

Copies exécutoires
délivrées aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 11

ARRET DU 17 SEPTEMBRE 2021

(n° , 24 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° **RG 17/17803** - N° **Portalis 35L7-V-B7B-B4D3N**

Décisions déferée à la Cour :

Arrêt préjudicielle de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 1^{er} Octobre 2020 - n° C-649/18

Jugement du 11 Juillet 2017 -Tribunal de Commerce de de Paris - RG n° 2016038193

APPELANTE

Société SHOP-APOTHEKE B.V Société de droit hollandais
prise en la personne de ses représentants légaux

Dirk Hartogweg 14, NL 5928 LV Venlo
PAYS BAS

immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Venlo sous le numéro 63956004,

représentée par Me Nadia BOUZIDI-FABRE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0515,
assistée de Me Etienne WERY, avocat plaidant du barreau de BRUXELLES

INTIMES

Monsieur Daniel BUCHINGER commerçant, titulaire d'une officine de pharmacie
sous le nom PHARMACIE DU CENTRE

97 route de Neuf Brisach
68000 COLMAR

immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés de Colmar sous le numéro 392 512
133

représenté par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat
au barreau de PARIS, toque : L0020

assisté de Me Sébastien BEAUGENDRE, Cabinet Hubert BENSOUSSAN, avocat
plaidant du barreau de Paris, toque : A0262

UNION DES GROUPEMENTS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, Association,
prise en la personne de ses représentants légaux

20 rue Contrescarpes
44000 NANTES

représentée par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0020
assistée de Me Sébastien BEAUGENDRE, Cabinet Hubert BENSOUSSAN, avocat plaidant du barreau de Paris, toque : A0262

ASSOCIATION FRANCAISE DES PHARMACIES EN LIGNE
prise en la personne de ses représentants légaux

49 boulevard Bizet
59650 VILLENEUVE D'ASCQ

représentée par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0020
assistée de Me Sébastien BEAUGENDRE, Cabinet Hubert BENSOUSSAN, avocat plaidant du barreau de Paris, toque : A0262

SARL PHARMACIE DU BIZET
prise en la personne de ses représentants légaux

49 boulevard Bizet
59650 VILLENEUVE D'ASCQ
immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Lille sous le numéro 493 124 994,

représentée par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0020
assistée de Me Sébastien BEAUGENDRE, Cabinet Hubert BENSOUSSAN, avocat plaidant du barreau de Paris, toque : A0262

SELARL PHARMACIE DE LESCOMBES
prise en la personne de ses représentants légaux

8 rue Pierre Gautier
33320 EYSINES

représentée par Me Michel GUIZARD de la SELARL GUIZARD ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0020
assistée de Me Sébastien BEAUGENDRE, Cabinet Hubert BENSOUSSAN, avocat plaidant du barreau de Paris, toque : A0262

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 08 Avril 2021, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M. Denis ARDISSON, Président de la chambre.

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 804 du code de procédure civile.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. Denis ARDISSON, Président de la chambre
Mme Marie-Ange SENTUCQ, Présidente de chambre
Mme Isabelle PAULMIER-CAYOL, Conseillère

Greffier, lors des débats : Mme Saoussen HAKIRI.

ARRÊT :

- contradictoire,
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,
- signé par M. Denis ARDISSON, Président de chambre et par Mme Saoussen HAKIRI, Greffier, présent lors de la mise à disposition.

1. La société de droit néerlandais Shop-Apotheke BV établie aux Pays-Bas ayant pour activité l'exploitation d'une pharmacie d'officine vend en ligne des médicaments à usage humain non soumis à prescription médicale obligatoire, ainsi que des produits de parapharmacie, au moyen de plusieurs sites Internet, dont 'shop-pharmacie.fr' dédié aux consommateurs français, ces médicaments commercialisés par l'intermédiaire de ce site bénéficiant, en France, d'une autorisation de mise sur le marché.

2. Courant 2015, la société Shop-Apotheke a mené une campagne de publicité pour l'activité de vente en ligne de ses médicaments à destination des consommateurs français, associée à l'insertion de prospectus publicitaires dans plusieurs millions de colis expédiés par d'autres acteurs de la vente à distance, notamment les sociétés Zalando, Showroomprivé et La Redoute (méthode dite de "l'asilage"), à l'envoi de courriers postaux publicitaires, à la publication sur le site Internet précité des offres promotionnelles consistant à octroyer un rabais sur le prix global de la commande de médicaments de réduction de 5% ou 10% du prix de vente lorsque celui-ci dépasse un certain montant, ainsi qu'à l'achat d'un référencement payant sur les moteurs de recherche sur Internet.

3. Cette campagne publicitaire a été dénoncée, en France, par l'Union des groupements de pharmaciens, l'Association française des pharmacies en ligne, la Pharmacie du Centre, la Pharmacie de Lescombes et la Pharmacie Bizet (ci-après "les pharmaciens français") qui ont estimé qu'elle était constitutive d'une concurrence déloyale en raison des violations des dispositions du code de la santé publique français, puis les 6, 9, 13 et 14 juin 2016, elles ont assigné les sociétés Shop-Apotheke, Zalando, Showroomprivé et La Redoute devant le tribunal de commerce de Paris en dommages et intérêts, aux fins de diverses interdictions et de publicité de la décision, les pharmaciens français s'étant ultérieurement désistés de leur action à l'encontre des sociétés Zalando, Showroomprivé et La Redoute.

4. Par jugement du 11 juillet 2017, la juridiction commerciale a retenu que le site Internet français de la société Shop-Apotheke relevait de la législation de son pays d'origine, et qu'en faisant distribuer à plus de trois millions d'exemplaires des tracts publicitaires en dehors de son officine, la société Shop-Apotheke a sollicité la clientèle en France par des moyens indignes de la profession de pharmacien en violation des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique, les premiers juges ayant estimé que ces textes sont également applicables aux acteurs communautaires intervenant en France pour la vente en ligne de médicaments, et que le non-respect de cette réglementation a entraîné une distorsion de concurrence donnant à la société néerlandaise un avantage économique par rapport aux autres acteurs intervenant sur le marché intérieur français, caractérisant ainsi une concurrence déloyale. Les premiers juges ont ensuite ordonné la publication de leur décision, rejeté la demande d'expertise du préjudice commercial et condamné la société Shop-Apotheke à payer les dommages et intérêts de 30.000 euros à l'Union des groupements de pharmaciens et à l'association française des pharmacies en ligne, et de 100 euros à la Pharmacie du Centre, la Pharmacie de Lescombes et la Pharmacie Bizet outre le versement d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure de 10.000 euros aux deux premiers et de 100 euros aux trois autres.

5. Sur appel de la société Shop-Apotheke interjeté le 21 septembre 2017, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 28 septembre 2018, sursis à statuer et saisi à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne ("CJUE") des questions suivantes :

"la réglementation européenne, dont notamment : l'article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE"), les dispositions de l'article 85 quater 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'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments et de l'arrêté relatif aux règles techniques".

6. Par son arrêt du 1er octobre 2020 n°C-649/18, la CJUE a dit pour droit que 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"), doit être interprétée en ce sens :

7. qu'elle ne s'oppose pas à l'application, par l'État membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d'une réglementation nationale interdisant à des pharmacies de solliciter leur clientèle par certains procédés et moyens, notamment ceux consistant à distribuer massivement des courriers postaux et des tracts à des fins publicitaires en dehors de leur officine, à condition qu'elle ne conduise pas à empêcher le prestataire en cause d'effectuer une quelconque publicité en dehors de son officine, quel qu'en soit le support ou l'ampleur, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ;

8. qu'elle ne s'oppose pas à l'application, par l'État membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d'une réglementation nationale interdisant à des pharmacies de faire des offres promotionnelles visant à octroyer un rabais sur le prix global de la commande de médicaments lorsqu'il dépasse un certain montant, à condition toutefois qu'une telle interdiction soit suffisamment encadrée, et notamment ciblée sur les seuls médicaments et non sur de simples produits parapharmaceutiques, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ;

9. qu'elle ne s'oppose pas à l'application, par l'État membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d'une réglementation nationale imposant à des pharmacies vendant de tels médicaments l'obligation d'insérer un questionnaire de santé dans le processus de commande de médicaments en ligne ;

10. qu'elle s'oppose à l'application, par l'État membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d'une réglementation nationale interdisant à des pharmacies vendant de tels médicaments de recourir au référencement payant dans des moteurs de recherche et des comparateurs de prix, à moins qu'il ne soit dûment établi devant la juridiction de renvoi qu'une telle réglementation est apte à garantir la réalisation d'un objectif de protection de la santé publique et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que cet objectif soit atteint”.

* *

En suite de la notification de l'arrêt de la CJUE le 6 octobre 2020, le ministère public requis n'a pas émis d'avis et les parties ont pris des conclusions suivant un dispositif que la cour vise d'après la seule récapitulation des prétentions qu'il suit :

* *

Vu les conclusions transmises par le réseau privé virtuel des avocats le 1er mars 2021 pour l'Union des groupements de pharmaciens, l'association française des pharmacies en ligne, la Pharmacie du Centre, la Pharmacie Lescombes et la Pharmacie Bizet afin d'entendre, en application de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, la directive

2011/62/UE, l'ordonnance n°201 2-1 427 du 19 décembre 2012 et le décret n°201 2-1 562 du 31 décembre 2012, la directive 2000/31/CE du 6 juin 2000, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, les règlements Rome I du 17 juin 2008 et Rome II du 11 juillet 2007, les articles L. 4222-9, L. 5125-32, R.4235-21, R. 4235-22, R. 4235-58, R. 4235-60, R. 4235-64 et R. 5125-26 du code de la santé publique, l'arrêté du 28 novembre 2016 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, l'arrêté du 28 novembre 2016 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, les articles 10, 11, 138, 139, 142, 446-3, 862 et 865 du code de procédure civile :

- rejeter intégralement les demandes de la société Shop Apotheke,

sur le droit applicable,

- prendre acte de l'arrêt de la CJUE du 1^{er} octobre 2020,

- confirmer le jugement en ce qu'il a appliqué les articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique (solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession et inciter ses patients à une consommation abusive de médicaments)

- confirmer la compétence de la loi française conforme aux considérants n°22 et 24 de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, qui soulignent la spécificité du médicament dont les effets thérapeutiques le distinguent substantiellement de toute autre marchandise et le fait que la Cour de justice a jugé que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le TFUE et qu'il appartenait aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, il convient de reconnaître aux Etats membres une marge d'appréciation (Arrêt du 19 mai 2009 dans les affaires Tintes C-171/07 et C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes et autres/Saarland, points 19 et 31 pour fixer les conditions de délivrance des médicaments au public sur leur territoire, de sorte que les Etats membres devraient pouvoir imposer des conditions justifiées par la protection de la santé publique lors de la délivrance au détail de médicaments offerts à la vente à distance au moyen de services de la société de l'information. Ces conditions ne devraient pas entraver indûment le fonctionnement du marché intérieur) ; que, la Cour de Justice de l'Union Européenne, par arrêt du 12 septembre 2013 (affaire C 475/11) reconnaît au juge national la possibilité de soumettre un professionnel de santé (en l'espèce médecin) agissant en libre prestation de services et faisant de la publicité sur internet depuis son Etat d'origine aux règles déontologiques de l'Etat d'accueil dès lors qu'elles constituent des motifs impérieux d'intérêt général, d'application nécessaire, justifiée et proportionnée ; que la Cour de Justice par arrêt du 4 mai 2017 (affaire C -339/15) précise, dans ses points n°67 et 68 : la protection de la santé est l'un des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme constituant des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêts du 10 mars

2009, Hartlauer, Ca)169/07,EU:C:2009:141, point 46, et du 12 septembre 2013, Konstantinides, Ca475/11, EU:C:2013:542, point 51). En outre, au regard de l'importance de la relation de confiance devant prévaloir entre le dentiste et son patient, il y a lieu de considérer que la protection de la dignité de la profession de dentiste est également de nature à constituer une telle raison impérieuse d'intérêt général ; ce qui vaut pour tous professionnels de santé, dont un pharmacien d'officine comme Shop-Apotheke,

- dire que la loi française se justifie compte tenu du fait que la distribution physique en France de tracts publicitaires par des intermédiaires locaux situés en France pour démarcher des patients/clients situés en France, ne relèvent pas du champ de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ni du domaine coordonné de l'article 2.h ii) de la directive sur le commerce électronique qui, comme l'indique son considérant n°21, ne couvre que la publicité en ligne, ce qui exclut les publicités non fournies par voie électronique ; la publicité litigieuse constitue un fait dommageable réalisé en France qui, en application de l'article 6 du règlement Rome II du 11 juillet 2017, relève de la loi française en tant que loi du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ; la société Shop-Apotheke, qui dirige exclusivement l'activité de vente de médicaments de son site shop-pharmacie.fr vers la France et y réalise donc des actes de pharmacie, est tenue de se conformer aux règles professionnelles françaises du code de la santé publique,

- qualifier les dispositions du code de la santé publique applicables au litige de loi de police au sens de l'article 16 du Règlement Rome II,

- appliquer la loi française conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire (Cass. 1^{ere} civ., 21 novembre 2006, n°05-22002), la société Shop Apotheke qui allègue le droit hollandais ne donnant à la Cour aucun élément permettant d'apprécier le contenu des exigences sanitaires et déontologiques du droit hollandais,

- plus subsidiairement encore, dans l'hypothèse improbable où la cour établirait le contenu du droit hollandais pertinent et constaterait que la teneur de ses règles encadrant la publicité en faveur des officines de pharmacie, la publicité en faveur des médicaments, et la dispensation électronique de médicaments seraient moins protectrices des patients/consommateurs que celles du droit français, écarter le droit hollandais pour contrariété à l'ordre public international français et appliquer, par substitution, la loi française,

- dire en conséquence d'application nécessaire, justifiée et proportionnée aux objectifs de santé publique, pour statuer sur les manquements de Shop-Apotheke B.V, les articles R. 4235-22 et R. 4235-64, L. 4222-9, L. 5125-32, R. 4235-21, R. 4235-22, R. 4235-58, R. 4235-60 et R. 5125-26 du code de la santé publique, les articles 2.2, 7.1 et 7.2. de l'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine et l'article 1^{er} du règlement du 28 novembre 2016 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,

sur les manquements,

- confirmer le jugement en ce qu'il a jugé illicite et constitutive d'acte de concurrence déloyale la publicité déployée par la société Shop-Apotheke tant pour son caractère massif contraire à la dignité de la profession que pour son contenu incitatif à la consommation abusive de médicaments,

- dire fautive les conditions dans lesquelles la société Shop-Apotheke dispense par voie électronique les médicaments via son site shop-Apotheke.fr, en violation des articles 2.2, 7.1. et 7.2 de l'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, d'application nécessaire, justifiée et proportionnée à l'objectif de sauvegarde de la santé publique, pour ne prévoir aucun questionnaire préalable de santé avant toute commande, alors que "avant la validation de la première commande le site met en 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"; qu'en violation de l'article 7.2 du même arrêté du 28 novembre 2016 le site litigieux ne dispose d'aucun "dispositif d'alerte du pharmacien ou (...) dispositif de blocage (...) lorsque les quantités de médicaments commandés conduisent à un dépassement de la dose d'exonération indiquée pour chaque substance active concernée conformément à la réglementation en vigueur", exposant ainsi les internautes à un risque sanitaire,

- infirmant le jugement, dire qu'en ayant recours au référencement payant Google AdWords par l'achat des mots clefs lasante.net de sorte qu'une recherche sur le moteur de recherche Google par les mots clefs lasante.net fait ressortir avant le site considéré exploité par La Pharmacie du Bizet un lien commercial en faveur du site shop-pharmacie.fr, la société Shop-Apotheke a violé l'article 1^{er} de l'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments, disposition d'application nécessaire, justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi de sauvegarde de la santé publique, qui prohibe le recours à un référencement payant ; que ce manquement constitue un acte de parasitisme de La Pharmacie du Bizet qui, elle, respecte l'interdit de liens commerciaux payants,

sur la sanction des manquements de la société Shop-Apotheke,

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Shop-Apotheke à réparer le préjudice moral de chacune des pharmacies françaises,
- infirmer le jugement en ce qu'il a écarté la réparation des préjudices économiques,
- condamner la société Shop-Apotheke à réparer les préjudices économiques infligés aux officines de pharmacie intimées,

- allouer une indemnité provisionnelle de 50.000 euros à parfaire au profit de chacune des trois officines,
- condamner la société Shop-Apotheke à payer à La Pharmacie du Bizet une somme correspondant à 1 000 euros par jour, à courir depuis le 26 septembre 2016, date de la mise en demeure faite à l'appelante d'avoir à cesser l'usage des Google adwords lasante.net, et jusqu'à l'arrêt à intervenir, sauf à ce que la société Shop-Apotheke justifie avoir cessé un tel usage avant cette date,

avant dire droit,

- désigner tout expert-comptable avec mission d'évaluer la marge brute sur chiffre d'affaires réalisé en France par la société Shop-Apotheke par l'exploitation du site shop-pharmacie.fr, depuis le 15 septembre 2015, et d'évaluer le préjudice économique causé aux officines, compte tenu de leurs propres chiffres d'affaires et taux de marge brute et des données connues du marché du e-commerce de la pharmacie (vente en ligne de médicaments et produits de parapharmacie par des officines),
- enjoindre, sous astreinte, à la société Shop-Apotheke d'avoir à communiquer à l'expert et aux intimés, dans le délai d'un mois à compter de sa désignation : tous éléments comptables permettant d'apprécier le chiffre d'affaires et la marge brute réalisés en France par la société Shop-Apotheke au moyen de l'exploitation du site shop-pharmacie.fr depuis le 1er septembre 2015 et tous contrats conclus avec des tiers aux fins de publicité en faveur du site shop-pharmacie.fr,
- enjoindre sous astreinte la société Shop-Apotheke d'avoir à mettre son site shop-pharmacie.fr, relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments,

Par arrêt du 28 Septembre 2018, la Cour d'appel de Paris a condamné la société Shop-Apotheke pour une pluralité de manquements à la loi française tenant à la réalisation d'une publicité en faveur de son site internet shop-pharmacie.fr, pour son contenu incitatif à la consommation abusive de médicaments, ; que cette même société a été sanctionnée pour les conditions fautives dans lesquelles elle dispense par voie électronique /es médicaments sans questionnaire préalable de santé à remplir par l'internaute avant toute commande ni a fortiori actualisation dudit questionnaire à chaque commande, exposant arsin /es patients à un risque sanitaire ; de la même manière son site n'étant équipé d'aucun dispositif d'alerte du pharmacien ou de dispositif de blocage lorsque les quantités de médicaments commandés conduisent à un dépassement de la dose d'exonération indiquée pour chaque substance active concernée conformément à la réglementation en vigueur, la société Shop-Apotheke a été condamnée pour les risques sanitaires auxquels elle expose les internautes ; que la société Shop-Apotheke a également été sanctionnée pour son usage de référencement payants, spécialement par l'achat de Google AdWords par les mots clefs lasante.net causant préjudice à La Pharmacie du Bizet, qui exploite le site internet lasante.net ; ces fautes étant constitutives d'actes de concurrence déloyale, la société Shop-Apotheke a été condamnée à payer à chacun des pharmaciens français des dommages-intérêts pour réparer les préjudices économiques et moraux infligés ; il lui a en outre été fait injonction d'avoir, sous astreinte, à modifier son site internet pour le mettre en conformité avec les exigences des articles 2.2, 7.1. et 7.2 de l'arrêt du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments et à supporter les frais de

- publication du présent communiqué judiciaire,
- confirmer la condamnation de la société Shop-Apotheke à publier ledit communiqué sur son site shop-pharmacie.fr pendant 10 jours à compter de la signification de l'arrêt à intervenir ; qu'il devra occuper un quart de l'espace de cette page ; ce, à peine d'astreinte de 10.000 euros par jour de retard à compter du 30eme jour suivant la signification de l'arrêt à intervenir ; se réserver la liquidation de l'astreinte,
 - confirmer la possibilité pour les intimés de faire publier, aux frais de la société Shop-Apotheke le communiqué judiciaire dans trois journaux de leur choix dont au moins un intéressant la profession de pharmaciens d'officine,
 - condamner la société Shop-Apotheke aux entiers dépens, en ce compris les frais de l'expertise à intervenir et à payer, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, 20.000 euros à l'UDGPO, 20.000 euros à l'AFPEL et 3.000 euros à chacune des trois officines ;

*

*

Vu les conclusions transmises par le réseau privé virtuel des avocats le 11 mars 2021 pour la société Shop-Apotheke afin d'entendue, en application des articles 34 et 36 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, 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»), de la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la Directive 2011/62/UE du 8 juin 2011, de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, de la Directive 2011/62/UE du 8 juin 2011, modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, du règlement n° 699/2014 de la Commission européenne du 24 juin 2014 concernant le design du logo commun destiné à identifier les personnes offrant à la vente à distance des médicaments au public, ainsi que les exigences techniques, électroniques et cryptographiques permettant la vérification de son authenticité, la directive (UE) 2015/1535 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, l'article 1382 du code civil devenu l'article 1240 du code civil, les articles L. 4222-9, L. 5125-40 et R. 4235-1 du code de la santé publique, 17 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, l'Avis de l'Autorité de la concurrence 16-A-09 du 26 avril 2016 relatif à deux projets d'arrêtés concernant le commerce électronique de médicaments, L. 123-23 et L. 141-2 du code de commerce :

- prendre acte de l'arrêt rendu par la CJUE du 1^{er} octobre 2020,
- sur le cadre juridique applicable,

- dire que la vente en ligne à destination du public français par une pharmacie établie aux Pays-Bas est soumise au mécanisme de la clause de marché intérieur prévu à l'article 3 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”),
- dire que c'est uniquement aux conditions cumulatives procédurales et substantielles prévues à l'article 3, 4., a) et b) de la directive sur le commerce électronique qu'un État membre peut prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information établi dans un autre État membre, des mesures qui dérogent au principe selon lequel ce service de la société de l'information est soumis au droit de son État d'origine,

sur le respect des conditions procédurales de dérogation à la clause de marché intérieur,

- constater que l'espèce, les mesures envisagées à l'encontre de la société Shop-Apotheke n'ont pas été préalablement notifiées à la Commission européenne d'une part, et à l'État membre d'origine de la Shop-Apotheke (Royaume des Pays-Bas) d'autre part, comme elles auraient dû l'être en application de l'article 3, 4., b) de la directive sur le commerce électronique,
- dire que ledit article 3, 4. de la directive sur le commerce électronique ayant reçu un effet direct dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la société Shop-Apotheke est bien fondée à s'en prévaloir dans la présente instance,
- dire les mesures envisagées et les normes sur lesquelles elles se basent sont, partant, opposables à la société Shop-Apotheke,

A titre principal

- dire que vu l'absence de notification préalable, l'action est irrecevable ou à tout le moins non fondée,
- dire l'appel de la société Shop-Apotheke fondé,
- rejeter l'appel incident des intimées,

à titre subsidiaire,

- dire qu'à supposer les mesures envisagées dûment préalablement notifiées, elles doivent aussi, conformément à l'article 3, 4., a) de la directive sur le commerce électronique, (i) être nécessaires pour une raison liée à la protection de la santé publique, (ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte à cet objectif ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs et (iii) être proportionnelles à cet objectif,

sur l'article R. 4235-22 du code de la santé publique,

- dire que le comportement reproché à la SA Shop-Apotheke et qui consiste, en substance, en l'envoi par asilage de flyers, ne constitue pas un "risque sérieux et grave" d'atteinte à l'objectif poursuivi par cette disposition (dignité de la profession),

- dire que la mesure d'interdiction poursuivie par les intimées serait disproportionnée par rapport à cet objectif, à plus forte raison dans le cas d'une pharmacie située dans un autre Etat membre qui ne dispose, pour communiquer avec le public français, que de son site web et de la publicité qu'elle peut effectuer pour en soutenir l'activité,
- dire que cette disposition en conséquence n'est pas opposable à la société Shop-Apotheke,
- dire l'action non fondée de ce chef,

sur l'article R. 4235-64 du code de la santé publique,

- dire que le comportement reproché à la société Shop-Apotheke et qui consiste, en substance, en une réduction de 5% ou 10% du prix de vente (en fonction de la valeur du panier d'achat), ne constitue pas un "risque sérieux et grave" d'atteinte à l'objectif poursuivi par cette disposition (lutte contre la consommation abusive de médicament),
- constater que cette disposition (1) ne fixe aucun seuil à partir duquel une réduction de prix doit être considérée comme incitant à une consommation abusive, (2) ne précise pas qu'elle ne vise que les médicaments et non les autres produits vendus en pharmacie dont la parapharmacie et (3) n'encadre pas plus précisément la réduction de prix et son lien éventuel avec l'interdiction d'inciter à la consommation abusive de médicament,
- dire qu'en raison de ces trois caractéristiques, la mesure d'interdiction poursuivie par les intimées serait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par cette disposition,
- dire que cette disposition en conséquence n'est pas opposable à la société Shop-Apotheke,
- dire l'appel de la société Shop-Apotheke fondé et rejeter l'appel incident des intimées,
- dire l'action non fondée de ce chef,

sur l'annexe de l'arrêté "bonnes pratiques" (questionnaire médical),

- prendre acte de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans lequel elle juge que " la directive 2000/31 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'application, par l'Etat membre de destination d'un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre Etat membre, d'une réglementation nationale imposant à des pharmacies vendant de tels médicaments l'obligation d'insérer un questionnaire de santé dans le processus de commande de médicaments en ligne",
- constater toutefois que le questionnaire qui est exigé en annexe de l'arrêté "Bonnes pratiques" part de l'idée que les contre-indications peuvent être détectées par rapport à une personne déterminée, à savoir l'acheteur, alors que les médicaments vendus ne sont pas associés à une personne en particulier, peuvent être achetés pour le compte d'autrui ou pour plusieurs personnes, et approvisionnent souvent une réserve de médicaments dans laquelle plusieurs personnes sont amenées, au fil du temps, à puiser en fonction de leurs besoins,
- surseoir à statuer dans l'attente de la réponse qui sera donnée par la CJUE à la question préjudicielle suivante ou toute autre formulation équivalente qu'il plaira à la Cour de retenir de façon à obtenir des réponses pertinentes aux questions juridiques qui se posent :

“La directive 2000/31 doit-elle être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à l’application, par l’État membre de destination d’un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d’une réglementation nationale imposant à des pharmacies vendant de tels médicaments l’obligation d’insérer un questionnaire de santé dans le processus de commande de médicaments en ligne lorsqu’il apparaît que la logique et l’efficacité du questionnaire reposent sur l’identification de la personne qui consommera le médicament, alors qu’en raison du produit vendu ou du contexte de la vente, il n’est pas possible, au moment de la vente, de connaître la (les) personne(s) qui consommera(ont) le médicament vendu”,

sur l’arrêté “Règles techniques” (interdiction du référencement),

- prendre acte de l’arrêt rendu par la CJUE dans lequel elle juge que “la directive 2000/31 doit être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à l’application, par l’État membre de destination d’un service de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, au prestataire de ce service établi dans un autre État membre, d’une réglementation nationale interdisant à des pharmacies vendant de tels médicaments de recourir au référencement payant dans des moteurs de recherche et des comparateurs de prix, à moins qu’il ne soit dûment établi devant la juridiction de renvoi qu’une telle réglementation est apte à garantir la réalisation d’un objectif de protection de la santé publique et qu’elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que cet objectif soit atteint”,

- dire que cette disposition en conséquence n’est pas opposable à la société Shop-Apotheke;

- dire l’appel de la société Shop-Apotheke fondé et rejeter l’appel incident des intimées,

- dire l’action non fondée en tant qu’elle repose sur cette disposition,

à titre plus subsidiaire,

- dire les articles R. 4235-21, R. 4235-22, R. 4235-58, R. 4235-60 et R. 4235-64 du code de la santé publique ne sont pas applicables *ratione personae* à la société Shop-Apotheke,

Les arrêtés “Bonnes pratiques” et “Règles techniques” ne sont pas applicables *ratione personae* à la société Shop-Apotheke,

Les arrêtés “Bonnes pratiques” et “Règles techniques” ne sont pas applicables *ratione temporae* à la société Shop-Apotheke,

Les articles R. 4235-21, R. 4235-22, R. 4235-58, R. 4235-60, R. 4235-64, L. 4222-9, L. 52125-32 et R. 5125-26 du code la santé publique sont inapplicables à la société Shop-Apotheke,

Les articles R. 4235-21, R. 4235-22, R. 4235-58, R. 4235-60, R. 4235-64, L. 4222-9, L. 52125-32 et R. 5125-26 du code la santé publique n’ont pas été violés par la société Shop-Apotheke,

L’annexe de l’arrêté “Bonnes pratiques” n’a pas été violée par la société Shop-Apotheke,

L’annexe de l’arrêté “Règles techniques” n’a pas été violée par la société Shop-Apotheke,

- dire en conséquence qu'aucune faute n'est établie à charge la société Shop-Apotheke,

à titre encore plus subsidiaire,

- dire que les pharmaciens français ne démontrent aucun préjudice réparable ni lien de causalité et n'établissent aucun acte de concurrence déloyale,

- débouter les pharmaciens français de l'ensemble de leurs demandes,

à titre le plus subsidiaire,

- fixer à 6 mois à dater de la signification de la décision à intervenir le délai pour Shop-Apotheke de modifier son système informatique afin d'inclure cette exigence,

en toutes hypothèses,

dire que les mesures réparatrices adoptées par le tribunal de commerce dans le jugement dont appel sont disproportionnées,

- dire que seul un préjudice de principe pourrait être invoqué, dont la réparation ne pourra aller au-delà de l'euro symbolique,

- dire que toutes les sommes payées aux pharmaciens français en application de ce jugement doivent lui être restituées,

- dire l'appel incident des intimés non fondé ;

condamner les pharmaciens français solidairement à verser à la la société Shop-Apotheke la somme de 1 million d'euros en réparation du préjudice d'image causé, et en autoriser la distraction au profit de Me Etienne Wery,

- ordonner sous astreinte de 3.000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir, la publication, pendant une durée de six mois, sur la page d'accueil des sites internet de chacun des intimés, d'un communiqué judiciaire libellé comme suit :

“Par arrêt en date du..., la Cour d'appel de Paris a réformé le jugement rendu le 11 juillet 2017 en ce qu'il a jugé qu'en ayant promu son site shop-pharmacie.fr, la société Shop-Apotheke avait commis un acte de concurrence déloyale et porté atteinte à la dignité de la profession de pharmacien” accompagné d'un lien cliquable renvoyant vers une version PDF de l'arrêt à intervenir,

- autoriser la société Shop-Apotheke à faire publier le même communiqué judiciaire, dans trois revues ou journaux de son choix, dont au moins un intéressant la profession de pharmacien, aux frais des pharmaciens français solidairement dans la limite de 15.000 euros HT pour l'ensemble des publications,

- condamner les pharmaciens français à payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance, et en autoriser la distraction au profit de Me Etienne Wery.

*

*

SUR CE, LA COUR,

Pour la discussion qui suit, la cour renvoie expressément au jugement de première instance, à l'arrêt de la CJUE du 1^{er} octobre 2020 ainsi qu'aux conclusions des parties.

I. Sur le cadre juridique communautaire et national de la publicité du médicament non soumis à prescription

Le droit européen

11. Le cadre juridique européen de la vente de médicaments sans prescription en cause dans le litige est régi par la combinaison des dispositions issues, d'abord, de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, modifiée par la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 ("directive médicament"), et en particulier son article 72 qui définit le médicament non soumis à prescription comme ceux qui ne répondent pas aux critères de ceux qui sont soumis à prescription par l'article 71.

12. L'article 85 quarter, point 1. de la directive prévoit que :

“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/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (12), 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 :

i) le nom ou la raison sociale et l'adresse permanente du lieu d'activité à partir duquel ces médicaments sont fournis;

ii) la date de début de l'activité d'offre à la vente à distance de médicaments au public au moyen de services de la société de l'information;

iii) l'adresse du site internet utilisé à cette fin et toutes les informations nécessaires pour identifier ce site internet;

iv) le cas échéant, la classification, conformément au titre VI, des médicaments offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information.

S'il y a lieu, ces informations sont mises à jour ;

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/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") (13), le site internet offrant des médicaments contient au minimum :
i) les coordonnées de l'autorité compétente ou de l'autorité qui reçoit la notification conformément au point b);
ii) un lien hypertexte vers le site internet de l'État membre d'établissement visé au paragraphe 4;
iii) le logo commun visé au paragraphe 3, clairement affiché sur chaque page du site internet qui a trait à l'offre à la vente à distance de médicaments au public. Le logo commun contient un lien hypertexte vers les données concernant la personne figurant sur la liste visée au paragraphe 4, point c)".

13. Aux termes du point 2. de l'article 85 quarter, la directive réserve aux :

"États membres [le pouvoir d'] 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".

14. En suite, 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"), et qui prévoit, à l'article 3, point 2. que :

"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" tout en énonçant à l'article 3, point 4., a), que "les Etats peuvent déroger à la libre circulation par des mesures qui sont nécessaires à la protection de la santé publique, prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs de la santé public, ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs et qui sont proportionnelles à ces objectifs".

15. Pour l'adoption des mesures dérogatoires de l'article 3, point 4 a), il est prescrit à l'article 3, point 4., b) que :

"l'État membre a préalablement (...) - 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".

16. Le "domaine coordonné" est défini par l'article 2 de la directive 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".

17. En suite des points 37 à 40 de sa décision du 1^{er} octobre 2020, la CJUE a retenu que ces directives sont invocables entre les parties.

18. Enfin, par la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information modifiée par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 et en particulier le premier alinéa du 1 de l'article 8 disposant que :

“Sous réserve de l'article 10, les Etats membres communiquent immédiatement à la Commission tout projet de règle technique, sauf s'il s'agit d'une simple transposition intégrale d'une norme internationale ou européenne, auquel cas une simple information quant à la norme concernée suffit. Ils adressent également à la Commission une notification concernant les raisons pour lesquelles l'établissement d'une telle règle technique est nécessaire, à moins que ces raisons ne ressortent déjà du projet”.

19. Au terme des points 28 à 34 de sa décision, la CJUE a rappelé que le droit primaire n'est pas applicable à l'appréciation du cadre légal du litige, et tandis que les directives et les conditions qu'elles réservent aux Etats membres d'y déroger par la voie législative ou réglementaire sont autonomes, les moyens des pharmaciens français tirés de l'application du TFUE ou des Règlements Rome I et Rome II doivent être écartés de la discussion.

Le droit national invocable

20. Au soutien de l'illicéité de la publicité de la société Shop-Apotheke, les pharmaciens français invoquent le droit national tel qu'il a été discuté devant la CJUE constitué, d'abord, des arrêtés pris pour la réglementation de la publicité sur Internet.

21. L'arrêté pris en application de l'article L. 5121-5 du code de la santé publique “relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières” et qui a été successivement adopté le 20 juin 2013 et le 28 novembre 2016, et en particulier son point 7.1 relatif aux “Règles complémentaires applicables au commerce électronique de médicaments” subordonnant la commande de médicament sans prescription, notamment, aux réponses à un questionnaire personnel de santé.

22. L'arrêté pris en application de l'article et L. 5125-39 du code de la santé publique “relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments” du 1^{er} décembre 2016 prévoyant à sa section 1 que les “Fonctionnalités des sites Internet de commerce électronique de médicaments”, l'interdiction du référencement dans des moteurs de recherche ou des comparateurs de prix contre rémunération.

23. Au demeurant, il est constant que les mesures restrictives de ces arrêtés prises en application de l'article 85 quarter, point 1. et point 2. de la directive médicament n'ont pas fait l'objet d'une notification à la Commission et à l'Etat des Pays-bas dans les conditions impératives prescrites à l'article 3, point 4., b) de la directive 2000/31/CE, comme à l'article 8, point 1. de la directive 98/48/CE, de sorte qu'ainsi que le conclut la société Shop-Apotheke, ces arrêtés lui sont inopposables.

24. En suite, les pharmaciens français invoquent les articles du code la santé publique soumis à la question préjudicielles :

R. 4235-22 du code de la santé publique disposant qu’“il est interdit aux pharmaciens de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession”,

R. 4235-64 de ce code prévoyant que “le pharmacien ne doit pas, par quelque procédé ou moyen que ce soit, inciter ses patients à une consommation abusive de médicaments”.

25. Enfin, après la notification de l’arrêt de la CJUE du 1^{er} octobre 2020, les pharmaciens français se prévalent d’autres dispositions législatives et réglementaires du code de la santé publique, visées au dispositif de leur conclusions, et dont ils soutiennent qu’elles sont aussi violées par la publicité du médicament de la société Shop-Apotheke.

26. La société Shop-Apotheke conclut à l’inopposabilité de ces dispositions législatives et réglementaires en relevant qu’elles n’ont pas non plus été notifiées dans les conditions de l’article 4, b), second tiret, de la directive 2000/31/CE, prétend, subsidiairement, qu’elles relèvent toutes du domaine coordonné en vertu duquel le droit français ne lui est pas opposable et se prévaut, enfin, du bénéfice de l’application directe des dispositions substantielles des directives dont elle relève qu’elles sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles.

27. Toutefois, l’obligation des Etats membres de notifier les mesures dérogatoires à la liberté du commerce électronique de médicament sans prescription dans les conditions précitées des articles 3, point 4., b) de la directive sur le commerce électronique, et 8, point 1. de la directive 98/48/CE, ne peuvent prévaloir sur le pouvoir général de dérogation des Etats consacré en matière de protection de la santé publique par l’article 85 quarter, point 2., de la directive médicament, de sorte qu’il convient d’écarter le moyen et de discuter les dispositions législatives et réglementaires françaises invoquées par les pharmaciens français, comme la CJUE y invite la cour dans les termes retenus au dispositif de sa décision rappelés aux paragraphes 7 à 10 ci-dessus.

II. Sur les conditions d’établissement, en France, d’un opérateur établi dans un autre Etat membre pour le commerce électronique

28. Les pharmaciens soutiennent que la publicité de la société Shop-Apotheke est illicite alors que, ressortissante d’un Etat membre de l’Union européenne, elle n’a pas satisfait, préalablement à l’accomplissement des actes de sa profession en France, à la déclaration de son activité au ministre chargé de la santé dans les conditions énoncées à l’article L. 4222-9 du code de la santé publique.

29. Ils concluent encore que la société Shop-Apotheke ne met pas aux débats la loi des Pays-Bas pour déduire, soit qu’elle n’établit pas que son activité de vente est conforme à l’ordre public national attaché aux dispositions du code de la santé publique, soit qu’elles ne sont pas moins protectrices des patients que celles du droit français.

30. Alors cependant qu’il suit de l’article 85 quarter, point 1, a) de la directive médicament que “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" et tandis, d'autre part, qu'il n'est pas sérieusement contesté depuis l'origine de l'instance que pour la vente à distance au public français, la société Shop-Apotheke a satisfait à toutes les conditions prescrites à l'article 85 quarter prescrivant la notification des informations minimales à l'Etat des Pays-Bas, la détention du logo communautaire, les spécifications de sa plateforme accessible sur Internet, le moyen sera écarté ainsi que les premiers juges l'ont retenu.

III. Sur le risque de iatrogénie médicamenteuse

31. Pour voir confirmer le jugement en ce qu'il a retenu la responsabilité de la société Shop-Apotheke dans les actes de concurrence déloyale, les pharmaciens français prétendent, qu'en sollicitant la vente de médicaments sans prescription par une distribution massive de prospectus au moyen de l'asilage, de rabais sur les quantités de commandes, du référencement payant de ses produits et de leur mise en ligne sur les comparateurs de prix dans sa plateforme, et enfin, en l'absence de fonctionnalité dans la plateforme de questionnaire préalable à la commande sur l'état de santé du patient, la société Shop-Apotheke fait peser à faute des risques de iatrogénie médicamenteuse liée à la surconsommation de ces médicaments, ces pratiques étant contraires aux recommandations de l'Académie nationale de pharmacie sur les ventes de médicaments par internet du 6 mars 2013 ainsi que celles du Conseil national de l'ordre des pharmaciens du 28 novembre 2016 qui prescrivent, en substance, que "l'acte doit intégrer les étapes d'analyse et de validation pharmaceutique de la demande, de conseil et d'orientation, voire de refus de délivrance en cas de danger constaté ou pressenti sur base déclaratoire du demandeur (...) les conseils pharmaceutiques devant être renforcés lorsque le médicament ne relève pas de la prescription médicale".

32. Au demeurant, les préconisations de l'Académie de pharmacie ou de l'Ordre national des pharmaciens, commentant pour l'essentiel le cadre des arrêtés dont il est déjà retenu au paragraphe 23 qu'ils sont inopposables, ne sont justifiés par aucune étude établissant une corrélation entre la vente des médicaments sans prescription sur Internet suivant les modalités qui sont en litige, et l'existence de risques sérieux et graves de iatrogénie médicamenteuse, y compris pour des objectifs de santé publique renforcés, les pharmaciens français ne se prévalant par ailleurs d'aucune étude de pharmacovigilance sur ce risque dont la responsabilité est confiée à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, à l'Agence européenne des médicaments, instituée par le Règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, et à son Comité pour l'évaluation des risques en matière de pharmacovigilance institué par le règlement d'exécution (UE) n° 520/2012 de la Commission du 19 juin 2012.

IV. Sur le questionnaire de santé préalable à la première commande

33. Les pharmaciens français concluent à l'illicéité de la commande de médicament sans prescription sur la plateforme de la société Shop-Apotheke en raison de l'absence de questionnaire préalable sur la santé de l'acheteur ainsi que cela est prescrit aux articles 3.1 de l'arrêté du 20 juin 2013 et 2.2 et 7.1 de l'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques, la CJUE ayant répondu aux points 93 à 97 de sa décision qu'une réglementation nationale pouvait imposer à des pharmacies vendant en ligne des médicaments non soumis à prescription l'obligation d'insérer un questionnaire de santé dans le processus de commande.

34. Néanmoins, ainsi que cela est relevé au paragraphe 23 ci-dessus, les arrêtés visant l'obligation d'un questionnaire préalable ne sont pas invocables par les pharmaciens français, et tandis qu'aux termes du paragraphe 32 de l'arrêt, la cour n'a pas retenu le risque de iatrogénie médicamenteuse susceptible d'être attaché à la carence de ce questionnaire, les premiers juges seront confirmés en ce qu'ils ont écarté ce grief.

VI. Sur le droit applicable à la distribution, en France, de prospectus attachés au service numérique de médicament non soumis à prescription

35. Pour conclure à l'illicéité de la distribution physique de tracts publicitaires par des intermédiaires et pour démarcher des clients situés en France, les pharmaciens français concluent que cette promotion échappe à la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et ne relève pas du domaine coordonné de l'article 2.h, ii) de la directive sur le commerce électronique, son considérant n°21 relevant qu'elle ne couvre que la publicité en ligne.

36. Ils en déduisent qu'en application de l'article 6 du règlement Rome II du 11 juillet 2017, ce mode de publicité réalisé en France relève de la loi française.

37. Cependant, la CJUE a retenu aux points 55 à 62 de sa décision que ce moyen de sollicitation de la vente de médicaments sans prescription relevait du domaine coordonné de la directive du commerce en ligne, dès lors qu'elle constituait un élément accessoire et indissociable de son service de vente de médicaments en ligne duquel elle tire tout son sens économique, la distribution de ces prospectus ne pouvant pas donner lieu à la vente autrement que par une commande sur la plateforme électronique de la société Shop-Apotheke accessible sur Internet.

VII. Sur l'adaptation dérogatoire et nécessaire des règles nationales du code de la santé publique à la publicité sur Internet des opérateurs établis dans un autre Etat membre

38. Les pharmaciens français soutiennent que la publicité massive de médicaments au moyen de l'asilage de prospectus, l'offre de rabais sur les médicaments et du référencement payant des produits de la société Shop-Apotheke ainsi que leur mise en ligne sur les comparateurs de prix ont été entreprises, en premier lieu, en violation par la société Shop-Apotheke de ses obligations de déclarer son activité en France prescrites aux articles :

R. 4235-60 du code de la santé publique disposant que "Les pharmaciens doivent tenir informés le conseil de l'ordre dont ils relèvent des contrats ou accords de fournitures ou de prestations de services qu'ils ont conclus avec les établissements tant publics que privés ainsi qu'avec les établissements de santé ou de protection sociale. Il en est de même pour les conventions de délégation de paiement conclues avec les organismes de sécurité sociale, les mutuelles ou les assureurs",

L. 5125-32 et les décrets en Conseil d'Etat, dans leur version en vigueur jusqu'au 31 juillet 2018, et relatifs, en particulier, aux modalités de présentation et d'instruction des demandes de création, transfert et regroupement des officines de pharmacie, les règles relatives à l'appréciation du droit de priorité et du droit d'antériorité, et les conditions minimales d'installation auxquelles doivent satisfaire les officines",

R. 5125-26, énonçant que “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 figurant sur la liste établie par le Conseil national de l'ordre des pharmaciens, mentionnée à l'article R. 4235-52, 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 des 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 pharmaciens 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 les numéros de téléphone et de télécopie et les heures d'ouverture des officines”.

39. Néanmoins, aucune de ces dispositions ne se rapporte aux conditions matérielles de l'offre de médicament au moyen des instruments du commerce électronique comme ceux en litige et définis aux articles 85 quarter, point 1. de la directive médicament, en sorte que les moyens tirés de ces dispositions seront écartés.

40. Les pharmaciens prétendent, en second lieu que la campagne publicitaire violent les dispositions précitées des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique énonçant les interdictions pour les pharmaciens de solliciter la clientèle par des moyens contraires à la dignité de la profession et d'inciter les patients à une consommation abusive de médicaments, ainsi que celle des articles :

R. 4235-21 selon lequel “Il est interdit aux pharmaciens de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle. Ils doivent s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale”

R. 4235-58 du code de la santé publique énonçant que “La publicité pour les produits ou articles dont la vente n'est pas réservée aux pharmaciens est admise à condition de 1° Demeurer loyale ; 2° Se présenter sur un support compatible avec la dignité de la profession ; 3° Observer tact et mesure dans sa forme et son contenu ; 4° Ne pas être trompeuse pour le consommateur.”

41. Ils ajoutent que ces dispositions entrent régulièrement dans le cadre législatif et réglementaire dérogatoire réservé aux Etats par les articles précités de la directive médicament et de la directive sur le commerce électronique.

42. Ils en déduisent que ces dispositions sont seules de nature à atteindre, d'une part, le niveau élevé de protection de la santé publique pour la prévention de la consommation excessive ou inappropriées de médicaments, objectif de santé publique reconnu en particulier au points 80 de l'arrêt de la CJUE, et d'autre part, l'expression d'une concurrence saine et loyale entre les officines dans la vente de ces médicaments sur le territoire national.

43. Au demeurant, l'énoncé abstrait de ces dispositions, ou leur inadéquation au commerce électronique, défini dans ses caractéristiques techniques par la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, et contraint par son accès universel, instantané et continu sur Internet, ne permet pas de déterminer un cadre ou des obligations suffisamment concrets et précis et de nature à contrôler, leur nécessité et la proportionnalité de leur objectif de santé publique dérogatoire à l'offre de médicaments non soumis à prescription de la société Shop-Apotheke.

44. Au surplus, et de facto, aucune étude sur les prix n'est communiquée par les pharmaciens français sur les rabais et leur effet sur le marché, et qui diminuerait les analyses des avis que l'Autorité de la concurrence a successivement émis sur ce segment de marché et ses modalités électroniques de vente les 13 décembre 2013 n°12A-23, 10 avril 2013 n°13-A-12 et 26 avril 2016 n°16-A-09, auxquels la cour renvoie expressément, et au terme desquelles il est déploré l'inadaptation, à la limite du protectionnisme, de certaines dispositions du code de la santé publique invoquées au présent litige par les pharmaciens français.

45. En outre en ce qui concerne la publicité au moyen du référencement payant par les moteurs de recherche et les comparateurs de prix, si la cour a déjà retenu au paragraphe 23 ci dessus que l'arrêté qui les interdisait n'était pas invocable, elle relève surabondamment que cette interdiction de l'arrêté a été annulée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 17 mars 2021 n°440208.

46. Enfin, il n'est allégué à l'encontre de la campagne publicitaire de la société Shop-Apotheke aucune contravention aux dispositions des articles 86 à 100 de la directive médicament relatives à l'encadrement européen de la publicité.

47. A la suite de l'ensemble de ces motifs, il n'est pas nécessaire de surseoir à statuer pour saisir à nouveau la CJUE d'une question préjudicielle et la cour infirmera le jugement en ce qu'il a retenu la responsabilité de la société Shop-Apotheke.

VIII. Sur les demandes de dommages et intérêts

48. En suite de l'absence de publicité illicite retenue par la cour, le jugement doit être infirmé en ce qu'il a condamné la société Shop-Apotheke à des dommages et intérêts aux pharmaciens français qui seront déboutés de leurs demandes.

49. La société Shop-Apotheke renouvelle sa demande de condamnation des pharmaciens français à des dommages et intérêts fondés sur l'abus de l'action dirigée à son encontre en ce que, d'une part, elle n'est motivée que par des fins politiques à l'égard des instances ordinales des pharmaciens et en vue de contester les projets d'ouverture de capital des pharmacies par d'autres opérateurs sur le territoire national.

50. D'autre part en raison de l'atteinte à l'image et de la réputation de la société Shop-Apotheke auprès de ses investisseurs, alors que l'action a été introduite au moment même où la de la société Shop-Apotheke avait engagé sa procédure d'introduction en bourse.

51. Toutefois, il ne se déduit pas des termes des moyens et des demandes discutés depuis l'origine de l'instance la preuve que l'action a dégénéré en abus, et tandis d'une part,

qu'elle a été initiée dans la suite de la campagne publicitaire de la société Shop-Apotheke, et d'autre part, que les investisseurs financiers avisés sur ce marché, ne pouvaient ignorer les aléas liés à l'harmonisation européenne de la législation en matière de médicament non soumis à prescription ainsi que la diversité des cadres juridiques des Etats membres de la Communauté, le jugement sera infirmé en ce qu'il a ordonné la publicité et la demande réitérée en appel sera rejetée.

IX. Sur la publicité de la décision

52. Si le présent arrêt écarte pour l'essentiel l'application du cadre légal français de la profession de pharmacien au commerce électronique du médicament non soumis à prescription, il demeure, d'une part ainsi que cela est rappelé au paragraphe 27 ci-dessus, que l'équilibre du droit communautaire maintient à chaque Etat membre une marge d'appréciation de ses objectifs de santé publique, et la cour relève d'autre part, que l'Etat français a adopté un nouvel arrêté du 26 février 2021, modifiant l'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières.

53. Il s'en déduit que, avant d'être irrévocable, le présent arrêt est susceptible de ne pas avoir d'autorité sur l'avenir de la vente de médicament sans prescription sur Internet, à l'exception de celle du droit au référencement payant et la comparaison des prix de ces ventes sur Internet irrévocablement acquis depuis l'arrêt précité du Conseil d'Etat du 17 mars 2021.

54. En conséquence, la cour estime qu'il n'est pas opportun d'ordonner la publication de l'arrêt et les parties seront déboutées de ce chef.

X. Sur les frais irrépétibles et les dépens

55. Les pharmaciens français succombant à l'action, il convient d'infirmé le jugement en ce qu'il a statué sur les dépens et les frais irrépétibles. Statuant à nouveau de ces chefs, y compris en cause d'appel, ils seront condamnés solidairement en tous les dépens ainsi qu'à payer, chacun à la société Shop-Apotheke une indemnité de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

Dit n'y avoir lieu à saisir la Cour de justice de l'Union européenne et à ordonner une expertise ;

Infirmé le jugement en toutes ses dispositions déferées, sauf celle qui a débouté la société Shop-Apotheke BV de sa demande de dommages et intérêts ;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Déboute l'Union des groupements de pharmaciens, l'Association française des pharmacies en ligne, la Pharmacie du Centre de l'ensemble de leurs demandes ;

Dit n'y avoir lieu à publication de l'arrêt ;

Condamne l'Union des groupements de pharmaciens, l'Association française des pharmacies en ligne, la Pharmacie du Centre, la Pharmacie de Lescombes et la Pharmacie Bizet aux dépens de première instance et d'appel qui seront recouverts dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile ;

Condamne l'Union des groupements de pharmaciens, l'Association française des pharmacies en ligne, la Pharmacie du Centre, la Pharmacie de Lescombes et la Pharmacie Bizet à payer, chacune à la Shop-Apotheke BV une indemnité de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

LA GREFFIÈRE

LE PRÉSIDENT