

**LES ACCORDS AUTORISES :
L'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE**

Extrait de la thèse « Concurrence entre pharmaciens d'officine »
Guillaume Fallourd 2002

Introduction

Le pharmacien d'officine est bien souvent amené, au cours de sa vie professionnelle, à se protéger contre la concurrence de ses confrères.

Le Code de déontologie, prenant acte de la nécessité d'une telle protection, a mis une obligation de non-réinstallation à la charge du pharmacien ayant assisté, remplacé, ou secondé le titulaire de l'officine, laquelle est prévue par l'article R. 5015-37 dudit Code.

Bien que cette protection soit en partie garantie par le Code de déontologie, elle résulte en pratique d'un rapport contractuel entre deux ou plusieurs pharmaciens ou entre un pharmacien et son collaborateur.

Le pharmacien d'officine va s'entendre conventionnellement avec l'un de ses confrères pour que celui-ci ne lui fasse pas une concurrence injuste. Cet accord se traduira par la rédaction d'une clause de non-concurrence, dont l'objet sera d'interdire l'exercice d'une activité pouvant faire concurrence à l'autre partie voire également à des tiers, soit pendant la durée des relations contractuelles, soit après leur expiration.

Une telle entente procède bien évidemment du souci de sauvegarder la clientèle.

Ces clauses contractuelles recèlent cependant plusieurs dangers. D'une part elles portent atteinte au principe de la libre concurrence, et d'autre part elles portent atteinte à l'une des libertés les plus fondamentales de notre temps, la liberté d'entreprendre. Ainsi, sans condamner ces stipulations contractuelles, le droit positif les valide sous réserve de respecter des conditions restrictives qui seront ci-dessous développées.

Chaque contrat dans lequel est insérée une clause de non-concurrence comporte des règles propres qu'il conviendra d'étudier successivement, tant au regard du droit commun que du droit pharmaceutique, qui ici encore a su laisser une empreinte bien particulière, notamment par l'article R. 5015-37 du Code de la santé publique dont il convient d'emblée d'examiner la portée.

Ainsi, au-delà d'une protection offerte par le Code de déontologie (Section 1), le pharmacien d'officine va également chercher dans différentes situations à se protéger conventionnellement contre une concurrence qualifiée d'injuste (Section 2).

Section 1 – Une protection déontologique

Dès son origine¹, le Code de déontologie a réglementé l'obligation de non-concurrence entre pharmaciens².

Actuellement, l'article R. 5015-37 met à la charge du pharmacien une obligation particulière de non-concurrence qui, ainsi que nous le verrons, a sensiblement assoupli les contraintes de l'ancien article R. 5015-59 dudit Code.

L'article R. 5015-37 stipule ainsi que :

"Un pharmacien qui, soit pendant, soit après ses études, a remplacé, assisté ou secondé un de ses confrères durant une période d'au moins six mois consécutifs ne peut, à l'issue de cette période et pendant deux ans, entreprendre l'exploitation d'une officine ou d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale où sa présence permette de concurrencer directement le confrère remplacé, assisté ou secondé, sauf accord exprès de ce dernier".

Si les conditions d'application de l'obligation réglementaire de non-concurrence semblent clairement posées (§1), il convient cependant de s'interroger sur l'étendue celle-ci (§2).

§1 - Conditions d'application de l'obligation réglementaire de non-concurrence :

Bien que le Code de déontologie ait prévu une obligation de loyauté à la charge du pharmacien d'officine, il s'est avéré nécessaire d'instaurer une obligation déontologique spécifique de non-concurrence. Toute contestation relative au contenu de cette obligation est donc soumise au Conseil de l'Ordre des pharmaciens compétent³.

A ce titre, le juge ordinal bénéficie d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins large selon le caractère objectif (1) ou subjectif (2) des conditions d'application définies à l'article R. 5015-37 du Code de déontologie. Il va donc rechercher s'il existe ou non une concurrence déloyale réalisée par le pharmacien débiteur de l'obligation de non-concurrence, et ce même si les fonctions de ce dernier n'ont pas été régulièrement exercées (3).

¹ Rédigé dès 1949 par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, et fixé par le décret n° 53-591 du 25 juin 1953.

² Cf. article R. 5015-59 ancien.

³ Notons que l'article précité ne prévoit plus la compétence exclusive du Conseil régional de l'Ordre compétent, le Conseil national ayant ainsi repris ses compétences de juge d'appel.

1) Des conditions objectives :

Le pharmacien doit avoir exercé sa profession au sein d'une officine, en ayant occupé un des postes visés par l'article R. 5015-37 précité (1), pendant une durée minimale de six mois (2).

1.1 Les postes visés :

L'article R. 5015-37 précité vise un certain nombre de postes de travail rendant le pharmacien débiteur d'une obligation de non-concurrence. Cet article vise directement les postes de pharmacien remplaçant, de pharmacien assistant⁴, mais aussi indirectement de pharmacien stagiaire par les termes "*soit pendant, soit après ses études*". Une telle énumération nous semble être limitative. Dès lors, ne sont pas concernés les préparateurs en pharmacie pour lesquels il conviendra de faire application des règles de droit commun en la matière⁵.

L'ensemble de ces postes ne soulève aucune difficulté particulière d'interprétation, excepté celle relative au terme "secondé" employé à l'article R. 5015-37 précité. Ainsi que nous le verrons, le terme de « secondé » semble ne viser que les stagiaires en pharmacie.

1.2 L'ancienneté du pharmacien :

L'article R. 5015-37 du Code de déontologie ne met à la charge du pharmacien une obligation de non-concurrence que dans l'hypothèse où la relation de travail est d'une durée supérieure ou égale à 6 mois⁶.

Notons que l'article R. 5015-59 de l'ancien Code de déontologie n'imposait pas une telle condition à l'existence de l'obligation déontologique de non-concurrence.

Cette nouvelle exigence marque d'une part, un assouplissement de l'obligation déontologique de non-concurrence, et d'autre part un certain désengagement du Conseil de l'Ordre des pharmaciens en tant que juridiction ordinaire, puisque la stipulation d'un tel délai suppose une appréciation stricte en cas de litige.

Force est de constater que l'article R. 5015-37 du Code de déontologie supprime donc une part du pouvoir d'appréciation conféré au juge ordinaire par l'article R. 5015-59 ancien du Code de déontologie⁷. Une telle appréciation suppose-t-elle que des remplacements répétitifs dont la durée globale est supérieure à 6 mois puissent justifier l'application de l'article R. 5015-37 précité ?

⁴ Notons que l'article 67 III de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (J.O. 5 mars) dispose que, dans l'ensemble des dispositions du code de la santé publique, les mots : « pharmacien assistant » sont remplacés par les mots : « pharmacien adjoint ».

⁵ Cf. *infra*.

⁶ Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens l'a notamment rappelé dans une décision en date du 5 mars 1998, cf. *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1998, n° 359, p. 127.

⁷ Le juge ordinaire n'a donc plus à apprécier l'existence d'une concurrence directe au regard du temps travaillé, voir par exemple, CNOP, 6 juillet 1970, *Doc. Pharm., Jur. Prof.*, n° 1656, p. 6.

Il nous semble que dans une telle situation, le Conseil de l'Ordre appréciera en fonction d'une part de la durée totale de tous les remplacements, et d'autre part de la durée de l'interruption entre ceux-ci.

Par conséquent, le juge ordinal ne pourra plus mettre à la charge d'un pharmacien une obligation déontologique de non-concurrence alors que ce dernier n'a exercé que pendant une durée inférieure à 6 mois⁸, et ne pourra donc prononcer une sanction que sur le fondement des articles R. 5015-21 et R. 5015-34 du Code de déontologie, relatifs au devoir de loyauté à l'ensemble des pharmaciens.

2) Des conditions subjectives :

Certaines conditions d'application de l'obligation de non-concurrence prévue à l'article R. 5015-37 précité laissent un large pouvoir d'appréciation au Conseil de l'Ordre. En effet, le Code de déontologie exige, d'une part et de façon expresse que les pharmaciens concernés soient en concurrence directe (2.1), et d'autre part et de façon implicite un détournement de clientèle (2.2).

2.1 Exigence d'une concurrence directe : existence d'une clientèle commune :

L'article R. 5015-37 ne s'appliquera que si le pharmacien débiteur de l'obligation de non-concurrence réalise une concurrence dite « directe ». Il appartiendra au juge ordinal d'apprécier, selon les circonstances de fait propres à l'affaire, l'existence de cette concurrence.

A cet égard, l'élément d'appréciation qu'il convient de relever en l'espèce est celui relatif à l'existence d'une clientèle commune⁹. En effet, en l'absence de clientèle commune, aucun détournement ne paraît possible.

Cette clientèle doit être suffisamment importante pour justifier l'existence d'une concurrence directe, et semble devoir être appréciée suivant deux critères :

- d'une part, en fonction de son importance : à titre d'exemple, notons que le Conseil de l'Ordre des pharmaciens a considéré qu'une clientèle commune de 500 habitants n'était pas suffisante pour créer une situation de concurrence directe¹⁰.

⁸ *Tant le Conseil National que le Conseil d'Etat ont considéré que l'installation d'un pharmacien biologiste à 300 mètres de son employeur, chez qui il avait exercé environ 4 mois alors qu'il n'existait que le laboratoire de son ancien employeur dans l'agglomération en question, constituait bien une concurrence directe, cf. CNOP, 27 juin 1973, et Conseil d'Etat, 5 janvier 1977, "Sieur BRAYOTEL", précité ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1977, n° 199, p. 442, obs. R. DENOIX de Saint MARC et D. LABETOULLE ; R.D.S.S., 1977, p. 240 et 377, obs. J.M. AUBY.*

⁹ Cf. G. DILLEMANN et R. LEMAY, « De la clause de non concurrence », *Produits et problèmes pharmaceutiques*, 17 novembre 1969, p. 189.

¹⁰ Cf. CNOP, 10 octobre 1977, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1977, n° 205, p.1389 ; *Doc. Pharm., Juris. Prof.* n° 2180, p. 6-7.

- d'autre part, en fonction de la proximité des deux officines.

Cependant, aucune précision n'est apportée sur ce point par le Code de déontologie. Dès lors, il appartient au Conseil de l'Ordre compétent d'apprécier si la distance permet ou non une concurrence directe. Celui-ci pourra s'appuyer sur les éventuelles stipulations d'une clause contractuelle¹¹.

Notons que les distances conseillées par l'ordre et les syndicats, s'agissant des clauses de non-concurrence à insérer dans les contrats types relatifs à l'engagement des assistants, sont de :

- 5 kilomètres en milieu rural,
- 1 kilomètre en zone urbaine¹².

Le juge ordinal ne se limitera pas à l'appréciation d'une éventuelle clientèle commune. Il va également apprécier l'importance de l'officine exploitée, le nombre de personnes qui y travaillent, la nature des contacts entre la clientèle et le pharmacien débiteur de l'obligation de non-concurrence¹³. Il va ainsi essentiellement examiner les fonctions qui étaient occupées par ce dernier.

Ajoutons que l'ensemble de ces justifications doit être apporté par le requérant. A cet égard, le Conseil national a rappelé que c'est à celui qui invoque l'article R. 5015 -37 précité (R. 5015-59 ancien) d'en démontrer l'application, et donc d'apporter les éléments, suffisamment précis, de nature à mettre ses pairs en mesure d'apprécier le caractère direct de la concurrence, mais aussi d'établir que cette concurrence est plus accentuée que celle qui pourrait résulter de l'installation de n'importe quel autre confrère¹⁴.

En outre, l'appréciation du Conseil de l'Ordre peut être fondée sur la motivation de l'arrêté préfectoral accordant une licence pour une création dans une localité voisine.

Notons que, dans l'hypothèse où la licence vient à être annulée, la décision d'inscription prononcée par le Conseil de l'Ordre repose alors sur des faits matériellement inexacts, et doit également être annulée¹⁵. Une telle circonstance met bien évidemment fin à toute concurrence.

¹¹ A titre d'exemple, voir CNOP, 31 janvier 2000, aff. n° A-D 2211.

¹² Cf. M. DUNEAU, *Le droit du travail et l'officine pharmaceutique*, Litec, 1985, p 154-156; voir également, « Contrat d'assistanat et de gérance après-décès », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1983, n° 270, p. 911 et s.

¹³ Cf. CNOP, 6 juillet 1985, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1985, n° 282, p. 251.

¹⁴ Cf. CNOP, 14 octobre 1974, *Doc. Pharm., Jur. Prof.* n° 1994, p. 2-4.

¹⁵ Cf. Conseil d'Etat, 18 octobre 1996, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1997, n° 354, p. 126.

2.2 Exigence d'un détournement de clientèle : l'exercice de fonctions en contact avec la clientèle :

Le pharmacien peut contester l'application de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie, dans l'hypothèse où il exerçait, sur son ancien lieu de travail, une activité qui l'excluait de tout contact avec la clientèle.

Un tel argument, bien que difficile à prouver, permettra au pharmacien concerné d'être exonéré de son obligation déontologique de non-concurrence et de s'installer à proximité de son ancien employeur. A titre d'exemple, le pharmacien qui a pour mission de préparer des médicaments ne se trouve pas en contact avec la clientèle, et n'est donc pas susceptible de réaliser un détournement de clientèle.

Par conséquent, l'autorité ordinale compétente pour trancher toute éventuelle difficulté d'interprétation et pour évaluer l'étendue de la responsabilité disciplinaire du pharmacien, détient toujours un large pouvoir d'appréciation.

Le Conseil de l'Ordre va en effet tenir compte de toutes les circonstances de fait de nature à conférer à la concurrence le caractère "direct" requis par le texte.

3) Caractère non exonératoire d'un exercice irrégulier :

L'obligation déontologique de non-concurrence reste à la charge du pharmacien débiteur de cette obligation même lorsque ses fonctions n'ont pas été régulièrement exercées, peu importe que l'irrégularité soit de son propre fait¹⁶ ou du fait du nouvel employeur¹⁷.

Ainsi, pour s'exonérer de son obligation de non-concurrence, un remplaçant ne saurait se prévaloir de ce que les formalités exigées par la loi tel que le défaut d'inscription à l'Ordre, n'ont pas été respectées lors de son remplacement¹⁸. Il en va de même pour un assistant qui n'aurait pas répondu aux conditions d'exercice de sa profession telle l'inscription à l'Ordre des pharmaciens¹⁹.

Nonobstant ces des difficultés, d'autres problèmes doivent être soulevés s'agissant de l'étendue de l'obligation réglementaire de non-concurrence.

¹⁶ Par exemple, défaut d'inscription à l'Ordre de l'intéressé lorsqu'il exerçait chez son ancien employeur, Conseil d'Etat 5 janvier 1977, « *Sieur BRAYOTEL* », précité ; notons également que, l'adage « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » pourrait s'appliquer en l'espèce.

¹⁷ Par exemple, veiller à ce que ses collaborateurs obtiennent les autorisations administratives nécessaires et se fassent régulièrement inscrire à l'Ordre, cf. Conseil d'Etat 5 janvier 1977, précité ; CNOP, 27 juin 1973, *Doc. Pharm., Juris. Prof.* n° 1891, p. 2.

¹⁸ Concernant la concurrence entre médecins libéraux, cf. A. DORSNER et A. SCEMAMA, « l'obligation de non-concurrence dans le remplacement médical », *La nouvelle presse médicale*, 12 novembre 1977, 6, n° 38, p. 3559-3564.

¹⁹ Cf. Conseil d'Etat, 5 janvier 1977, précité.

§2 - Etendue de l'obligation déontologique de non-concurrence :

Au-delà d'une limitation précise dans le temps de l'obligation réglementaire de non-concurrence mise à la charge du pharmacien (1), il conviendra de s'interroger sur le sens de l'article R. 5015-37 précité pour savoir si cette obligation ne constitue pas uniquement une obligation de non-réinstallation mais revêt également le caractère d'une véritable obligation de non-réembauchage (2).

1) Une obligation limitée dans le temps :

Tout comme l'article R. 5015-59 ancien du Code de déontologie le prévoyait initialement, l'article R. 5015-37 précité institue un délai de non-concurrence. En effet, cet article prévoit une obligation de non-concurrence d'une durée de 2 ans.

Après avoir constaté l'existence d'une concurrence directe entre pharmaciens, le Conseil de l'Ordre peut exiger du pharmacien débiteur de l'obligation de non-concurrence qu'il ne s'installe pas avant l'issue du délai de 2 ans²⁰.

Le Conseil national considérait anciennement qu'il pouvait « réduire » le délai de deux ans et prononcer par voie de conséquence l'inscription au tableau²¹.

Selon le Professeur G. VIALA, une telle interprétation est discutable dans la mesure où « l'article R. 5015-37 précité doit s'appliquer, et ce intégralement, ou bien il ne s'applique pas ; mais rien n'autorise l'Ordre à réduire le délai selon le cas qui lui est soumis »²².

2) Une obligation limitée à l'exploitation d'une officine :

L'article R. 5015-37 précité interdit au pharmacien débiteur de ladite obligation "d'entreprendre l'exploitation d'une officine (...)". L'obligation de non-concurrence ainsi énoncée constitue-t-elle uniquement une obligation de non-réinstallation ou de non-rétablissement, et non pas également une obligation de non-réembauchage ?

Notons que cette difficulté provient de la suppression, lors de la réforme du Code de déontologie, de l'article R. 5015-62 dudit Code qui interdisait tout débauchage des collaborateurs d'un confrère, et imposait une obligation d'information au nouvel employeur, toute contestation étant soumise à la décision du Conseil régional ou du Conseil central intéressé²³.

²⁰ Cf. CNOP, 15 avril 1986, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1986, n° 294, p. 11.

²¹ Cf. CNOP, 20 octobre 1954, *Doc. Pharm., Juris. Prof.* n° 885, p. 1-3.

²² Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 24.

²³ Voir à titre d'exemple, CNOP, 18 janvier 1994, *Bulletin de l'Ordre des Pharmaciens*, 1994, n° 343, p. 131-132.

En l'espèce, si l'article R. 5015-59 ancien laissait place au doute²⁴ en utilisant le terme « exploitation » d'une officine, l'article R. 5015-37 précité innove et indique désormais clairement que la clause ne peut viser que le futur titulaire d'une officine, et non l'assistant ou le remplaçant changeant simplement d'employeur²⁵.

En effet, si un salarié peut participer à l'exploitation d'une officine, il ne peut manifestement pas « entreprendre l'exploitation » de cette dernière, compte tenu du lien de subordination le liant à son employeur, à savoir le titulaire de ladite officine.

Cette stipulation est quelque peu critiquable dans la mesure où nous n'identifions pas les raisons pour lesquelles elle ne serait limitée qu'au pharmacien désirant s'installer. Le juge ordinal ne pourrait-il pas interpréter cet article de façon extensive pour considérer que l'article R. 5015-37 précité met à la charge du pharmacien une obligation générale de non-concurrence ?

Bien qu'aucune décision du Conseil national ou du Conseil d'Etat ne soit intervenue en la matière²⁶, il convient de relever une précision émise par le juge ordinal s'agissant du domaine d'application de l'article R. 5015-37.

Le Conseil national a en effet considéré que « *les auteurs* » de l'article précité « *ont entendu que l'ensemble des différends au plan déontologique, entre anciens employeurs et leurs assistants qui viennent s'installer dans une officine susceptible de se trouver en concurrence avec celle du pharmacien qu'ils ont assisté, soient réglées dans le seul cadre de ladite disposition* »²⁷.

On peut cependant s'interroger sur la portée de cette interprétation dans la mesure où l'affaire soumise au Conseil portait sur l'appréciation d'une obligation de non-réinstallation et non sur celle d'une obligation de non-réembauchage.

Ainsi, s'il ne semble pas que cet article doive être interprété aussi extensivement, il n'en demeure pas moins que le Conseil de l'Ordre pourra sanctionner le pharmacien salarié se faisant réembaucher par un confrère en concurrence directe en se fondant sur les articles R. 5015-34 (imposant au pharmacien des devoirs de loyauté et de confraternité) et R. 5015-21 (interdisant au pharmacien de réaliser des actes de concurrence déloyale).

Le Conseil de l'Ordre pourra en outre se fonder sur les conditions de l'article R. 5015-37 pour apprécier le caractère fautif du comportement du pharmacien salarié.

Il est donc fortement conseillé au pharmacien employeur de rédiger dans ses contrats de travail une clause de non-réembauchage²⁸.

²⁴ En effet, cet article interdisait au pharmacien de « s'installer (...) dans un établissement où sa présence permette de concurrencer ... ».

²⁵ Cf. J.M AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc n° 23-05, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 14

²⁶ Dans la mesure où en pratique, une clause de non-concurrence est prévue au contrat de travail, tout litige étant alors soumis au juge prud'homal seul compétent pour apprécier le contenu dudit contrat.

²⁷ Cf. CNOP, 5 mars 1998, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1998, n° 359, p. 127.

²⁸ Cf. *infra*.

§3 - Etendue de la responsabilité du pharmacien :

Après avoir relevé le cumul de la responsabilité civile et disciplinaire mise à la charge du pharmacien (1), nous nous interrogerons sur les possibilités d'exonération du pharmacien (2) et d'exécution forcée de l'obligation (3).

1) Une responsabilité civile et disciplinaire

L'article R. 5015-37 précité peut naturellement fonder une éventuelle sanction disciplinaire en la matière²⁹, tout manquement à cet article engageant la responsabilité disciplinaire du pharmacien.

Notons que la Cour de cassation a considéré que la violation de l'article R. 5015-59 ancien était susceptible de constituer, outre une faute disciplinaire, une faute civile³⁰.

L'action du pharmacien sera alors fondée :

- sur la théorie de la concurrence déloyale³¹, les juges civils devant alors rechercher l'éventuelle faute du pharmacien, c'est-à-dire selon la Cour de cassation, la violation des stipulations de l'article R. 5015-37 précité³²,
- sur la responsabilité contractuelle du pharmacien dans la mesure où le contrat de travail renvoie aux stipulations de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie.

Ainsi, le pharmacien lésé pourra non seulement espérer que la sanction disciplinaire mette fin au trouble causé, mais aussi obtenir réparation de son préjudice devant le juge civil³³.

Nous pouvons ainsi constater que la théorie de la concurrence déloyale appliquée au pharmacien d'officine est directement liée aux obligations prévues par le Code de déontologie. Le Conseil de l'Ordre des pharmaciens reste cependant le juge naturel de toute contestation liée à l'application de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie³⁴.

²⁹ Cf. sur le fondement de l'article R. 5015-59 ancien : CNOP, 15 octobre 1973, *Doc. Pharm., Jur. Prof.* n° 1890, p. 29-32.

³⁰ Cf. *Cass. civ.* 10 décembre 1969, précité.

³¹ Cf. *supra*, Introduction générale.

³² Cf. *Cass. soc.* 16 janvier 1974, *Bull. civ. IV*, n° 41, p. 36.

³³ *En l'espèce, le juge civil ne peut interdire au pharmacien d'exercer mais seulement allouer des dommages et intérêt. A cet égard, voir un arrêt en date du 10 décembre 1970 de la Cour de cassation censurant la décision de la C.A. ayant prononcé, à l'encontre d'un médecin, une interdiction d'exercer d'une durée de deux ans dans un périmètre bien défini, ce délai étant celui prescrit par le Code de déontologie médical, Cass. civ. 10 décembre 1969, JCP 1970 16429, op. cit.*

³⁴ Notons que le Conseil de l'Ordre recherche tout manquement à la confraternité, cette expression présentant un sens plus large que la concurrence directe ou déloyale, cf. G. DILLEMANN et R. LEMAY, « De la clause de non concurrence », précité, p. 186-192.

2) Exécution forcée de l'obligation déontologique de non-concurrence : le refus d'inscription au tableau :

Lors d'une demande d'inscription au tableau déposée par un pharmacien désirant s'installer³⁵, le non-respect de l'obligation pourra être sanctionné par le refus d'inscription³⁶.

Un pharmacien lésé peut s'opposer à l'inscription au tableau de son ancien « *assistant, remplaçant, ou secondant* » devenu titulaire d'une officine installée à proximité de la sienne³⁷. Le Conseil de l'Ordre des pharmaciens attend alors l'expiration du délai de deux ans, prévu par l'article R. 5015-37, pour procéder à l'inscription d'un concurrent direct lors de son installation à proximité de son ex-employeur³⁸. Une telle sanction traduit ainsi l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence.

Dans une telle hypothèse, le pharmacien ne pourra pas exercer sa profession et solliciter son inscription au tableau du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens³⁹ tant que le délai de deux ans prévu par l'article R. 5015-37 du Code de déontologie n'est pas écoulé.

Toutefois, le pharmacien débiteur de l'obligation de non-concurrence peut effectuer un recours devant le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens contre le refus d'inscription prononcé par le Conseil régional de la section A territorialement compétent⁴⁰, puisque selon l'article L. 4222-5 du Code de la santé publique celui-ci est compétent pour statuer en appel des décisions de refus d'inscription⁴¹.

Et, en cas de rejet par le Conseil national, le pharmacien pourra exercer un recours pour excès de pouvoir directement devant le Conseil d'Etat⁴².

Cependant, rien n'empêche le juge ordinal, compétent pour apprécier l'existence d'une concurrence directe, de considérer que l'éloignement entre les deux officines concernées est suffisant pour exclure tout détournement de clientèle.

Ajoutons que l'article R. 5015-37 précité prévoit une exception à l'application de l'interdiction de concurrence directe.

³⁵ La demande d'inscription est adressée au Conseil régional de la section A (celle des pharmaciens titulaires d'une officine) qui est, selon l'article L. 4222-3 du Code de la santé publique compétent pour prendre la décision d'inscrire ou non un pharmacien au tableau. Et, selon l'article L. 4222-4, celui-ci statue dans un délai de trois mois. Le silence gardé pendant ce délai vaut décision implicite de rejet.

³⁶ Cf. Conseil d'Etat, 5 janvier 1977, précité.

³⁷ Cf. CNOP, 15 avril 1986, précité.

³⁸ Cf. *idem*.

³⁹ Notons cependant, que le non respect de l'obligation déontologique de non-concurrence ne doit en rien influencer la décision de l'autorité préfectorale sur l'opportunité d'une création, cf. TA de Lyon, 12 octobre 1973, inédit.

⁴⁰ Cf. CNOP, 15 janvier 2000, précité.

⁴¹ Notons que selon G. VIALA le recours effectué devant le CNOP constitue un recours hiérarchique, compte tenu du caractère administratif de l'acte refusant l'inscription, ainsi qu'un préalable nécessaire avant tout recours devant le Conseil d'Etat, cf. G. VIALA, *Le tableau de l'Ordre des pharmaciens*, thèse Lille, 1977, p. 470 et s.

⁴² Un tel recours a été institué par le décret n° 63-768 du 30 juillet 1963, JO 1^{er} août.

3) Exonération exprès de l'obligation déontologique de non-concurrence :

Le conseil national considère que le pharmacien créancier d'une obligation déontologique de non-concurrence peut mettre un terme à cette dernière ou encore l'aménager quelque peu, en la rendant moins contraignante⁴³. Le pharmacien débiteur de ladite obligation peut donc être exonéré de son exécution.

Le pharmacien créancier ne peut-il cependant pas rendre l'obligation de non-concurrence plus contraignante ?

L'article R. 5015-37 du Code de déontologie peut être interprété comme ne prévoyant pas la possibilité pour les pharmaciens d'étendre cette obligation.

En effet, l'article R. 5015-37 précité n'envisage qu'une seule exception à l'existence de l'obligation de non-concurrence. Il s'agit de la possibilité pour le pharmacien créancier de l'obligation de donner son « accord⁴⁴ » pour restreindre ou écarter cette dernière⁴⁵.

Cela étant, il convient de retenir la position du Professeur Georges VIALA qui, à l'inverse, considère que rien n'interdit aux parties à un contrat de travail de fixer une durée plus longue que celle prévue par l'article R. 5015-37 précité, et dans un secteur excédent celui où une concurrence directe serait certaine⁴⁶.

Cependant, ainsi que nous le verrons, s'agissant du contrat de travail, il paraît difficile pour les parties de conclure un contrat qui serait plus contraignant que les stipulations de l'article R. 5015-37 précité, dans la mesure où le conseil des prud'hommes va s'inspirer de celles-ci pour apprécier le caractère ou non excessif de la clause de non-concurrence⁴⁷.

Par ailleurs, une seconde difficulté doit être soulevée : l'accord entre les intéressés doit-il être notifié au Conseil de l'Ordre tel que l'article R. 5015-59 ancien l'exigeait ?

Selon le Professeur G. VIALA, même si l'article R. 5015-37 ne prévoit plus une telle communication, il n'en demeure pas moins que les pharmaciens concernés « *doivent en principe informer le Conseil compétent de leur accord* »⁴⁸.

Soulignons enfin que peu de différends sont soumis au Conseil de l'Ordre, sauf l'hypothèse où une demande d'inscription a été présentée par l'ancien collaborateur et que son ancien employeur s'y oppose.

L'article R. 5015-37 du Code de déontologie met ainsi à la charge du pharmacien une véritable obligation déontologique, transcendant les rapports contractuels pouvant exister

⁴³ A titre d'exemple voir, CNOP, 29-30 juin 1981, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1981, n° 247, p. 1126.

⁴⁴ Bien que la notion d'accord peut être entendue comme faisant référence à tout contrat régissant les conditions d'application de l'article R. 5015-37, celle-ci vise essentiellement le consentement du pharmacien assisté, remplacé ou secondé dans le non-respect des conditions de l'article précité.

⁴⁵ A ce titre, le Conseil d'Etat a considéré que l'ancien employeur peut renoncer à s'en prévaloir, et les parties peuvent en convenir par une stipulation expresse au contrat de travail, cf. Conseil d'Etat, 9 février 1966, A..., JCP 66, II, n° 14623.

⁴⁶ Cf. J.M AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ Cf. *infra*.

⁴⁸ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 24.

entre pharmaciens. Cependant, le pharmacien va en pratique prévoir conventionnellement une obligation de non concurrence, dont le champ d'application peut être beaucoup plus large.

Section 2 - Une protection conventionnelle

L'obligation contractuelle de non-concurrence dépend directement de la volonté des parties au contrat.

Celles-ci peuvent prévoir une clause de non-concurrence qui comprendrait à la fois une obligation de non-réembauchage et une obligation de non-réinstallation.

L'obligation de non-réembauchage interdira au pharmacien débiteur de cette obligation de se faire réembaucher par un pharmacien en concurrence directe avec l'officine de son ancien employeur.

L'obligation de non-installation ou de non-réinstallation suivant le cas (ou de non-rétablissement) interdira, quant à elle, au pharmacien de se réinstaller à proximité de l'emplacement de l'officine dans laquelle il exerçait précédemment.

L'existence d'une telle clause est importante compte tenu du rôle particulier du pharmacien d'officine qui est chargé de dispenser au public des produits de santé, et qui se trouve donc en contact permanent avec la clientèle.

En l'absence de telles clauses, le salarié recouvre une pleine et entière liberté de concurrence sous la seule réserve de ne pas développer une concurrence déloyale dès l'issue du contrat de travail⁴⁹.

Le pharmacien titulaire va donc, dans le cadre du contrat de travail, chercher à se protéger de la concurrence que pourrait lui faire la personne qu'il emploie. De même, dans les contrats réglant la cession totale ou partielle d'une officine, une obligation de non concurrence à la charge du vendeur est généralement prévue.

Il convient donc d'étudier l'obligation de non-concurrence au travers des différents contrats au titre desquels elle peut apparaître : un contrat de travail (§1), une convention de stage (§2), un contrat de cession (§3) ou encore un contrat de gérance après décès (§4).

⁴⁹ *Tels que le dénigrement de l'ancien employeur, le débauchage des salariés de ce dernier, ou encore le fait d'entretenir une confusion avec celui-ci, cf. C.A. Versailles, 31 mars 1994, D. 1995, Somm. p. 207, obs. Y. SERRA.*

§1 - Dans les contrats de travail :

Le pharmacien peut être amené à conclure un contrat de travail dès lors que la création d'un poste d'assistant⁵⁰, de remplaçant ou de préparateur est nécessaire.

Ayant ainsi le statut d'employeur, il devra inclure dans le contrat de travail qu'il rédigera une clause de non-concurrence.

Cette clause interdira au pharmacien ou au préparateur salarié⁵¹ de se faire réembaucher par un confrère susceptible de faire concurrence à son ancien employeur (clause que l'on devrait qualifier de non-réembauchage) ou encore de se réinstaller à proximité de l'officine (clause que l'on devrait qualifier de non-réinstallation ou de non-rétablissement).

Cela étant, aucune disposition du Code du travail ou de la convention collective des pharmaciens d'officine, ne traite de la clause de non-concurrence qui serait rédigée dans un contrat de travail.

Le contrat de travail conclu entre pharmaciens d'officine est soumis aux dispositions du Code du travail qui, rappelons le, sont d'ordre public, ainsi qu'aux stipulations de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine.

Il convient donc de se référer d'une part aux règles du Code de la santé publique et plus précisément aux stipulations du Code de déontologie, et d'autre part à la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ainsi qu'aux décisions rendues par le Conseil de l'Ordre des pharmaciens en la matière, afin de déterminer les conditions de validité de ces clauses (1), les sanctions en cas d'irrégularités des clauses (2) et les effets des clauses licites (3).

1) Conditions de validité :

La Cour de cassation a d'abord affirmé le principe de licéité de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail⁵², dont la nullité n'était prononcée que lorsqu'elle portait atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps, dans l'espace et de la nature de l'activité du salarié.

Il appartenait donc au salarié d'apporter la preuve que ladite clause portait gravement atteinte à sa liberté du travail.

⁵⁰ *Le pharmacien titulaire doit embaucher un pharmacien pour l'assister dans l'exploitation de son officine dès lors que le chiffre d'affaire annuel hors taxe à la valeur ajoutée est compris entre 900 000 euros et 1 800 000 euros ; un deuxième assistant pour un chiffre annuel hors taxe à la valeur ajoutée, compris entre 1 800 000 euros et 2 700 000 euros ; au-delà de ce chiffre, un assistant supplémentaire est obligatoire par tranche de 900 000 euros supplémentaires (montant fixé par un arrêté du 29 janvier 2002 (JO. 7 février).*

⁵¹ *Nous limiterons la présente étude aux seuls pharmaciens. Notons cependant que la profession de préparateur peut jouer un rôle dans la concurrence entre pharmaciens, s'agissant de la pratique du débauchage, cf. infra.*

⁵² *Cf. Cass. soc. 8 mai 1967, D. 1967, p. 230, note G. LYON-CAEN : Les grands arrêts, p. 239.*

Cette solution était critiquable puisque, par définition, la clause de non-concurrence porte atteinte à la liberté du travail qui est un principe fondamental de notre droit.

La nullité de ces clauses aurait donc du constituer la règle, et leur licéité n'aurait été retenue qu'à titre exceptionnel lorsque l'employeur aurait rapporté la preuve de l'insuffisance des règles générales de la concurrence déloyale pour protéger les intérêts légitimes de son entreprise⁵³.

La Cour de cassation s'est finalement ralliée à la conception de l'intérêt légitime de l'entreprise, tout en conservant les conditions de temps et de lieu, et de nature de l'activité professionnelle.

1.1 Les intérêts légitimes de l'entreprise :

Depuis un arrêt de principe daté du 14 mai 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que l'employeur ne pouvait pas exiger l'exécution d'une clause de non-concurrence sans avoir au préalable établi que l'existence de celle-ci était justifiée par l'intérêt légitime de son entreprise⁵⁴.

La clause de non-réembauchage doit donc être indispensable à la protection des intérêts légitimes d'une entreprise.

La limitation dans le temps et dans l'espace de l'obligation de non-concurrence ou la possibilité pour le débiteur de l'obligation d'exercer sa profession, ne sauraient à elles seules valider la clause, par opposition à l'existence d'intérêts légitimes.

1.2 Les conditions de temps et de lieu :

(1) L'interdiction énoncée dans le contrat de travail doit en principe être limitée dans le temps et dans l'espace. Cependant, ces deux interdictions sont alternatives.

Ainsi, pour être valable, il n'est pas nécessaire que la clause soit limitée à la fois dans le temps et dans l'espace⁵⁵.

Dès lors qu'elle est limitée dans l'espace, la Cour de cassation n'a pas à répondre au moyen de la prétendue absence de limitation dans le temps⁵⁶, et vice-versa⁵⁷.

⁵³ L'ensemble de ce paragraphe est largement inspiré de G. LYON-CAEN et Jean PELISSIER, *Droit du travail*, Dalloz, 1998, n° 254-266.

⁵⁴ Cf. Cass. soc. 14 mai 1992, R.J.S. 6/92, n° 735 ; Cass. soc. 20 juin 1995, R.J.S. 8-9/95, n° 891.

⁵⁵ Voir notamment, Cass. soc. 29 mai 1991, R.J.S. 7/91, n° 836.

⁵⁶ Cf. Cass. soc. 10 mars 1988, LiAIS. Soc., Légis. soc., n° 6092.

⁵⁷ Une clause de non réembauchage peut ainsi être illimitée dans l'espace, dans la mesure où elle est limitée dans le temps, cf. Cass. soc. 29 mai 1991, précité.

(2) Le chiffre de deux ans est adopté par la plupart des conventions collectives. Or, la convention collective nationale des pharmaciens d'officine reste silencieuse à cet égard. Rappelons que l'article R. 5015-37 du Code de déontologie prévoit quant à lui une période de non-concurrence d'une durée de deux ans.

Il convient donc de déterminer l'opposabilité de cet article à l'égard, d'une part des parties au contrat, et d'autre part des juges prud'homaux.

- S'agissant de l'opposabilité de l'article R. 5015-37 précité à l'égard des parties, nous avons admis que le délai de deux ans institué par cet article avait un caractère supplétif⁵⁸.

Rappelons cependant que l'article R. 5015-37 ne vise que les clauses de non-réinstallation et non celle de non-réembauchage généralement prévue dans les contrats de travail.

Lorsque le contrat de travail ne prévoit qu'une obligation de non-réinstallation, les parties au contrat devront respecter le délai de 2 ans de l'article R. 5015-37 sous peine de sanction disciplinaire.

Notons que le modèle de contrat d'assistant en pharmacie à durée indéterminée proposé par l'Ordre des pharmaciens fait directement référence à l'article R. 5015-37⁵⁹.

- S'agissant de l'opposabilité de l'article R. 5015-37 précité à l'égard du juge prud'homal :

Le Code de déontologie, contrairement à la convention collective, n'a pas vocation à régler les conditions de travail du pharmacien salarié. Le Conseil de prud'hommes peut néanmoins faire référence à l'article R. 5015-37 pour apprécier le caractère excessif ou non d'une clause de non concurrence⁶⁰, sans pour autant établir un quelconque manquement sur ce fondement.

(3) Nous avons déjà évoqué le fait que l'article R. 5015-37 du Code de déontologie n'apporte aucune précision⁶¹ s'agissant de la "zone" de non-concurrence.

Ceci étant, les distances conseillées par l'ordre et les syndicats, s'agissant des contrats types relatifs à l'engagement des assistants, sont de :

- 5 kilomètres en milieu rural,
- 1 kilomètre en zone urbaine⁶².

⁵⁸ Cf. *supra*, Section 1.

⁵⁹ Cf. « Contrat d'assistantat et de gérance après-décès », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, précité n° 270, p. 911 et s.

⁶⁰ Cf. *infra*, sur le pouvoir de révision du juge.

⁶¹ Cf. *supra*, Section 1.

⁶² Cf. M. DUNEAU, *Le droit du travail et l'officine pharmaceutique*, op. cit., p. 156 ; voir également, *Bulletin de l'ordre des pharmaciens*, n° 270, p. 911 et s.

Par ailleurs, soulignons que la limitation dans le temps et dans l'espace de l'interdiction de non-concurrence n'est plus considérée en elle-même comme une condition de validité de ladite clause, puisque le juge recherchera en priorité l'existence d'un intérêt légitime de l'entreprise, et la possibilité pour le salarié de trouver un autre emploi compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle⁶³.

Nous retiendrons ainsi la formule de J. SAVATIER selon laquelle « *une clause de non-concurrence peut valablement interdire toute activité dans une entreprise concurrente dès l'instant qu'il est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et qu'elle n'empêche pas le salarié de retrouver un autre emploi compte tenu de sa formation et de son expérience* »⁶⁴.

Notons que certaines décisions de la Cour de cassation ont marqué une évolution en se montrant très respectueuses de la liberté du travail. En effet, ce courant jurisprudentiel a pu retenir qu'une clause de non-concurrence devait être géographiquement restreinte aux lieux dans lesquels le salarié était susceptible de faire une concurrence réelle à l'employeur étant donné la nature de l'entreprise et son rayon d'action⁶⁵.

La zone prohibée doit être d'autant plus limitée que l'interdiction atteint avec plus de rigueur le salarié dans l'activité spécifique qui est la sienne. Or, force est de constater que l'activité du pharmacien d'officine est une activité spécifique.

1.3 Possibilité pour le salarié de retrouver un emploi :

Actuellement, les juges prennent en compte deux considérations. Ils vont rechercher d'une part depuis combien de temps le salarié exerce cette activité⁶⁶, et d'autre part le caractère spécialisé de la formation de ce dernier. Ces deux critères apparaissent comme étant alternatifs.

S'agissant des pharmaciens d'officine, le second critère n'a pas à être recherché dans la mesure où le pharmacien a bénéficié d'une formation longue, spécialisée et sanctionnée par un diplôme.

Or, il est bien évident que les juges ne pourront retenir systématiquement la nullité de la clause litigieuse sur le seul fondement de la spécialisation.

Cela reviendrait en effet à interdire toute rédaction de clause de non-réembauchage ou de non-réinstallation dans les contrats de travail entre le pharmacien titulaire et ses collaborateurs, ce qui serait inacceptable puisque ceux-ci sont bien évidemment susceptibles de se faire une concurrence injuste en se faisant réembaucher par un pharmacien situé à proximité de leur ancien employeur.

⁶³ Plusieurs décisions ne font plus mention de la limitation dans le temps et dans l'espace en présentant les conditions de validité des clauses de non réembauchage, cf. Cass. soc. 18 déc. 1997, *Droit social* 1998, p. 194, obs. J. SAVATIER.

⁶⁴ Cf. *idem*.

⁶⁵ Cf. Cass. soc. 29 avril 1980, *Bull. civ. V. n° 373*, p. 282 : la clause est illicite dans la mesure où elle interdit au salarié de travailler dans la zone des salons de coiffure appartenant à son employeur autres que celui où l'intéressé était employé.

⁶⁶ Par exemple Cass. soc. 4 déc. 1990, *JCP. 1991. IV. 40*.

1.4 Absence d'exigence d'une contrepartie pécuniaire :

Contrairement au principe général gouvernant le droit des obligations selon lequel l'obligation de chaque partie doit, dans un contrat synallagmatique, avoir sa cause dans l'objet de l'obligation de l'autre, l'existence d'une clause de non-réembauchage n'est subordonnée à aucune contrepartie financière⁶⁷ sauf à ce que celle-ci soit prévue par la convention collective⁶⁸ ou par le contrat de travail.

La licéité de cette obligation sans cause est critiquée par la doctrine qui souligne la violation des règles générales du droit contractuel, mais aussi le caractère peu équitable de la solution⁶⁹.

Notons que les inconvénients de cette jurisprudence sont limités par la pratique des acteurs sociaux qui introduisent fréquemment dans les conventions collectives une clause prévoyant le versement d'une indemnité mensuelle en contrepartie de l'obligation du salarié de ne pas travailler⁷⁰.

A cet égard, la chambre sociale a considéré qu'en cas de non-paiement de l'indemnité constituant la contrepartie de l'obligation de non-concurrence, le salarié était libéré de son obligation de non-concurrence⁷¹.

Ajoutons que l'employeur ne pourra renoncer au bénéfice d'une clause de non-concurrence que lorsque cette faculté lui est conventionnellement reconnue et lorsque sa renonciation non équivoque⁷² intervient rapidement après la rupture du contrat de travail⁷³.

S'agissant de la convention collective nationale des pharmaciens d'officine, aucune indemnité de la sorte n'a été prévue. Rien n'empêche cependant les parties de convenir d'une indemnité compensatrice.

2) Les sanctions de l'irrégularité de la clause de non-concurrence :

La sanction classique est la nullité de la clause, et le salarié recouvre ainsi son entière liberté.

⁶⁷ Sauf en Alsace-Lorraine où le Code de commerce local impose une indemnité en contrepartie, cf. M. DUNEAU, *Le droit du travail et l'officine pharmaceutique*, op. cit., p. 156.

⁶⁸ Cf. Cass. soc. 9 octobre 1985, Bull. V., n° 442, p. 319 ; voir également, D. 1986., Jur. p. 420, note Y. SERRA.

⁶⁹ Voir à ce propos, P. FIESCHI-VIVET, « Clauses de non réembauchage et indemnité compensatrice », D. 1976, Ch. p. 148.

⁷⁰ Cf. G. LYON-CAEN et Jean PELISSIER, *Droit du travail*, op. cit., n° 259.

⁷¹ Cf. Cass. soc. 3 octobre 1991, C.S.B.P., n° 34153.

⁷² Cf. Cass. soc. 5 mai 1982, D. 1983, I.R. p. 50.

⁷³ Dans l'hypothèse où ni le contrat de travail ni la convention collective (ce qui est le cas s'agissant de la convention nationale collective de la pharmacie d'officine) ne prévoient de délai de renonciation, celui-ci doit intervenir au moment de la rupture dudit contrat, cf. Cass. soc. 27 septembre 1989, D. 1990, Jur. p. 101-103, note Y. SERRA. Notons également que lorsqu'il y a dispense d'exécuter le préavis, le délai pour renoncer utilement au bénéfice de la clause commence à courir le jour de la cessation effective du travail, cf. idem.

Cependant, le droit du travail manifeste de nouveau son particularisme, puisque la Chambre sociale de la Cour de cassation admet que le juge du fond puisse réviser la clause litigieuse en lui donnant un effet limité.

Tel que l'a souligné G. LYON-CAEN, le pouvoir de révision du juge est en pratique subordonné au comportement du débiteur de l'obligation de non concurrence.

Celui-ci peut respecter la clause litigieuse et soulever sa nullité, ou encore la violer au risque de voir l'employeur engager une action en justice au cours de laquelle le juge pourra réviser la clause au profit du salarié récalcitrant.

3) Mise en œuvre de la clause de non-concurrence :

La mise en œuvre de la clause de non-concurrence ne nécessite aucune manifestation de volonté de la part de l'employeur.

Si l'application de la clause devait être liée à la volonté de l'employeur, l'obligation de non-réembauchage alors subordonnée à une condition purement potestative, devrait être déclarée nulle en application de l'article 1174 du Code civil⁷⁴.

Cela étant, la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence suppose que l'on détermine au préalable, la portée de l'obligation de non-concurrence (3.1) et les sanctions encourues (3.2).

3.1 Portée de l'obligation de non-concurrence :

L'obligation de non-concurrence prévue dans le contrat de travail du pharmacien est limitée tant par les stipulations de celui-ci (3.1.1), que par le Code de déontologie (3.1.2).

3.1.1 Une obligation limitée aux stipulations du contrat de travail :

Il convient d'emblée de souligner que l'obligation conventionnelle contenue dans un contrat de travail est plus restrictive que l'obligation déontologique de l'article R. 5015-37 du Code de la santé publique.

Le pharmacien employé devient débiteur d'une obligation de non-concurrence d'origine conventionnelle dès la signature de son contrat de travail, alors qu'il ne sera débiteur d'une obligation réglementaire de non-concurrence qu'après avoir collaboré avec le pharmacien titulaire pendant au moins 6 mois.

⁷⁴ Cet article dispose en effet que « toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

Cependant, une spécificité du contrat de travail doit être ici soulevée quant à l'existence d'une période d'essai pendant laquelle les parties peuvent unilatéralement et sans préavis résilier ledit contrat⁷⁵.

La clause de non-concurrence ne s'appliquera pas lorsque le contrat est rompu pendant cette période d'essai, sauf cas exceptionnel lorsque les intérêts légitimes de l'entreprise sont en jeu.

La Cour de cassation a en effet reconnu la validité de telles clauses en cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai en raison des circonstances de l'espèce, à savoir la particularité du poste occupé, l'importance des informations offertes ...⁷⁶ Par ailleurs, le salarié ne peut s'exonérer de son obligation de non-concurrence, stipulée dans ledit contrat, qu'en alléguant la nature particulière de la rupture de son contrat de travail.

En effet, la clause de non-concurrence s'applique, quelque soit le fondement de la rupture du contrat de travail à savoir, une démission ou un licenciement, que celui-ci ait ou non une cause réelle et sérieuse⁷⁷.

Notons cependant que la convention collective peut limiter l'application de la clause à certains modes de rupture du contrat de travail. Or, la convention applicable au pharmacien d'officine ne prévoit aucune disposition à cet égard.

Si ce pharmacien n'engage pas sa responsabilité contractuelle, il engagerait sans aucun doute sa responsabilité délictuelle sur le fondement de la théorie de la concurrence déloyale, et donc de l'article 1382 du Code civil, mais aussi sa responsabilité disciplinaire au vu des articles R. 5015-37, R. 5015-21 et R. 5015-34⁷⁸.

3.1.2 Une obligation limitée aux stipulations du Code de déontologie :

Les parties à un contrat de travail peuvent-elles déroger aux stipulations de l'article R. 5015-37 du Code de la santé publique ? Au-delà de l'autorité particulière de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie sur le juge prud'homal, il convient d'envisager deux hypothèses :

- la clause de non-concurrence contractuelle est plus favorable au salarié que les stipulations de l'article R. 5015-37 précité.

⁷⁵ La durée de la période d'essai, et la possibilité de son renouvellement sont généralement prévues par la convention collective, ou alors par le contrat de travail. La convention collective nationale de la pharmacie d'officine attribue aux cadres une période d'essai maximale de trois mois non renouvelable (article 9), et aux employés et agents de maîtrise une période d'essai d'un mois maximum (article 18).

⁷⁶ Cf. Cass. soc. 14 mars 1983, Bull. civ. V, n° 144, p. 102 ; la Cour de cassation a récemment souligné qu'il appartenait au juge du fond de se référer à la rédaction de la clause ou l'intention commune des parties pour déterminer si la clause s'applique ou non pendant la période d'essai, cf. Cass. soc. 25 février 1997, Bull. civ. V, n° 84, p. 59.

⁷⁷ Ainsi, même si le licenciement du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'employeur peut encore interdire à son salarié de travailler pour un concurrent, cf. Cass. soc. 22 octobre 1997, R.J.S. 12/97, n° 1368 et Cass. soc. 25 octobre 1995, R.J.S. 1/96, n° 22.

⁷⁸ Cf. supra.

Dans cette hypothèse, il convient de faire application de la clause de non-concurrence contractuelle puisque l'article R. 5015-37 prévoit que l'obligation de non-concurrence ne s'applique pas lorsque le pharmacien remplacé, assisté ou secondé donne son accord exprès au pharmacien débiteur de ladite obligation.

- la clause négociée entre les parties est moins favorable au salarié que les stipulations de l'article R. 5015-37 précité.

Rien n'interdit en effet les parties de prévoir des conditions plus lourdes que celles de l'article R. 5015-37. Cependant, en cas de violation de celles-ci, seule la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation de non-concurrence pourra être engagée. Le juge prud'homal ne manquera cependant pas de réviser la clause au regard des stipulations de l'article R. 5015-37.

3.2 Les sanctions encourues par le salarié :

Le pharmacien salarié ayant violé une obligation contractuelle de non-concurrence peut être condamné à verser des dommages-intérêts à son employeur au titre de sa responsabilité contractuelle.

Le Conseil de prud'hommes est compétent pour statuer sur une telle demande, puisque la violation dont il est demandé réparation concerne une obligation née du contrat de travail. Cette compétence est exclusive.

Cela étant, rien n'empêche le juge ordinal de se prononcer sur l'existence ou non d'une faute professionnelle, tel que le non-respect des stipulations de l'article R. 5015-37 du Code de la santé publique.

3.2.1 Une responsabilité civile :

Bien souvent, les parties au contrat auront préalablement fixé de façon forfaitaire le montant de l'indemnité sous la forme d'une « clause pénale ».

Si la Chambre sociale a admis la licéité de ces clauses⁷⁹, rappelons que le juge peut, en vertu de l'article 1152 du Code civil, en modérer le montant s'il estime que celui-ci est dérisoire ou à l'inverse excessif⁸⁰.

La condamnation du salarié à payer des dommages-intérêts permet de réparer le préjudice subi par l'employeur, mais cette réparation ne protège cependant pas ce dernier contre les nouveaux actes de concurrence que le salarié peut commettre.

⁷⁹ Cf. Cass. soc. 25 novembre 1970, Bull. V., n° 651, p. 529-530.

⁸⁰ Les juges du fond bénéficiant d'un pouvoir souverain d'appréciation en la matière (Cass. com. 11 février 1997, R.J.S. 6/97, n° 791) ont pu considérer que le montant de la clause équivalant à un an de salaire n'était pas excessif, cf. Cass. soc. 24 mai 1978, Bull. V., n° 385, p. 291-292 ; par ailleurs, notons que les juges du fond doivent, pour réduire le montant de l'indemnité prévue, rechercher son caractère manifestement excessif, sans se borner à avancer que le montant est un peu élevé, cf. Cass. ch. Mixte, 20 janvier 1978, Bull. civ., ch. Mixte 1, p.1.

C'est pourquoi la jurisprudence a admis que l'employeur puisse solliciter des juges du fond que le salarié soit condamné sous astreinte à résilier son nouveau contrat de travail⁸¹ ou encore à la fermeture de sa nouvelle officine.

En outre, rien n'interdit aux juges du fond de cumuler une condamnation à des dommages-intérêts avec une exécution forcée de l'obligation de non-concurrence⁸². Soulignons néanmoins qu'un tel cumul ne peut être envisagé lorsque le contrat de travail contient une « clause pénale ».

Si l'article 1229 du Code civil interdit à l'employeur de demander cumulativement l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence et le paiement de la pénalité⁸³, il n'en demeure pas moins que cet article 1229, n'étant pas un texte d'ordre public, permet aux parties d'y déroger. Dès lors, ces derniers peuvent préciser dans le contrat de travail que l'application de la clause pénale n'empêche pas l'employeur d'exiger en justice la cessation de la concurrence prohibée⁸⁴ ou la réparation de son préjudice⁸⁵.

Ajoutons enfin que la mention « *libre de tout engagement* » sur le certificat de travail délivré par l'employeur au salarié à l'expiration de son contrat de travail⁸⁶ ne signifie pas que l'employeur ait renoncé à faire valoir l'obligation de non concurrence⁸⁷.

Cette mention a pour objet d'informer les tiers que les obligations liées à l'exécution du contrat de travail ont pris fin.

3.2.2 Une responsabilité disciplinaire :

Le pharmacien débiteur de l'obligation contractuelle de non-concurrence engage également sa responsabilité disciplinaire lorsqu'il ne la respecte pas, compte tenu des stipulations de l'article R. 5015-34 du Code de déontologie qui impose à tout pharmacien un devoir de loyauté.

Ce devoir n'est pas respecté dès lors que le pharmacien ne respecte pas un engagement tel qu'un contrat⁸⁸.

⁸¹ Cf. Cass. soc. 24 janvier 1979, D. 1979, p. 142, note Y. SERRA.

⁸² Cf. *idem*.

⁸³ L'article 1229 du Code civil dispose en effet que "La clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard".

⁸⁴ Cf. Cass. soc. 20 février 1975, D. 1976, Jur. p. 142-144, note Y. SERRA ; l'action délictuelle en concurrence déloyale contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non concurrence, et l'action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié peuvent se cumuler, cf. Cass. com. 24 mars 1998, Bull. civ. IV, n° 111, p. 89 ; D. 1999, Somm. p. 113, obs. LIBCHABER.

⁸⁵ Cf. Cass. soc. 10 février 1998, Bull. civ. V, n° 76 ; D. 1999, Somm. p. 102, obs. AUGUET.

⁸⁶ Ce qui constitue une obligation pour l'employeur selon l'article L. 122-16 du Code du travail.

⁸⁷ Cf. Cass. soc. 25 octobre 1995, RJS 1/96, n° 22.

⁸⁸ Ainsi, un directeur adjoint d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale a été condamné à une réprimande pour n'avoir pas respecté une clause de non-concurrence par laquelle il s'interdisait de s'installer pendant deux ans à moins de 25 kilomètres autour de la ville où était situé le laboratoire de son employeur, cf. Conseil central de la section G de l'Ordre des pharmaciens, 14 décembre 1978, Doc. Pharm., Juris. Prof. n° 2281, p. 94-96.

De plus, selon l'article R. 5015-38 du Code de déontologie, le pharmacien engage sa responsabilité disciplinaire dès lors qu'il fait *"usage de documents ou d'informations à caractère interne dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions chez son ancien employeur ou maître de stage, sauf accord exprès de ce dernier"*.

Cet article présente un intérêt limité puisque le devoir de loyauté prévu à l'article R. 5015-34 du Code de déontologie aurait suffi à sanctionner un tel comportement, de même que l'article R. 5015-37 précité dans la mesure où le pharmacien en question sera sanctionné pour avoir fait usage d'information à son profit ou au profit de son nouvel employeur.

Il s'agit d'un article essentiellement destiné aux pharmaciens travaillant dans l'industrie pharmaceutique, lesquels sont amenés à prendre connaissance de certaines informations particulièrement importantes pour l'employeur⁸⁹.

3.3 Les sanctions encourues par le nouvel employeur :

Ces sanctions sont aussi bien d'ordre disciplinaire (3.3.2) que civil (3.3.1).

3.3.1 Une responsabilité civile :

La responsabilité du nouvel employeur ne peut être engagée que dans la mesure où celui-ci a connaissance de l'existence d'une obligation de non-concurrence.

Ainsi, le nouvel employeur doit mettre fin au contrat de travail dès qu'il a connaissance de la clause de non-réembauchage, sous peine de se voir condamner à payer des dommages-intérêts⁹⁰.

Il s'agit d'une responsabilité délictuelle propre au tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. A ainsi été reconnu responsable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le pharmacien qui avait pris à son service les collaborateurs d'un confrère sans avertir celui-ci⁹¹.

Soulignons que l'ancien employeur ne pourra pas obtenir la nullité du nouveau contrat de travail⁹² mais pourra cependant, s'il le souhaite, obtenir la résiliation de celui-ci⁹³. De plus, le fait pour le salarié de dissimuler la clause au second employeur constitue une faute grave justifiant un licenciement sans indemnités⁹⁴.

⁸⁹ A cet égard, les stipulations de l'article R. 5015-38 rappellent étrangement celles de l'article 31 de la convention collective de l'industrie pharmaceutique, qui prévoit, outre l'existence d'un secret professionnel lié à l'activité du salarié, les conditions de validité d'une clause de non-concurrence.

⁹⁰ Cf. Cass. soc. 10 mai 1983, Bull. V., n° 251, p. 176.

⁹¹ Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 23 octobre 1964, Bull. civ. II, n° 641, p. 470.

⁹² Cf. Cass. soc. 27 novembre 1952, Dr. Soc. 1953, p. 103.

⁹³ Cf. Cass. soc. 25 octobre 1990, R.J.S. 12/90, n° 965.

⁹⁴ Cf. Cass. soc. 14 décembre 1983, Liais. Soc., Legis. Soc. n° 5480, 1984, p. 5.

Notons enfin que lors de la réinstallation d'un ancien employeur ayant cédé une officine, celui-ci ne doit pas chercher à débaucher ses anciens salariés qui, en vertu de l'article L.122-12 du Code du travail, ont tous été maintenu à leur poste par le nouvel employeur cessionnaire. L'article L. 122-15 du Code du travail interdit en effet le débauchage de salariés.

De plus, dans cette hypothèse, le pharmacien engagerait sa responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382, et plus précisément sur le fondement de la théorie de la concurrence déloyale⁹⁵.

3.3.2 Une responsabilité disciplinaire :

Le nouvel employeur qui connaissait l'existence de la clause manque à ses devoirs de confraternité tel que le devoir de loyauté prescrit par l'article R. 5015-34 du Code de déontologie⁹⁶.

Au-delà des obligations déontologiques propres au pharmacien employeur⁹⁷, celui-ci engage également sa responsabilité disciplinaire lorsqu'il a incité le collaborateur d'un confrère à rompre son contrat de travail.

En effet, l'article R. 5015-36 du Code de déontologie interdit "*aux pharmaciens d'inciter tout collaborateur d'un confrère à rompre son contrat de travail*"⁹⁸.

Cet article pose ainsi le principe de l'interdiction de tout débauchage des salariés d'une officine concurrente. Le pharmacien débauchant engage outre sa responsabilité civile⁹⁹, sa responsabilité disciplinaire¹⁰⁰. Cette interdiction vise les collaborateurs du pharmacien, à savoir les pharmaciens et les préparateurs en pharmacie, liés par un contrat de travail.

Notons que l'article R. 5015-36 précité ne prévoit plus, tel que l'article R. 5015-62 ancien le faisait, que celui qui se propose de recruter le collaborateur de l'un de ses proches confrères doit aviser celui-ci¹⁰¹. De même, il n'est plus prévu que la contestation entre deux

⁹⁵ La Cour de cassation a considéré que, "en constatant qu'un pharmacien avait pris à son service les collaborateurs d'un confrère sans avertir celui-ci, les juges du fond se sont fondés, pour retenir sa responsabilité, sur les principes généraux applicables en matière de concurrence, civ. 2^{ème}, 23 octobre 1964, Bull. civ. II, n° 641, p. 470.

⁹⁶ A titre d'exemple, nous pouvons citer une décision du CNOP en date du 4 octobre 1994, sanctionnant d'un blâme avec inscription au dossier un pharmacien qui, après avoir cédé son officine et repris un nouveau fonds, a engagé trois de ses anciens collaborateurs, cf. CNOP, aff. A-D 1434, du 4 octobre 1994.

⁹⁷ Selon l'article R. 5015-35 du Code de déontologie, le pharmacien employeur doit "traiter en confrères les pharmaciens placés sous son autorité" et ne doit pas "faire obstacle à l'exercice de leurs mandats professionnels". Il s'agit en l'espèce des pharmaciens assistants.

⁹⁸ Notons que, l'article R. 5015-36 précité ne prévoit plus, tel que le faisait l'article R. 5015-62 ancien du Code de déontologie, que toute contestation est soumise au conseil régional intéressé, cf. Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1990, n° 323, p. 60. Dès lors, le Conseil national peut désormais connaître en appel des litiges portant sur le non-respect de l'article R. 5015-36 précité.

⁹⁹ Cf. infra.

¹⁰⁰ Cf. CNOP, 4 octobre 1994, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1995, n° 346, p. 25.

¹⁰¹ Des sanctions disciplinaires ont en outre été prononcées sur ce seul fondement, cf. CNOP, aff. A-D 991, 19 janvier 1988, ou encore, CNOP, aff. A-D 1440 et 1441 du 18 janvier 1994 prononçant dans les deux cas une interdiction d'exercer de 8 jours.

pharmaciens (l'ancien employeur et le futur) puisse être soumise à la "décision" du Conseil compétent de l'Ordre des pharmaciens.

Si la première stipulation supprimée est toujours implicitement contenue dans l'interdiction de l'article R. 5015-36 du Code de déontologie, la deuxième stipulation était critiquable puisqu'elle attribuait directement compétence à l'Ordre pour régler tout litige en la matière, alors que le Conseil de Prud'homme bénéficie d'une compétence exclusive s'agissant de toute contestation liée au contrat de travail.

Le fait de ne pas avertir son confrère ne constitue plus actuellement une faute disciplinaire mais seulement un indice laissant présumer qu'il y a eu incitation.

L'ancienne rédaction avait ainsi le mérite de permettre, en cas de violation des obligations prescrites par l'article R. 5015-62, d'engager la responsabilité civile du pharmacien. A titre d'exemple, citons une affaire dans laquelle le Tribunal de commerce du Havre, puis la Cour d'appel de Rouen¹⁰², étaient saisis d'un litige concernant un pharmacien d'officine ayant embauché un préparateur ainsi que deux autres employés d'un concurrent direct en se gardant bien d'en avertir son confrère et de saisir le Conseil de l'Ordre. Bien qu'il n'ait pas été prouvé que ce pharmacien avait incité à débaucher cet employé sans se conformer aux prescriptions de l'article R. 5015-62 ancien, les juges du fond l'ont condamné pour avoir embauché sans se conformer aux prescriptions de l'article R. 5015-69 ancien.

La Cour de cassation¹⁰³ rejeta le pourvoi formé devant elle, considérant que le pharmacien avait bien commis une faute engageant sa responsabilité civile, compte tenu des principes généraux en matière de concurrence¹⁰⁴.

Notons que certains auteurs évoquent la faute civile « aggravée » du fait de l'existence de règles déontologiques propres au pharmacien¹⁰⁵. Cette jurisprudence, bien que relative à l'article R. 5015-62 ancien, est toujours applicable en la matière. Elle rappelle au pharmacien qu'il est également soumis aux principes généraux du droit de la concurrence et notamment à la théorie de la concurrence déloyale.

Dès lors, puisque le débauchage constitue également un acte de concurrence déloyale, le nouvel employeur engage également sa responsabilité disciplinaire sur le fondement de l'article R. 5015-21 du Code de déontologie. A ce titre, les exemples de décisions du Conseil de l'Ordre des pharmaciens sont nombreux¹⁰⁶.

Au vu de l'ensemble des éléments exposés, une clause de non-concurrence d'un contrat de travail pourrait ainsi être rédigée :

¹⁰² Cf. T. Com. Le Havre, 11 décembre 1959, et C.A. Rouen, 14 octobre 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, 333.

¹⁰³ Le pharmacien prétendait qu'il n'y avait en l'espèce qu'une faute au regard de la déontologie, et que donc, seule sa responsabilité disciplinaire pouvait être engagée.

¹⁰⁴ La Cour suprême a en outre souligné la distinction devant être faite entre l'infraction au Code de déontologie et la violation des principes généraux en matière de concurrence entre les personnes de même profession Cass. civ. 23 octobre 1964, D. 1964, Jur., p. 760 ; Gaz. Pal. 1964, 2, 458 ; JCP. 1965, II, 13 985 ; Doc. Pharm., Jur. n° 1332.

¹⁰⁵ Cf. G. DILLEMANN et R. LEMAY, « De la clause de non-concurrence », précité, p. 189.

¹⁰⁶ Cf. Conseil régional de Toulouse sanctionnant un pharmacien que le fondement de l'article R. 5015-62 ancien, et considérant que le fait d'embaucher le préparateur d'un confrère sans avertir celui-ci au motif que ce dernier avait mis son officine en vente est également répréhensible, CROP de Toulouse, 19 décembre 1961, Doc. Pharm. Juris. Prof. n° 1219, p. 2.

"En cas de rupture du présent engagement, pour quelque cause et à quelque époque que ce soit, vous vous interdirez de vous intéresser à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, à tout établissement ayant en tout ou en partie une activité semblable ou similaire à la nôtre.

Cette interdiction est limitée à une durée de 2 ans à compter de la date de rupture effective de votre contrat de travail et du secteur géographique suivant (préciser les quartiers concernés). Au cas où vous contreviendrez aux dispositions de la présente clause, vous devrez verser au titulaire de l'officine, à titre de d'indemnité forfaitaire pour chaque période de 6 mois de présence dans l'officine, une somme d'un montant égal à dix fois le salaire net perçu pendant votre premier mois de présence à l'officine, sans que cette même indemnité puisse dépasser douze mois de salaire net.

Le titulaire de l'officine se réserve toutefois le droit de renoncer à l'application de cette clause. Dans un tel cas, notification expresse vous sera faite".

§2 - Dans les conventions de stage :

(1) Les étudiants en pharmacie sont tenus d'effectuer dans le cadre de leur dernière année de formation un stage d'une durée de 6 mois, et doivent dès lors respecter les stipulations de l'article précité.

Cet article vise en effet le cas des pharmaciens stagiaires puisque :

- D'une part, l'article R. 5015-45 du Code de déontologie renvoie directement aux stipulations de cet article ;
- Et d'autre part, l'article R. 5015-37 dudit Code stipule notamment que « *un pharmacien qui (...) pendant ses études (...) a (...) secondé un de ses confrères, ne peut à l'issue d'une période de 6 mois ...* ».

Il paraît en effet normal d'imposer au stagiaire devenu pharmacien les prescriptions de l'article précité lorsqu'il désire s'installer en tant que pharmacien assistant.

(2) Cependant, au-delà de cette obligation déontologique, le stagiaire peut être également débiteur d'une obligation contractuelle de non-concurrence dans la mesure où une telle obligation peut être incluse dans sa convention de stage.

Le maître de stage a tout intérêt à rédiger une telle clause dans le contrat de stage dans la mesure où, rappelons le, l'article R. 5015-37 précité n'impute au pharmacien qu'une obligation de non-réinstallation. En effet, s'agissant de l'obligation de non-réembauchage, les stipulations de l'article R. 5015-37 ne sont pas applicables en la matière¹⁰⁷.

Or, la concurrence qui sera ainsi effectuée par le stagiaire devenu pharmacien à son ancien maître est essentiellement liée à l'emplacement de l'officine dans laquelle il sera embauché.

¹⁰⁷ Cf. *supra*.

Curieusement, le modèle proposé par le l'Ordre national des pharmaciens renvoie expressément aux stipulations de l'article R. 5015-37 précité, et ne prévoit pas d'obligation de non-embauchage à la charge du pharmacien stagiaire.

Le maître de stage n'est cependant pas tenu par le modèle de convention de stage¹⁰⁸, et pourrait compléter le modèle en ajoutant une obligation de non-embauchage dans la clause de non-concurrence.

Cela étant, quelle que soit la nature de l'obligation visée par la convention, notons que toute latitude est laissée au maître de stage pour déterminer le secteur où une concurrence directe existerait. Cependant, rappelons que l'article R. 5015-42 du Code de déontologie exige que celui-ci montre l'exemple des qualités professionnelles et du respect de la déontologie. Ainsi, il appartient au maître de stage de respecter les critères énoncés par l'article R. 5015-37 précité.

(3) Ajoutons que selon l'article R. 5015-44 du Code de déontologie, *"les différents entre maîtres de stage et stagiaires sont portés à la connaissance du président du Conseil de l'Ordre compétent (...)*.

Pendant la durée du stage, le contentieux disciplinaire lié au non-respect de l'article R. 5015-37 précité par un pharmacien stagiaire est ainsi soumis à la compétence « *du président du Conseil de l'Ordre compétent* » qui tentera de concilier les intérêts en présence, à savoir la liberté du travail et d'entreprendre du pharmacien stagiaire et l'intérêt légitime du maître de stage.

(4) Soulignons enfin que depuis la réforme du Code de déontologie, l'étendue de l'obligation de non-concurrence a été modifiée, voire diminuée au profit du pharmacien stagiaire.

L'article R. 5015-37 ne prévoit plus, tel que l'article R. 5015-59 ancien le faisait, que « *devenus pharmaciens, les étudiant stagiaires ne doivent pas exercer leur art en faisant à leurs anciens maîtres une concurrence injuste* ».

Bien que cette ancienne stipulation paraisse quelque peu surabondante au vu des prescriptions de l'article R. 5015-37, celle-ci pouvait permettre de justifier l'extension de l'obligation de non-concurrence du pharmacien stagiaire à l'égard du :

- Pharmacien qui exploite l'officine, celui-ci pouvant ne pas être le maître de stage (il peut s'agir de ses héritiers ou de son successeur) ;
- Ou de son maître de stage qui s'est installé ailleurs.

L'obligation déontologique de non-concurrence était, sous l'égide de l'ancien Code de déontologie, beaucoup plus large. A cet égard, nous pouvons également relever que certaines stipulations de l'article R. 5015-58 ancien n'ont pas été reprises, notamment celles stipulant

¹⁰⁸ Selon G. DILLEMANN et R. LEMAY, les termes du modèle n'ont pas un caractère impératif, cf. G. DILLEMANN et R. LEMAY, « De la clause de non-concurrence », précité, p. 190

que « *le maître de stage doit pouvoir compter sur la fidélité, l'obéissance et le respect de son élève...* ».

§3- Dans les contrats de cession :

Il existe deux types de contrats de cession contenant des clauses de non concurrence. Il s'agit d'une part des contrats de cession d'officine (1), et d'autre part des contrats de cession de parts (2).

1) Les contrats de cession d'officine :

La vente d'une officine, comme la vente de tout bien meuble ou immeuble, comporte aux termes de la loi l'engagement du vendeur de garantir à l'acheteur l'usage paisible de ce bien.

Cependant, les parties au contrat de cession peuvent prévoir une clause de non-concurrence, contenant soit une obligation de non-réembauchage, soit de non-réinstallation à la charge du pharmacien cédant.

Ainsi, au-delà des stipulations de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie, l'obligation de non-concurrence de ce dernier présente différents fondements qu'il convient d'étudier successivement.

L'étendue de l'obligation de non-concurrence du pharmacien cédant doit donc être étudiée tant au regard de la loi (1.1) et du Code de déontologie (1.3), que du contrat de cession lui-même (1.2).

1.1 L'obligation légale de non-concurrence :

Le pharmacien cédant est d'abord soumis à une obligation légale prévue à l'article 1626 du Code civil¹⁰⁹, qui dispose que :

« Quoique lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

L'article 1626 précité prévoit donc une garantie contre l'éviction. Cela signifie d'abord que le vendeur est garant du trouble de droit émanant d'un tiers, c'est-à-dire d'une revendication exercée par une personne étrangère au contrat qui se prétend propriétaire du fonds vendu, mais cette situation se présente rarement.

¹⁰⁹ Puisque l'article 1628 du Code civil confère à l'article 1626 du même Code un caractère d'ordre public. Celui-ci dispose que « quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait personnel : toute convention contraire est nulle ».

La formule de l'article 1626 précité signifie ensuite que le vendeur ne doit pas nuire à la possession paisible de l'acquéreur.

Il s'agit ainsi d'une obligation de non-concurrence « *rattachée à la garantie du fait personnel* »¹¹⁰.

Le pharmacien cédant son officine doit donc garantir son acquéreur contre les risques d'éviction, et doit s'abstenir de lui faire concurrence, même si les actes de vente ne prévoient rien à cet effet.

Notons également que dans une telle situation, le pharmacien engage également sa responsabilité civile délictuelle car, en manquant à son devoir de loyauté¹¹¹, il commet une faute au sens de l'article 1382 du Code civil¹¹². La sanction de la violation de cette obligation légale de non-concurrence se résout alors par le versement de dommages-intérêts¹¹³.

En cas d'embauchage ou de réinstallation du pharmacien cédant dans une officine à proximité, le juge va donc rechercher si le cédant a détourné la clientèle ainsi cédée, compte tenu du temps écoulé depuis ladite cession, de la distance séparant les deux fonds de commerce ou encore de la baisse du chiffre d'affaire de l'officine cédée.

Il importe ainsi au pharmacien acquéreur lésé de caractériser suffisamment le détournement afin de permettre la mise en œuvre de la garantie légale contre l'éviction. Ceci étant, l'existence du détournement de clientèle est soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond. Celui-ci va donc rechercher, au-delà de la proximité du fonds de commerce concurrent ou encore du délai existant entre la cession et la réinstallation ou l'embauchage litigieux, si les activités en concurrence sont ou non identiques¹¹⁴.

Or, force est de constater la spécificité de l'activité du pharmacien d'officine cédant qui n'a guère d'autre choix que d'exercer une activité identique.

Dès lors, les seuls éléments pouvant justifier un détournement de clientèle et donc l'application de l'article 1626 du Code civil, sont les éléments de temps et d'espace qui seront bien évidemment appréciés en fonction de la configuration des lieux et de l'importance de la population.

Le juge recherchera donc, d'une part si le pharmacien vendeur s'est réinstallé ou s'est fait embaucher à proximité de l'officine d'origine afin de capter son ancienne clientèle, et d'autre part si un temps suffisant s'est écoulé depuis la cession pour que ladite clientèle ne lui soit plus fidèle.

¹¹⁰ O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, n°299

¹¹¹ Et ce non seulement au sens de l'article R. 5015-37 du Code de déontologie, mais aussi au sens de la théorie de la concurrence déloyale, interdisant aux commerçants de réaliser des actes déloyaux, sous peine d'engager leur responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

¹¹² Cf. Cass. civ. 10 décembre 1969, JCP 1970 16429 note SAVATIER.

¹¹³ A cet égard, les juges du fond ne sauraient interdire au pharmacien récalcitrant de quitter son emplacement ni prononcer une interdiction d'exercer pendant une certaine durée de temps et/ou sur un périmètre déterminé de kilomètres, cf. Cass. civ. 10 décembre 1969, précité.

¹¹⁴ Selon Y. SERRA, on entend par activité similaire, les activités qui satisfont des demandes de produits ou de services identiques ou proches, c'est-à-dire qui s'adressent principalement à la même clientèle, cf. obs. Y. SERRA sous Cass. com. 26 octobre 1994, D. 1995, Somm. p. 208.

Cela étant, rien n'empêche les parties au contrat de moduler l'obligation de non-concurrence.

En effet, le pharmacien cédant prévoit souvent d'inclure dans le contrat de cession une clause de non-concurrence venant préciser l'étendue de cette obligation légale, et éviter ainsi les aléas liés à la difficile preuve du détournement de clientèle.

1.2 L'obligation contractuelle de non-concurrence :

Après avoir énuméré les critères de l'obligation contractuelle de non concurrence, il conviendra de s'interroger sur l'étendue de cette obligation contractuelle de non-concurrence par rapport à l'obligation légale.

1.2.1 Les critères de l'obligation contractuelle de non-concurrence :

Les restrictions sont en principe supérieures à l'obligation de non-réinstallation prévue par l'article R. 5015-37 du Code de déontologie, voire à l'obligation de non-concurrence pouvant être contenue dans un contrat de travail.

En effet, le contrat de cession d'officine n'est pas soumis, comme le contrat de travail, à un statut aussi protecteur dans la mesure où les parties au contrat de cession sont sur un même pied d'égalité.

Les parties vont donc déterminer librement le contenu du contrat, le pharmacien cédant acceptant expressément de renoncer à sa liberté d'exercer une activité propre au pharmacien d'officine, pour un temps et/ou dans une zone déterminée.

Cependant, le pharmacien cessionnaire devra s'assurer de la validité de la clause, et vérifier que celle-ci contient bien une restriction temporelle et/ou géographique¹¹⁵, ainsi qu'un domaine d'activité.

A ce titre, afin d'éviter la nullité d'une clause trop contraignante, il paraît plus prudent de la limiter à la fois dans le temps et dans l'espace¹¹⁶.

- S'agissant, d'une part, de la limitation dans le temps :

En pratique, il est conseillé de prévoir une protection relativement étendue contre la concurrence, imposant une limitation dans le temps égale à 5 ans.

¹¹⁵ Il a en effet été jugé qu'une seule de ces limitations suffisait à rendre la clause valable, cf. Cass. civ., 26 mars 1928, DP 1930, I, Jur. p. 145, note P. PIC ; 14 avril 1937, DH 1937, Jur. p. 299 ; 18 juin 1945, D. 1945, Jur. p. 332 ; Cass. com. 22 mai 1984, Bull. civ. IV, n° 172, p. 143 ; Cass. com. 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 184, p. 136.

¹¹⁶ Cf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 555.

Cependant, lorsque le vendeur bénéficie d'une forte notoriété, il est conseillé à l'acquéreur de demander une durée plus élevée, par exemple 10 ans

- S'agissant, d'autre part, de la limitation dans l'espace :

Il s'agit de l'élément le plus important devant être précisément déterminé par le pharmacien cessionnaire afin d'éviter que le vendeur ne lui fasse une concurrence injuste et vienne troubler la jouissance de son nouveau fonds de commerce.

Une telle clause est très variable puisqu'elle dépend de la densité des officines dans le secteur où se trouve l'officine cédée.

Cependant, il est généralement admis que la clause de non-concurrence interdit toute installation ou réembauchage dans les trois premiers rayons d'officines limitrophes de la pharmacie vendue. Ici encore, le cessionnaire doit tenir compte de la notoriété du cédant, qui est généralement relative à la durée d'exploitation de l'officine.

- S'agissant enfin, de l'activité concernée :

Il faut que l'interdiction énoncée par la clause soit limitée dans son objet¹¹⁷, c'est-à-dire quant au genre d'activité exercée.

En effet, la clause de non-concurrence ne doit pas être disproportionnée au regard de l'objet du contrat, le juge devant ainsi vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier de l'obligation de non-concurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de cette obligation.

Notons en outre que ce critère de proportionnalité est le même que celui utilisé par la Chambre sociale depuis la jurisprudence dite des "laveurs de vitres"¹¹⁸. La clause ne doit donc viser que des activités similaires¹¹⁹ telle que l'activité propre au pharmacien d'officine¹²⁰.

La clause de non-concurrence peut également préciser les formes d'activités que le vendeur s'interdit d'exercer, à savoir l'activité de titulaire, assistant, remplaçant, mais aussi les activités autres que la pharmacie telle que la parapharmacie, la vente de matériel médical. Elle peut comprendre une obligation de non-réembauchage¹²¹ et une obligation de non-réinstallation.

¹¹⁷ Le juge du fond doit ainsi vérifier "si la clause de non-concurrence, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat", cf. Cass. com. 4 janvier 1994, D. 1995, Jur. p. 205.

¹¹⁸ Cf. Cass. soc. 14 mai 1992, précité.

¹¹⁹ Cf. supra cf. obs. Y. SERRA sous Cass. com. 26 octobre 1994, précité.

¹²⁰ Notons que l'appréciation de cette similitude est une question de fait, et relève donc de la compétence des juges du fond, cf. Cass. req., 7 juin 1940, S. 1940.1.117.

¹²¹ Si la jurisprudence appréciait largement l'obligation de non-réinstallation stipulée dans les contrats de vente de fonds de commerce, et considérait ainsi que cette obligation restait applicable au vendeur engagé comme salarié, en contact avec la clientèle, chez un concurrent de l'acquéreur (Cass. com. 23 avril 1985, Bull. civ. IV, n° 123, p. 125 ; D. 1985, I.R. p. 479), il semble qu'aujourd'hui, elle tende à adopter un point de vu plus restrictif en exigeant que la clause prévoit expressément une obligation de non-réembauchage, cf. Cass. com. 22 janvier 1991, Bull. civ. IV. n° 35, p. 22.

En effet, il s'agit pour le cessionnaire de viser toutes les hypothèses dans lesquelles le pharmacien cédant pourrait lui faire une concurrence injuste en détournant la clientèle attachée au fonds de commerce, soit en tant que titulaire ou soit en tant qu'assistant.

Si le vendeur travaille avec des membres de sa famille, le cessionnaire a tout intérêt à exiger que la clause de non-concurrence soit également applicable à ces derniers.

Dans une telle hypothèse, ceux-ci doivent bien entendu manifester leur consentement au contenu de la clause¹²². Dans le cas contraire, les stipulations de ladite clause ne leur seraient pas opposables¹²³. Toutefois, la jurisprudence se prononce en sens inverse et estime que les héritiers du vendeur bénéficient de la transmission de l'obligation de non-concurrence lorsque ceux-ci ont accepté la succession et ont autrefois participé à l'exploitation du fonds, ce qui peut entraîner un risque de détournement de la clientèle cédée¹²⁴.

En cas de revente, le nouvel acquéreur bénéficie-t-il de la clause de non-concurrence préexistante ?

Selon l'article 1162 du Code civil énonçant le principe de l'effet relatif des contrats, il paraît difficile de mettre à la charge du deuxième acquéreur l'effet de la clause de non-concurrence à laquelle il n'a pas consenti¹²⁵. Cependant, la question de la transmissibilité de l'obligation est souvent tranchée dans le contrat de vente lui-même.

Il est alors expressément stipulé que le vendeur s'engage non seulement à l'égard de l'acquéreur mais aussi à l'égard du sous-acquéreur auquel le fonds serait revendu. Il s'agit d'une véritable stipulation pour autrui qui confère un droit direct au sous-acquéreur contre le vendeur primitif¹²⁶.

Même en l'absence d'une telle précision dans la clause de non-concurrence, la jurisprudence semble admettre que celle-ci constitue un accessoire attaché au fonds de commerce devant être automatiquement transmis aux sous-acquéreurs successifs¹²⁷.

1.2.2 Etendue de l'obligation contractuelle au regard de l'obligation légale :

Il convient ici de souligner le caractère d'ordre public de l'obligation légale de non-concurrence, affirmée par l'article 1628 du Code civil. Cela implique que les parties ne puissent y déroger.

L'obligation légale de non-concurrence peut être mise en œuvre indépendamment de toute obligation contractuelle de non-concurrence. Il en résulte qu'une action fondée sur la garantie

¹²² L'obligation stipulée revêt en principe un caractère personnel, et ne se transmet pas aux héritiers du vendeur, cf. Cass. com. 19 mars 1968, Gaz. Pal. 1968. 2.5.

¹²³ Et ce, sur le fondement de l'article 1165 du Code civil qui dispose que « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

¹²⁴ Cf. C.A. Lyon, 6 novembre 1969, D. 1971. p. 117, note G. COHENDY; Cass. com. 17 mai 1971, Bull. civ. IV, n° 133, p. 129.

¹²⁵ Le second acquéreur pourra cependant se prévaloir de la garantie contre l'éviction, cf. supra.

¹²⁶ Cf. M. PEDAMON, *Droit commercial*, précité, n° 276.

¹²⁷ Cf. Cass. com.; 20 mai 1962, Bull. civ. III, n° 290, p. 238.

de l'article 1626 précité a été jugée recevable alors que le cédant avait pourtant respecté la clause de non-concurrence¹²⁸ ou encore lorsque la garantie conventionnelle était parvenue à expiration¹²⁹.

La clause de non-concurrence a, par conséquent, essentiellement pour rôle de préciser, compléter, faciliter l'application de l'obligation légale de non-concurrence.

Ainsi, le recours à la garantie de non-éviction suppose de prouver le trouble subi par l'acquéreur dans la possession du fonds afin d'établir le détournement de clientèle, cela à la différence de la violation d'une obligation conventionnelle de non-concurrence où la simple constatation de la transgression des termes restrictifs de la clause peut suffire.

Et, à l'inverse, l'obligation légale vient compléter les faiblesses de l'obligation conventionnelle.

En pratique, ces clauses sont généralement rédigées de la sorte : *"le vendeur s'interdit expressément la faculté de créer ou faire valoir, directement ou indirectement, aucun fonds de commerce similaire en tout ou en partie à celui vendu, ou d'assister, remplacer ou secondé le titulaire d'une officine, pendant une durée de , à compter de ce jour, dans un rayon de du lieu d'exploitation du fonds vendu, sous peine de dommages et intérêts envers l'acquéreur ou ses ayants cause"*.

1.3 L'obligation déontologique de non-concurrence : le critère de loyauté :

L'obligation déontologique de non-concurrence doit bien évidemment être respectée par le pharmacien cédant, sous peine de sanctions disciplinaires. Cette obligation déontologique n'a pas pour fondement l'article R. 5015-37 du Code de la santé publique, mais l'article R. 5015-34 du même Code.

En effet, l'article R. 5015-34 du Code de déontologie impose à chaque pharmacien un devoir de loyauté. Il nous semble que le pharmacien manque à son devoir de loyauté dès lors qu'il ne respecte pas, d'une part, son obligation légale de non-concurrence, à savoir, de garantir un usage paisible de la chose achetée, et d'autre part, son obligation conventionnelle de non-concurrence prévue au contrat de cession.

Précisons que l'article R. 5015-37 précité ne peut pas s'appliquer à l'obligation de non-concurrence d'un contrat de cession.

En effet, cet article interdit à un pharmacien ayant assisté, remplacé, ou secondé le pharmacien titulaire, de lui faire une concurrence injuste.

Or, comment le pharmacien cédant pourrait-il être débiteur de l'obligation déontologique de non-concurrence, dans la mesure où ce dernier ne peut manifestement pas être assimilé au pharmacien assistant, remplaçant, ou secondant ? Il est, par principe, le pharmacien titulaire.

¹²⁸ Cf. C.A. Paris, 17 décembre 1999, L.P.A., 19 juillet 2000, p. 22, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹²⁹ Cf. Cass. com. 16 janvier 2001, D. 2002, Jur. p. 712-715.

2) Les contrats de cession de parts ou d'actions :

Contrairement au contrat de cession de fonds de commerce, on ne saurait admettre qu'un associé cédant ses parts ne puisse sans l'avoir voulu, être privé de l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie.

La solution admise par nos tribunaux, dans les rares décisions qu'ils ont eu l'occasion de rendre en la matière, est la suivante. Seule une clause expresse insérée dans le pacte social ou dans l'acte de cession de parts peut être source d'une obligation de non-concurrence¹³⁰.

La Cour d'appel d'Aix en Provence a, quant à elle, souligné que la cession de parts d'une société exploitant un fonds de commerce ne pouvait être assimilée à la cession d'un fonds de commerce¹³¹.

Notons cependant que la chambre commerciale de la Cour de Cassation semble revenir sur cette position en considérant que le cédant est débiteur d'une obligation légale de non-concurrence n'entraînant une interdiction de se rétablir "que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social"¹³².

Une officine peut être exploitée sous certaines formes de société¹³³. Il peut s'agir d'une SNC (société en nom collectif), d'une SARL (société à responsabilité limitée), ou encore d'une SEL (société d'exercice libéral). Il est même autorisé aux pharmaciens de constituer de véritables sociétés en participations financières depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi « MURCEF » (article 31-1).

Une telle clause a pour objet d'interdire à un pharmacien associé, lorsqu'il vend ses parts et quitte ainsi la société officinale, de s'installer sur un emplacement susceptible de faire concurrence à cette dernière ou de se faire embaucher par un pharmacien concurrent.

Cette clause de non-concurrence constitue donc, sauf stipulations particulières, tant une clause de non-réinstallation, qu'une clause de non-réembauchage. Tout comme le contrat de cession d'officine, le pharmacien engage sa responsabilité contractuelle dès qu'il donne son consentement, et plus exactement lorsqu'il a signé les statuts de la société.

Bien entendu, la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace, voire dans l'un de ces domaines seulement à condition de ne pas porter une atteinte excessive à la liberté du travail.

Par ailleurs, il ne nous semble pas que l'article R. 5015-37 du Code de déontologie soit applicable aux pharmaciens associés. En effet, seul le terme "secondé" serait susceptible d'englober le statut de pharmacien associé. Or, une telle interprétation nous paraît excessive dans la mesure où, comme nous l'avons vu, le terme secondé semble uniquement viser les stagiaires en pharmacie. De plus, « *l'affectio societatis* » paraît également s'y opposer.

¹³⁰ Cf. T. Com Seine, 2 mai 1956, D. 1957, Somm. p. 6.

¹³¹ Cf. C.A. Aix en Provence, 5 mai 1976, Bull. Aix, 1976, n° 2, p. 141.

¹³² Cf. Cass. com. 21 janvier 1997, D. 1997, n° 9, p. 289 ; D. 1997, I.R. p. 60 ; Droit et patrimoine, 1997, n° 49, étude A. COURET.

¹³³ cf. supra, 1^{ère} Partie

De plus, le pharmacien associé ne seconde pas ses autres associés, dans la mesure où ils sont par principe tous titulaires de l'officine.

Ceci étant, tout comme dans le cas du contrat de cession de fonds, le pharmacien qui ne respecterait pas les stipulations de l'obligation conventionnelle contenus dans les statuts, engagerait sa responsabilité disciplinaire sur le fondement de l'article R. 5015-34 du Code de la santé publique. En effet, dans de telles circonstances, le pharmacien manque à son devoir de loyauté.

§4 - Dans les contrats de gérance après-décès :

Selon l'article R. 5104 du Code de la santé publique, le gérant après-décès est le pharmacien qui maintient l'officine d'un pharmacien titulaire décédé ouverte, sur demande du conjoint survivant ou des héritiers¹³⁴.

Dès que le pharmacien gérant accepte ses fonctions, il doit solliciter l'autorisation du préfet. L'officine peut ainsi être maintenue ouverte pendant deux années¹³⁵.

Existe-t-il une obligation déontologique de non-concurrence mise à la charge du pharmacien gérant ?

Curieusement, ce cas de figure n'est plus envisagé par l'article R. 5015-37 du Code de déontologie, alors que l'article R. 5015-59 ancien prévoyait expressément le cas des gérants après-décès.

Au surplus, le terme "secondé" utilisé par l'article R. 5015-37 précité ne vise pas le cas des gérants puisque, par définition, ceux-ci n'ont personne à seconder.

Dès lors, puisque le pharmacien gérant ne peut être débiteur d'une quelconque obligation de non-concurrence, il est important que le conjoint survivant ou les héritiers ayant conclu le contrat de gérance y incluent une clause de non-concurrence, dans la mesure où ceux-ci ont généralement pour seul objectif la vente de l'officine.

Ainsi, ces derniers doivent se prémunir contre le risque d'une éventuelle réinstallation du pharmacien gérant ou d'un éventuel embauchage de celui-ci dans une officine concurrente.

La clause de non-concurrence doit ainsi imputer au pharmacien gérant une obligation de non-réinstallation ou de non-réembauchage.

¹³⁴ Le pharmacien gérant est choisi parmi les catégories de pharmaciens prévues au 1°, au a du 2° et au 3° de l'article R. 5100, cf. article R. 5104 ; à propos du pharmacien gérant après décès voir, J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 21, M. DUNEAU, op. cit., p. 10-12 ; du même auteur, « La gérance après-décès du titulaire de l'officine », *Evolution pharmaceutique*, 1977, n° 356, p. 273-278 ; voir également, R. PORTEFAIX, « l'officine et le décès du titulaire », idem, 1964, n° 232, p. 7-9 ; R. PORTEFAIX, « l'officine et le décès du titulaire », idem, 1970, n° 270, p. 15-19.

¹³⁵ L'alinéa troisième de l'article L. 5125-21 dispose en effet que « après le décès d'un pharmacien, le délai pendant lequel son conjoint ou ses héritiers peuvent maintenir une officine ouverte en la faisant gérer par un pharmacien autorisé à cet effet par le représentant de l'Etat dans le département ne peut excéder deux ans ».

L'Ordre des pharmaciens propose, dans ses modèles de contrat de gérance après décès, une interdiction de faire une concurrence à l'officine du pharmacien décédé pendant une durée de deux ans (délai similaire à celui prévu par l'article R. 5015-37 précité) dans un périmètre de 5 kilomètres en milieu rural et 1 kilomètre en milieu urbain.

Rien n'interdit cependant aux parties de prévoir des conditions plus restrictives que celles proposées¹³⁶.

Notons que le créancier de cette obligation n'est pas le conjoint ou les héritiers du pharmacien décédé, mais l'éventuel acquéreur de l'officine ainsi gérée.

Il s'agit donc, tout comme pour la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de cession opposable au sous-acquéreur, d'une véritable stipulation pour autrui.

L'obligation déontologique de non-concurrence étant d'application assez limitée, il est donc important de prévoir contractuellement une obligation de non-concurrence. Une telle clause permet au juge ordinal d'interpréter et de compléter les règles de l'article R. 5015-37.

L'obligation de non-concurrence constitue ainsi une limitation autorisée de la concurrence que peuvent se faire les pharmaciens. Il convient donc, dans un deuxième chapitre d'étudier les pratiques concurrentielles illicites tant au regard des règles de droit commun, que des règles du droit pharmaceutique.

¹³⁶ Cf. *supra*.