder à une telle application que pour autant qu'il ait préalablement demandé à l'État membre d'origine de prendre des mesures et que ce dernier n'ait pas accédé à cette demande ou n'ait adopté que des mesures insuffisantes.

120. La Cour a jugé, dans l'arrêt *Airbnb Ireland* (83), que la méconnaissance de l'obligation de notification préalable prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31, à l'instar de celle prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2015/1535, rend la réglementation prévoyant la mesure restrictive en cause inopposable au prestataire concerné. Cette inopposabilité peut être invoquée dans le cadre non seulement d'une procédure pénale, mais également, comme en l'espèce, d'un litige entre particuliers.

121. Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi confirmerait que la République française n'a pas respecté les conditions procédurales prévues à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31, elle devrait conclure à l'inopposabilité à A des dispositions en cause dans le cadre du litige au principal, sans qu'il y ait lieu de vérifier si les conditions substantielles énoncées au point a) de cette disposition sont réunies (84). Ces conditions procédurales et substantielles sont, en effet, cumulatives (85). Par souci d'exhaustivité, j'aborde cependant ci-après l'examen du respect des conditions substantielles prévues à l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31.

3. Sur le respect des conditions substantielles prévues à l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31

122. L'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31 dispose que toute mesure restrictive à la libre circulation d'un service de la société de l'information doit être nécessaire afin de garantir l'ordre public, la protection de la santé publique, la sécurité publique ou la protection des consommateurs, être prise à l'encontre d'un service qui porte effectivement atteinte à ces objectifs ou constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces derniers, et être proportionnée auxdits objectifs. Ces conditions de nécessité et de proportionnalité recourent largement celles au respect desquelles est subordonnée toute entrave aux libertés fondamentales garanties aux articles 34 et 56 TFUE. Dans cette optique, comme l'a fait valoir la Commission, c'est à la lumière de la jurisprudence relative à ces dispositions que doit être évaluée la conformité des mesures en cause à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31.

123. Au soutien de l'interdiction des promotions affichées sur le site Internet de A, le gouvernement français se prévaut des mêmes objectifs que ceux avancés à l'appui de l'interdiction de telles promotions lorsqu'ils sont portés à l'attention du public sur des supports physiques. Ces objectifs relèvent de la protection de la santé publique et constituent, dès lors, conformément à l'article 3, paragraphe 4, sous a), i), de la directive 2000/31, des raisons susceptibles de justifier une dérogation

au paragraphe 2 de cet article.

124. Le référencement payant, qui vise à accroître la visibilité d'une pharmacie déterminée en faisant apparaître son site Internet dans les premiers résultats d'un moteur de recherche, ne comporte pas en tant que tel de message promotionnel au contenu pouvant être jugé indigne de la profession de pharmacien ou incitatif à la consommation de médicaments. En ce qui concerne l'interdiction de cette pratique, le gouvernement français a invoqué, lors de l'audience, la nécessité d'assurer une répartition équilibrée des officines de pharmacie sur l'ensemble du territoire national. Selon ce gouvernement, le référencement payant est de nature à modifier cet équilibre territorial en concentrant la commercialisation des médicaments entre les mains des officines de vente en ligne de taille importante. Ce phénomène serait susceptible d'aggraver la situation de « désertification » pharmaceutique déjà constatée dans certaines régions de France. Ledit gouvernement précise que, s'il ne saurait être exclu que, comme l'ont fait remarquer A et la Commission, le commerce en ligne de médicaments facilite l'accès des personnes résidant dans les zones les plus isolées aux médicaments disponibles sans prescription, le développement de cette pratique aurait pour effet collatéral de rendre plus difficile l'accès aux médicaments nécessitant une prescription, lesquels ne peuvent être délivrés que dans une officine physique.

125. À cet égard, la Cour a déjà reconnu que la nécessité d'assurer l'approvisionnement stable d'un État membre en médicaments à des fins médicales essentielles est susceptible de justifier une entrave aux échanges entre les États membres, dans la mesure où cet objectif participe de la protection de la santé et de la vie des personnes (86). Par conséquent, l'objectif avancé par le gouvernement français à l'appui de l'interdiction du référencement payant constitue également une raison reconnue comme légitime à l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31.

126. Cela étant précisé, il appartient, je le rappelle, aux autorités nationales d'apporter la preuve de l'aptitude et de la nécessité d'une mesure restrictive des libertés fondamentales de circulation aux fins d'assurer la réalisation de l'objectif légitime poursuivi (87).

127. À ce propos, les considérations développées aux points 90 à 99 des présentes conclusions, relatives à l'aptitude et la nécessité d'une interdiction des promotions portées à la connaissance du public au moyen de prospectus distribués dans leurs boîtes aux lettres, consistant en une réduction de prix dès que la commande dépasse un certain montant, sont applicables mutatis mutandis lorsque ces promotions sont affichées sur le site Internet de l'officine.

128. Concernant l'interdiction du référencement payant, A et la Commission en contestent, en premier lieu, l'aptitude à réaliser l'objectif recherché par les autorités françaises. De l'avis de A, les diverses restrictions apportées à la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments sont davantage susceptibles d'empêcher l'entrée de nouveaux acteurs, souvent de taille réduite, sur le marché français. La Commission doute, quant à elle, de l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le fait de se livrer à des pratiques publicitaires pour la vente en ligne de médicaments et la disparition des officines physiques. À cet égard, la Commission fait valoir que les pharmacies traditionnelles continuent à bénéficier de certains avantages concurrentiels, notamment en matière d'accès et de délivrance immédiate des produits. Elle souligne également que ces dernières conservent le monopole sur la vente de médicaments soumis à prescription.

129. À mon avis, l'absence alléguée d'un lien de causalité démontré entre l'interdiction du référencement payant et la prévention du risque de disparition d'un nombre significatif d'officines dans les zones isolées ne saurait, en tant que telle, faire obstacle à l'aptitude de cette interdiction à réaliser l'objectif invoqué. En effet, selon la jurisprudence, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes – y compris, plus précisément, de risques pour l'approvisionnement sûr et de qualité de la population en médicaments –, l'État membre en cause est habilité à prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soit pleinement démontrée. Dans une telle situation, cet État membre peut adopter les mesures qui réduisent, autant que possible, les risques pour la santé

publique (88).

130. Toutefois, l'État membre concerné demeure, me semble-t-il, tenu d'étayer l'existence du risque allégué ainsi que la probabilité raisonnable d'un lien de causalité entre la mesure restrictive et l'affaiblissement de ce risque – ou, corrélativement, entre la pratique que cette mesure vise à encadrer et l'augmentation dudit risque (89).

131. En d'autres termes, lorsqu'un État membre invoque, au soutien d'une mesure restrictive, la nécessité d'éviter la survenance d'un risque – tel que l'apparition ou l'aggravation d'un phénomène de relâchement du maillage territorial en officines de pharmacie –, il ne saurait être contraint de produire des éléments empiriques démontrant sans aucune ambiguïté l'existence d'un lien de causalité entre la mesure en cause et l'effet recherché. Une telle preuve impliquerait, en effet, d'attendre que ce risque se réalise aux fins de pouvoir vérifier si la mesure restrictive permet effectivement d'y remédier. L'examen de la proportionnalité d'une réglementation nationale adoptée dans le domaine particulièrement sensible de la santé publique doit tenir compte de la complexité des appréciations ayant présidé au choix des autorités nationales et de la marge d'incertitude qui caractérise les effets d'une telle réglementation (90). L'État membre en cause est néanmoins tenu d'accompagner les raisons justificatives invoquées par une analyse de l'aptitude et de la nécessité de la réglementation ainsi que par des éléments précis permettant d'étayer son argumentation (91). La juridiction nationale doit alors vérifier si les éléments de preuve produits permettent raisonnablement d'estimer que cette réglementation est apte à réaliser l'objectif poursuivi et s'il est possible d'atteindre celui-ci par des mesures moins restrictives. Dans ce contexte, il lui incombe de tenir compte de l'ensemble des éléments de preuve dont elle dispose au moment où elle statue (92).

132. En l'occurrence, le gouvernement français s'est borné à affirmer, devant la Cour, que le référencement payant est de nature à amplifier le phénomène de relâchement du maillage territorial des officines, sans apporter d'éléments d'analyse plus spécifiques accompagnant cette argumentation. Je doute qu'une telle affirmation suffise à démontrer l'aptitude de l'interdiction du référencement payant à prévenir un tel effet. Cela étant, c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartiendra, au regard de l'ensemble des éléments de preuve qui lui auront été apportés au moment où elle statuera, d'apprécier si ce gouvernement a établi l'aptitude de la mesure en cause à prévenir une diminution du nombre d'officines sur le territoire français, qui aurait pour conséquence qu'un approvisionnement sûr et de qualité ne serait plus assuré sur l'intégralité de ce territoire.

133. À ce sujet, je me limiterai à observer que, comme la Cour l'a déjà reconnu, les pharmacies traditionnelles « sont, en principe, mieux à même que les pharmacies par correspondance de dispenser aux patients des conseils individuels par du personnel d'officine et d'assurer un approvisionnement de médicaments en cas d'urgence » (93). Toutefois, cet avantage comparatif ne saurait, en lui-même, empêcher la survenance du risque d'amplification du phénomène de « désertification » pharmaceutique invoqué par le gouvernement français. Pourvu que ce gouvernement puisse étayer l'existence de ce risque et établir la probabilité raisonnable que le référencement payant, en accroissant la visibilité des officines en ligne de taille importante, augmente ledit risque, l'interdiction de cette pratique devrait être jugée propre à la réalisation de l'objectif de le minimiser.

134. En ce qui concerne, en second lieu, la *nécessité* de l'interdiction du référencement payant, A fait valoir que l'adoption d'une mesure moins restrictive, consistant à interdire uniquement le référencement payant sur la base de certains mots clés particuliers, aurait pu être envisagée.

135. Je doute qu'une telle mesure permette d'atteindre les objectifs poursuivis par le gouvernement français avec autant d'efficacité que l'interdiction en vigueur. Aux dires de ce gouvernement, cette interdiction vise, en effet, à éviter la mise en avant d'une pharmacie au détriment de toutes les autres. Dès lors que cet effet du référencement payant ne dépend pas du choix des mots clés, l'objectif poursuivi par ladite interdiction ne saurait être atteint en la limitant à certains mots clés.

136. En outre, comme l'a avancé la Commission, s'il est vrai que les moteurs de recherche représentent le moyen principal pour les pharmacies en ligne de se faire connaître du public, la réglementation française n'empêche aucunement les officines en ligne de figurer dans les premiers résultats sur un moteur de recherche sur la base d'un référencement naturel (c'est-à-dire opéré sur la base de l'algorithme développé par ce moteur de recherche, indépendamment de tout paiement de la part du prestataire concerné). Compte tenu également des possibilités, même restreintes, d'effectuer de la publicité pour leur site Internet par d'autres voies (94), l'interdiction du référencement payant ne prive donc pas les pharmacies de toute possibilité de faire connaître celui-ci du public.

E. Sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'obligation de faire remplir un questionnaire de santé par le patient

1. Sur l'applicabilité de l'article 3 de la directive 2000/31

137. La disposition de l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments qui subordonne la validation de la première commande de médicaments effectuée par un patient sur le site Internet d'une officine au remplissage préalable d'un questionnaire de santé en ligne relève, me semble-t-il, également du champ d'application du principe du pays d'origine énoncé à l'article 3 de la directive 2000/31.

138. En effet, cette disposition concerne, plutôt qu'une condition pour la délivrance au détail de médicaments sur le territoire français au sens de l'article 85 quarter, paragraphe 2, de la directive 2001/83, une exigence relative à l'exercice même par un pharmacien de ses activités de vente en ligne. Elle encadre les conditions dans lesquelles le contrat de vente en ligne peut être conclu ainsi que la manière dont l'activité de vente et de conseil du pharmacien doit être exercée en ligne. Or, le domaine coordonné au sens de l'article 2, sous h), de cette directive englobe, conformément au point i) de cette disposition, les exigences portant sur l'exercice du service en cause, et en particulier sur son contenu, y compris en matière de contrat. L'obligation de faire remplir par le patient un questionnaire de santé, telle que celle en cause au principal, concerne donc bien une matière relevant du domaine coordonné.

139. Une telle obligation, en investissant le prestataire de la tâche de récolter et d'analyser les réponses des patients au questionnaire prévu ainsi qu'en exerçant potentiellement, comme le fait valoir A, un certain effet dissuasif pour les patients souhaitant acheter des médicaments en ligne, s'analyse, à mes yeux, en une restriction à la libre circulation d'un service de la société de l'information au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2000/31 (95). En conséquence, elle ne peut être appliquée que dans le respect des conditions substantielles et procédurales prévues à l'article 3, paragraphe 4, sous a) et b), de cette directive.

2. Sur le respect des conditions substantielles et procédurales prévues à l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31

140. S'agissant des conditions procédurales, le dossier soumis à la Cour n'indique pas que les autorités françaises auraient notifié leur intention d'appliquer à A l'arrêté sur les bonnes pratiques de dispensation des médicaments conformément à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31, ce qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier.

141. En ce qui concerne les conditions substantielles énoncées à l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31, que j'aborde à nouveau afin d'être exhaustif, le gouvernement français invoque, à l'appui de l'obligation pesant sur une pharmacie de faire remplir par le patient le questionnaire visé avant la validation de sa première commande sur le site Internet de cette pharmacie, la nécessité d'assurer un conseil personnalisé au patient en vue de protéger celui-ci contre une utilisation inappropriée de médicaments.

142. La Cour a déjà reconnu la légitimité de cet objectif de santé publique (96). En effet, il ne saurait être exclu que la vente en ligne de médicaments comporte, eu égard à l'absence de contact

entre le pharmacien et le patient, un risque de consommation incorrecte ou abusive de médicaments (97). Comme l'a souligné le gouvernement français, ce risque s'attache, bien qu'à des degrés différents, à la délivrance de tout médicament, qu'il soit ou non soumis à prescription médicale obligatoire.

143. Il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier l'aptitude et la nécessité de l'obligation en cause à atteindre ledit objectif sur la base des éléments de preuve portés devant elle par le gouvernement français et à la lumière des considérations exposées ci-après.

144. À cet égard, ce gouvernement fait référence à un arrêt du Conseil d'État (98) dans lequel cette juridiction aurait explicité cet objectif dans les termes suivants : « [u]ne telle exigence a pour but de permettre au pharmacien, dans les conditions spécifiques de la dispensation par voie électronique, qui ne le mettent pas en contact direct avec le patient, de déceler d'éventuelles contre-indications, voire, ainsi que le prévoient les articles R. 4235-61 et R. 4235-62 du code de la santé publique, de refuser de dispenser un médicament lorsque l'intérêt de la santé du patient lui paraît l'exiger et d'inciter celui-ci à consulter un praticien qualifié chaque fois qu'il lui paraît nécessaire ». Le Conseil d'État en a conclu, comme le soutient en l'espèce le gouvernement français, que l'exigence de remplissage préalable du questionnaire de santé ne soumettait pas la vente en ligne de médicaments à des contraintes disproportionnées au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

145. Je partage cette appréciation. Ainsi que l'ont fait valoir Daniel B e.a., une telle exigence permet d'assurer que tout patient soit protégé de la même manière, qu'il se procure des médicaments sur Internet ou dans une officine physique. Contrairement à ce qu'allègue la Commission, l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments ne soumet pas la délivrance de médicaments en ligne à des règles plus strictes que celles qui entourent leur délivrance en officine.

146. Plus précisément, il ressort des explications fournies par le gouvernement français que cet arrêté vise à prendre en compte la nature et les conditions particulières caractérisant la vente de médicaments par Internet, pour laquelle le pharmacien, à défaut d'un contact direct et visuel avec le patient, n'a pas l'occasion de lui prodiguer un conseil à sa propre initiative lorsque le respect de son devoir professionnel l'imposerait (99). La situation de ce pharmacien diffère sur ce point de celle du pharmacien qui délivre des médicaments à partir d'une officine physique. Certes, le respect du devoir professionnel de conseil n'implique pas nécessairement qu'un pharmacien demande à tout patient qui se présente dans son officine de répondre aux questions figurant dans le questionnaire susmentionné. Cependant, la présence physique du patient lui offre, à tout le moins, l'opportunité de lui poser les questions qu'il estime nécessaires au respect de son devoir professionnel de conseil sur la base des attributs et caractères visibles de ce patient, qui témoignent de son état de santé. L'exigence de remplissage d'un questionnaire de santé vise ainsi à placer le pharmacien en ligne sur pied d'égalité avec celui exerçant ses activités dans une officine physique aux fins d'assurer qu'il puisse remplir son devoir professionnel de conseil.

147. A avance une série de mesures moins restrictives qui permettraient, selon elle, d'atteindre avec la même efficacité le but de protection de la santé publique recherché. En particulier, l'arrêté sur les bonnes pratiques de dispensation des médicaments assurerait déjà que les patients puissent bénéficier de conseils personnalisés en exigeant que les pharmacies virtuelles leur accordent la possibilité d'un échange interactif avec un pharmacien. A contrôlerait également les quantités commandées par l'intermédiaire de son site Internet sur la base de divers facteurs, parmi lesquels l'historique des commandes du patient. Ces contrôles suffiraient à prévenir le risque d'une surconsommation de médicaments. La Commission estime également que le fait de donner accès au patient à la notice du médicament, de lui rappeler les principales contre-indications et de lui offrir la faculté de questionner un pharmacien avant de passer commande, de même que la possibilité pour les pharmaciens d'entrer en contact avec le patient sur la base des informations dont il dispose et notamment de l'historique des commandes constituent des mesures alternatives moins restrictives.

148. Comme le font valoir Daniel B e.a. ainsi que le gouvernement espagnol, la faculté pour le patient de consulter le pharmacien avant de passer commande, même couplée à un contrôle des quantités achetées en aval de la première commande, ne constitue pas un moyen aussi efficace que le contrôle en amont, au moyen de la collecte préalable d'informations de la part du patient, du caractère approprié de sa commande, sur les plans quantitatif et qualitatif, à son état de santé. La Cour a d'ailleurs déjà jugé que « l'augmentation des éléments interactifs existant sur Internet devant être utilisés par le client avant que celui-ci ne puisse procéder à un achat [de médicament] » constitue une mesure acceptable en tant qu'alternative, moins attentatoire à la liberté de circulation des marchandises, à une interdiction de vente en ligne de médicaments et permettant de réaliser aussi efficacement l'objectif de diminuer le risque de mésusage des médicaments achetés en ligne (100).

149. À ce propos, comme l'a soutenu le gouvernement hellénique, le questionnaire institué par l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments contient uniquement des questions élémentaires relatives à l'âge, au poids, à la taille, au sexe, aux traitements en cours, aux antécédents allergiques, aux contre-indications ainsi qu'à l'état de grossesse ou d'allaitement. Ces questions appellent de la part du patient une réponse simple et directe. Elles ont, à mon avis, raisonnablement pu être jugées pertinentes et nécessaires aux fins d'éviter que le patient n'achète des médicaments inappropriés à son état de santé.

150. Dans ces conditions, l'obligation de faire remplir par le patient, avant la validation de sa première commande, un tel questionnaire m'apparaît apte et nécessaire à la réalisation de l'objectif d'assurer un conseil personnalisé aux patients en vue de protéger ceux-ci contre une consommation abusive de médicaments dans l'intérêt de la santé publique.

V. Conclusion

151. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose de répondre comme suit à la question posée par la cour d'appel de Paris (France) :

- 1) L'article 34 TFUE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre interdisant la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments fournis par une pharmacie établie dans un autre État membre, qui consiste à envoyer par la poste des prospectus publicitaires à grande échelle, le cas échéant en les insérant dans les colis de partenaires commerciaux actifs dans la vente en ligne de biens de consommation courante, et à proposer des réductions de prix lorsque la commande dépasse un certain montant, pour autant qu'une telle réglementation soit nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'objectif de protection de la dignité de la profession de pharmacien, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.
- 2) L'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») s'oppose à l'application, par l'État membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments, au prestataire de ce service, établi dans un autre État membre :
 - d'une réglementation interdisant les promotions, affichées sur le site Internet de ce prestataire, consistant à proposer des réductions de prix lorsque la commande dépasse un certain montant ;
 - d'une réglementation interdisant le recours à des services de référencement payant sur les moteurs de recherche et les comparateurs de prix, et
 - d'une réglementation subordonnant la validation de la première commande de médicaments par un patient sur le site Internet dudit prestataire au remplissage préalable

d'un questionnaire de santé,

pour autant que le premier État membre n'ait pas notifié au second État membre et à la Commission européenne son intention d'appliquer la réglementation en cause au même prestataire, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Dans l'hypothèse où de telles réglementations auraient été notifiées, l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31 ne s'opposerait pas à leur application par l'État membre concerné à un prestataire d'un service de vente en ligne de médicaments, établi dans un autre État membre, pourvu que cette application soit apte et nécessaire à la protection de la santé publique, ce qu'il appartiendrait à la juridiction de renvoi de vérifier.

1 Langue originale : le français.

2 Directive du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») (JO 2000, L 178, p. 1).

3 Directive du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 (JO 2001, L 311, p. 67), telle que modifiée par la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2011 (JO 2011, L 174, p. 74) (ci-après la « directive 2001/83 »).

4 Directive du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 204, p. 37).

5 Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive [98/34] (JO 1998, L 217, p. 18).

6 Directive du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (JO 2015, L 241, p. 1).

7 Ce site Internet comporte un nom de domaine de premier niveau « .fr ».

8 Voir directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO 2005, L 255, p. 22), telle que modifiée par la directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2013 (JO 2013, L 354, p. 132).

9 Voir, à ce sujet, notamment, Debarge, O., « La distribution au détail du médicament au sein de l'Union européenne : un croisement entre santé et commerce », *Revue internationale de droit économique* (2011), p. 197 et p. 201 à 217.

10 Comme l'a souligné A, la situation d'un tel pharmacien se distingue de celle d'un pharmacien qui se déplace physiquement, pour y prester des services, vers le territoire d'un État membre autre que celui où il est établi. Ainsi qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/36, la situation de ce dernier pharmacien est régie par les articles 5 à 9 de cette directive. En vertu de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2005/36, il « est soumis aux règles de conduite de caractère professionnel, réglementaire

ou administratif en rapport direct avec les qualifications professionnelles telles que la définition de la profession, l'usage des titres et les fautes professionnelles graves qui ont un lien direct et spécifique avec la protection et la sécurité des consommateurs, ainsi qu'aux dispositions disciplinaires applicables dans l'État membre d'accueil aux professionnels qui y exercent la même profession ».

[11](#) Cette disposition reflète les enseignements tirés de l'arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, EU:C:2003:664, point 112), dans lequel la Cour a jugé qu'une interdiction absolue de vendre en ligne des médicaments ne nécessitant pas de prescription médicale était incompatible avec la libre circulation des marchandises.

[12](#) Le référencement consiste à indexer les pages d'un site Internet dans les premières pages des moteurs de recherche.

[13](#) Dans l'énoncé de sa question, la juridiction de renvoi n'a fait référence qu'à l'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments, invoqué devant elle par *Daniel B e.a.* Il ressort, cependant, du dossier soumis à la Cour que, comme l'a souligné A, l'interdiction de l'achat d'un référencement sur les moteurs de recherche découle non pas de cet arrêté, mais bien de l'arrêté relatif aux règles techniques.

[14](#) Le gouvernement français invoque l'arrêt du 7 août 2018, *Smith* (C-122/17, EU:C:2018:631, point 44).

[15](#) Arrêt du 19 avril 2016, *DI* (C-441/14, EU:C:2016:278, points 30 et 31, ainsi que jurisprudence citée).

[16](#) Arrêt du 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland* (C-390/18, EU:C:2019:1112, point 97). Cet arrêt a été rendu après que le gouvernement français a soumis à la Cour ses observations écrites et orales.

[17](#) Voir, cependant, point 80 des présentes conclusions.

[18](#) Voir point 5 des présentes conclusions.

[19](#) Voir arrêt du 4 mai 2017, *Vanderborght* (C-339/15, EU:C:2017:335, points 36 et 37). La notion de « communication commerciale » est définie à l'article 2, sous f), de la directive 2000/31 comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ».

[20](#) Dans son premier rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, du 21 novembre 2003, sur l'application de la directive [2000/31], COM(2003) 702 final (p. 12), la Commission a d'ailleurs explicitement mentionné la vente en ligne de produits pharmaceutiques au nombre des services couverts par cette directive.

[21](#) Voir, à cet égard, arrêt du 2 décembre 2010, *Ker-Optika* (C-108/09, EU:C:2010:725, points 29 et 30).

[22](#) Voir arrêt du 8 novembre 2007, Gintec (C-374/05, EU:C:2007:654, point 20).

[23](#) Le Conseil d'État (France) a également retenu cette interprétation dans son arrêt du 4 avril 2018, N° 407292 (FR :CECHR :2018 :407292.20180404, point 6), annexé aux observations écrites de A et de Daniel B e.a.

[24](#) Arrêt du 11 décembre 2003 (C-322/01, EU:C:2003:664, point 144).

[25](#) Étant donné que la Commission considère qu'une réglementation nationale encadrant la publicité physique pour le site Internet d'une officine relève du champ d'application des directives 2000/31 et 2001/83, elle n'examine une telle réglementation à l'aune de l'article 34 TFUE qu'à titre subsidiaire.

[26](#) Voir, notamment, arrêts du 8 juin 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, point 53), et du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 60).

[27](#) Voir, notamment, arrêts du 26 mai 2005, Burmanjer e.a. (C-20/03, EU:C:2005:307, point 35) ; du 2 décembre 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, point 43), ainsi que du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 58).

[28](#) Arrêt du 26 mai 2005, Burmanjer e.a. (C-20/03, EU:C:2005:307, points 33 et 34).

[29](#) Voir arrêt du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, EU:C:2004:181, point 35).

[30](#) Voir arrêt du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, EU:C:2004:181, point 47).

[31](#) Arrêts du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, points 65 et suiv.), ainsi que du 2 décembre 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, points 44 à 46).

[32](#) Arrêt du 8 mars 2001 (C-405/98, EU:C:2001:135).

[33](#) Arrêt du 8 mars 2001 (C-405/98, EU:C:2001:135, points 13 à 42).

[34](#) Arrêt du 9 juillet 1997 (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1997:344, points 39 à 54).

[35](#) Arrêt du 28 octobre 1999 (C-6/98, EU:C:1999:532, points 45 à 52).

[36](#) Ainsi, les arrêts du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1997:344), et du 28 octobre 1999, ARD (C-6/98, EU:C:1999:532), concernaient la prestation de services de diffusion de publicité télévisuelle par des organismes établis dans un État membre au profit d'annonceurs établis dans un autre État membre. L'arrêt du 8 mars 2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135), portait sur le droit des entreprises de presse établies sur le territoire d'un État membre d'offrir aux annonceurs potentiels établis dans d'autres États membres des espaces publicitaires dans leurs publications.

[37](#) Arrêt du 11 juillet 1974 (8/74, EU:C:1974:82, point 5). Voir, également, notamment, arrêt du 3 juillet 2019, Delfarma (C-387/18, EU:C:2019:556, point 20 et jurisprudence citée).

[38](#) Arrêt du 24 novembre 1993 (C-267/91 et C-268/91, EU:C:1993:905, point 16). Voir, également, notamment, arrêts du 2 décembre 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, point 51) ; du 12 novembre 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, point 103), ainsi que du 21 septembre 2016, Etablissements Fr. Colruyt (C-221/15, EU:C:2016:704, point 35).

[39](#) Voir arrêts du 15 décembre 1993, Hünernmund e.a. (C-292/92, EU:C:1993:932, point 22) ; du 9 février 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1995:26, point 22) ; du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1997:344, point 39) ; du 28 octobre 1999, ARD (C-6/98, EU:C:1999:532, point 46) ; du 8 mars 2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, points 19 et 20), ainsi que du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, EU:C:2004:181, point 39).

[40](#) Voir arrêts du 15 décembre 1993, Hünernmund e.a. (C-292/92, EU:C:1993:932, point 22) ; du 9 février 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1995:26, point 24), ainsi que du 25 mars 2004, Karner (C-71/02, EU:C:2004:181, point 42).

[41](#) Arrêt du 15 décembre 1993, Hünernmund e.a. (C-292/92, EU:C:1993:932, points 22 à 24).

[42](#) Voir, également, conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1994:393, points 19 à 22) ; conclusions de l'avocat général Jacobs dans les affaires jointes De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1996:333, point 99), ainsi que, par analogie, arrêt du 5 avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, EU:C:2011:208, point 43).

[43](#) Voir arrêts du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, point 74), et, par analogie, du 2 décembre 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, point 54).

[44](#) Arrêt du 8 mars 2001 (C-405/98, EU:C:2001:135, point 21).

[45](#) J'observe également que, dans l'arrêt du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1997:344, point 44), la Cour a jugé qu'une interdiction totale de la publicité visant les enfants de moins de 12 ans et de la publicité trompeuse pourrait constituer une entrave couverte par l'article 34 TFUE pour autant qu'il soit démontré qu'elle n'affecte pas de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux provenant d'autres États membres. La Cour a confié à la juridiction nationale le soin d'effectuer cette vérification.

[46](#) Arrêt du 25 mars 2004 (C-71/02, EU:C:2004:181, point 42). Voir, également, en ce sens, arrêt du 28 octobre 1999, ARD (C-6/98, EU:C:1999:532, point 48).

[47](#) Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 (JO 2006, L 376, p. 36).

[48](#) Voir arrêt du 5 avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, EU:C:2011:208, point 29).

[49](#) A se réfère à l'avis n° 19-A-08 de l'autorité de la concurrence (France), du 4 avril 2019, relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée. Cette autorité y fait valoir que l'imprécision des notions de « sollicitation de clientèle » et de « dignité de la profession de pharmacien » aurait conduit les instances ordinales à sanctionner tout type de publicité en ligne, qu'elle porte sur l'officine, les produits vendus ou les services offerts.

[50](#) Daniel B e.a. font référence à l'article R. 5125-26 du code de la santé publique, lequel dispose : « La publicité en faveur des officines de pharmacie n'est autorisée que dans les conditions et sous les réserves ci-après définies :

1° La création, le transfert, le changement de titulaire d'une officine, ainsi que la création d'un site Internet de l'officine peuvent donner lieu à un communiqué dans la presse écrite limité à l'indication du nom du pharmacien, de ses titres universitaires, hospitaliers et scientifiques [...], l'adresse du site Internet de l'officine, le nom du prédécesseur, l'adresse de l'officine avec, le cas échéant, la mention d'activités liées au commerce de marchandises figurant sur la liste mentionnée au premier alinéa de l'article L. 5125-24. Cette annonce est préalablement communiquée au conseil régional de l'ordre des pharmaciens. Elle ne saurait excéder la dimension de 100 [cm²].

2° Outre les moyens d'information sur l'officine mentionnés à l'article R. 4235-57, les pharmacies peuvent faire paraître dans la presse écrite des annonces en faveur des activités mentionnées au 1° ci-dessus d'une dimension maximale de 100 [cm²], comportant leur nom et adresse ainsi que leurs numéros de téléphone et de télécopie et les heures d'ouverture des officines. »

[51](#) Voir, notamment, arrêt du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop (C-34/95 à C-36/95, EU:C:1997:344, point 45).

[52](#) Voir, par analogie, sous l'angle de la libre prestation des services, arrêts du 5 avril 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, EU:C:2011:208, point 30) ; du 12 septembre 2013, Konstantinides (C-475/11, EU:C:2013:542, point 57), ainsi que du 4 mai 2017, Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, point 68).

[53](#) Arrêt du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 33).

[54](#) Voir, notamment, arrêts du 13 juillet 2004, Bacardi France (C-429/02, EU:C:2004:432, point 33) ; du 18 juin 2019, Autriche/Allemagne (C-591/17, EU:C:2019:504, point 122), ainsi que du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 69).

[55](#) Voir arrêts du 23 décembre 2015, Scotch Whisky Association e.a. (C-333/14, EU:C:2015:845, point 56), ainsi que du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 70 et jurisprudence citée).

[56](#) Voir, notamment, arrêts du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 19) ; du 27 octobre 2016, Audace e.a. (C-114/15, EU:C:2016:813, point 70), ainsi que du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 71). Voir, également, considérant 22 de la directive 2011/62.

[57](#) Voir, notamment, arrêts du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 31), et du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 73). Voir, également, considérant 22 de la directive 2011/62.

[58](#) Voir, notamment, arrêt du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 32).

[59](#) Arrêt du 4 mai 2017 (C-339/15, EU:C:2017:335, point 69).

[60](#) La Cour a également jugé, dans les arrêts du 2 avril 2009, Damgaard (C-421/07, EU:C:2009:222, point 22), et du 5 mai 2011, Novo Nordisk (C-249/09, EU:C:2011:272, point 32), que la publicité pour des médicaments est susceptible de nuire à la santé publique.

[61](#) Élaboré le 14 juin 2001 sous l'égide du Groupement pharmaceutique de l'Union européenne (GPUE). Voir, à cet égard, premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, du 21 novembre 2011, sur l'application de la directive [2000/31], COM(2003) 702 final, p. 12.

[62](#) À l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2000/31, le législateur a appelé de ses vœux l'adoption de codes de conduite au niveau de l'Union pour les professions réglementées.

[63](#) Voir point 88 des présentes conclusions.

[64](#) Arrêt du 4 mai 2017 (C-339/15, EU:C:2017:335, point 72). Voir, également, ordonnance du 23 octobre 2018, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne (C-296/18, non publiée, EU:C:2018:857, point 18).

[65](#) Voir point 80 des présentes conclusions.

[66](#) Il est également constant que le site Internet d'une pharmacie établie dans un autre État membre peut toujours bénéficier des services de référencement naturel (non payant) sur les moteurs de recherche (voir point 136 des présentes conclusions).

[67](#) Voir, en ce sens, arrêt du Conseil d'État du 4 avril 2018, N° 407292 (FR :CECHR :2018 :407292.20180404, point 8).

[68](#) J'observe également que l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/31 a partiellement harmonisé l'utilisation par les membres d'une profession réglementée de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service (voir point 108 des présentes conclusions).

[69](#) La notion de « domaine coordonné », définie à l'article 2, sous h), de la directive 2000/31, se distingue, à cet égard, de celle de « règle relative au service » au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous e), de la directive 2015/1535. Cette dernière notion ne vise, en effet, que les exigences de nature générale relative à l'accès aux activités de services de la société de l'information et à leur exercice, à

l'exclusion des règles qui ne visent pas spécifiquement ces services. Voir, à cet égard, note en bas de page 81 des présentes conclusions.

[70](#) La notion de « profession réglementée » est définie à l'article 2, sous g), de la directive 2000/31.

[71](#) Ces aspects couvrent, outre les communications commerciales (articles 6 à 8), les exigences en matière d'établissement et d'information (articles 4 et 5), les contrats par voie électronique (articles 9 à 11), ainsi que la responsabilité des prestataires intermédiaires (articles 12 à 15).

[72](#) À cet égard, il ressort de l'arrêt du 4 mai 2017, *Vanderborght* (C-339/15, EU:C:2017:335, point 49), que l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/31 s'oppose à ce qu'un État membre interdise toute forme de communications commerciales par voie électronique relatives à la prestation de services de soins de santé, y compris au moyen d'un site Internet créé par le prestataire. Les États membres peuvent, en revanche, encadrer, le cas échéant de manière étroite, les formes et les modalités des communications commerciales en ligne. Voir, également, ordonnance du 23 octobre 2018, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne* (C-296/18, non publiée, EU:C:2018:857).

[73](#) Par ailleurs, comme je l'ai déjà souligné aux points 50 à 54 des présentes conclusions, les dispositions des titres VIII et VIII bis de la directive 2001/83 ne s'appliquent pas à la publicité qui a pour objet non pas des médicaments, mais bien des services offerts par une officine déterminée.

[74](#) Voir article 3, paragraphe 3, de la directive 2000/31.

[75](#) L'article 85 quarter, paragraphe 1, de la directive 2001/83, en ce qu'il se réfère expressément à la directive 2000/31, repose d'ailleurs sur la prémisse selon laquelle cette directive s'applique aux services de vente en ligne de médicaments.

[76](#) Voir point 56 des présentes conclusions.

[77](#) Arrêt du 19 décembre 2019 (C-390/18, EU:C:2019:1112, points 81 et suiv.).

[78](#) Voir, notamment, arrêt du 12 novembre 2015, *Visnapuu* (C-198/14, EU:C:2015:751, point 40 et jurisprudence citée).

[79](#) L'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 précise qu'il en va ainsi « sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale ». Lu à la lumière du considérant 26 de la directive 2000/31, cette incise semble signifier que l'application des règles nationales de droit pénal et de procédure pénale pour engager toutes les mesures d'enquêtes et autres mesures nécessaires pour détecter et poursuivre les infractions pénales, en ce qu'elles entravent la libre circulation d'un service de la société de l'information, ne doivent pas être notifiées au titre de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de cette directive. Je souligne également que, en vertu de l'article 3, paragraphe 5, de ladite directive, il peut être dérogé à cette obligation de notification en cas d'urgence.

[80](#) La circonstance selon laquelle l'article R. 4235-64 du code de la santé publique ne vise pas spécifiquement les services de vente en ligne n'exonère pas la République française de son obligation de

notification au titre de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31. En effet, le domaine coordonné au sens de l'article 2, sous h), de cette directive couvre toutes les exigences relatives à l'accès ou à l'exercice de services de la société de l'information, qu'elles s'appliquent de façon générale ou uniquement à ces services. Le champ d'application de l'obligation de notification des mesures restrictives prévue à l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 se distingue, à cet égard, de celui de l'obligation de notification des projets de règles techniques énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2015/1535. Ainsi qu'il ressort de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous e), de cette directive, les « règles relatives aux services » devant être notifiées englobent toute exigence de nature générale relative à l'accès aux activités de services de la société de l'information et à leur exercice, à l'exclusion des règles qui ne visent pas spécifiquement ces services. Alors qu'une exigence générale relative à l'accès ou à l'exercice de services qui incluent des services de la société de l'information sans y être limités ne doit pas être notifiée au titre de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2015/1535, l'intention de l'État membre en cause d'appliquer cette même exigence, au cas par cas, à l'égard d'un service donné doit être notifiée en vertu de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31. Cette argumentation vaut également en ce qui concerne l'article R. 4235-22 du code de la santé publique.

[81](#) Voir Commission, base de données TRIS, <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2016&num=410>. et <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2016&num=411>.

[82](#) En vertu de l'article 5, paragraphe 1, cinquième alinéa, de la directive 2015/1535, la Commission, après avoir reçu d'un État membre la notification d'un projet de règle technique, le porte aussitôt à la connaissance des autres États membres.

[83](#) Arrêt du 19 décembre 2019 (C-390/18, EU:C:2019:1112, points 96 et 97).

[84](#) En pratique, l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31 a donc pour effet d'empêcher un particulier de se prévaloir devant les tribunaux d'un État membre du non-respect, par un prestataire de services de la société de l'information établi dans un autre État membre, des exigences – notamment déontologiques – en vigueur dans le premier État membre, à moins qu'une autorité nationale de cet État membre n'ait préalablement rempli les obligations procédurales instituées par cette disposition.

[85](#) Voir arrêt du 19 décembre 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112, EU:C:2019:1112, point 99).

[86](#) Voir, notamment, arrêts du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 28), ainsi que du 19 octobre 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:776, point 31).

[87](#) Voir point 86 des présentes conclusions.

[88](#) Voir arrêts du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 30), ainsi que du 18 septembre 2019, VIPA (C-222/18, EU:C:2019:751, point 72 et jurisprudence citée). Voir, également, en ce sens, arrêt du 23 décembre 2015, Scotch Whisky Association e.a. (C-333/14, EU:C:2015:845, point 57).

[89](#) Cette approche reflète le principe de précaution garanti à l'article 191, paragraphe 2, TFUE.

Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, ce principe justifie l'adoption de mesures restrictives. Voir, notamment, arrêt du 1^{er} octobre 2019, *Blaise e.a.* (C-616/17, EU:C:2019:800, point 43 et jurisprudence citée).

[90](#) Voir conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire *Scotch Whisky Association e.a.* (C-333/14, EU:C:2015:527, point 84). Voir, également, à cet égard, López Artetxe, S., « *Is Health Really the First Thing in Life?* », *Legal Issues of Economic Integration* (2017), p. 315 à 321, ainsi que Dunne, N., « *Minimum Alcohol Pricing: Balancing the “Essentially Incomparable” in Scotch Whisky* », *The Modern Law Review* (2018), p. 901 et 902.

[91](#) Voir arrêts du 23 décembre 2015, *Scotch Whisky Association e.a.* (C-333/14, EU:C:2015:845, point 54), ainsi que du 19 octobre 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung* (C-148/15, EU:C:2016:776, point 35).

[92](#) Voir arrêt du 23 décembre 2015, *Scotch Whisky Association e.a.* (C-333/14, EU:C:2015:845, point 63).

[93](#) Arrêt du 19 octobre 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung* (C-148/15, EU:C:2016:776, point 24).

[94](#) Voir points 95 à 97 des présentes conclusions.

[95](#) La Cour a déjà qualifié une interdiction de vendre des lentilles de contact par Internet de restriction au sens de cette disposition [voir arrêt du 2 décembre 2010, *Ker-Optika* (C-108/09, EU:C:2010:725, point 76)]. Cette qualification s'applique également, à mon sens, aux dispositions qui, sans interdire totalement une telle vente, l'encadrent par certaines restrictions.

[96](#) Voir arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, EU:C:2003:664, point 106).

[97](#) Voir, en ce sens, arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, EU:C:2003:664, point 114).

[98](#) Arrêt du 26 mars 2018 (N^o 407289, FR : CECHR :2018 :407289.20180326).

[99](#) Daniel B e.a. ont souligné, à cet égard, que l'article R. 4235-61 du code de la santé publique prévoit que « [l]orsque l'intérêt de la santé du patient lui paraît l'exiger, le pharmacien doit refuser de dispenser un médicament ».

[100](#) Arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, EU:C:2003:664, point 114).