

LES PRINCIPES GENERAUX APPLICABLES A LA PUBLICITE EN FAVEUR DE L'OFFICINE

Extrait de la thèse « Concurrence entre pharmaciens d'officine »
Guillaume Fallourd 2004

Introduction

Des conditions générales de réalisation de publicité ont été édictées par le Code de la santé publique, celles-ci apparaissent comme étant manifestement restrictives¹.

Ces règles doivent être respectées par le pharmacien d'officine, tant en ce qui concerne la publicité réalisée à l'extérieur de l'officine, que la publicité faite à l'intérieur de celle-ci, et notamment en faveur des médicaments et autres produits ou articles dont il peut faire la vente.

Si certaines offres de services sont interdites (Sous section 2), d'autres sont autorisées (Sous section 1), dès lors qu'elles respectent, tant les règles de droit commun que celles du droit pharmaceutique, principe rappelé par l'article R. 5015-30 du Code de déontologie.

Section 1 – L'offre autorisée

Au-delà du principe du respect de la dignité professionnelle (I) imposé à plusieurs reprises par le Code de déontologie, celui-ci ne manque pas de rappeler certaines conditions générales de réalisation devant être respectées par le pharmacien dans la préparation de sa publicité (II).

I - LE PRINCIPE DU RESPECT DE LA DIGNITE PROFESSIONNELLE :

L'article R. 5015-22 autorise le pharmacien à solliciter la clientèle et donc à réaliser une publicité en faveur de son officine, dès lors que cette sollicitation ne constitue pas une pratique contraire à la dignité de la profession.

¹ Notons que de telles restrictions ne méconnaissent pas le principe de la libre circulation des marchandises, dans la mesure où celles-ci s'appliquent à l'ensemble des opérateurs et produits qu'ils soient nationaux ou non, cf. C.J.C.E., 15 décembre 1993, « Rutte Hünermund et autres c/ Landesapothekerkammer Baden-Württemberg », aff. C-242/22, JOCE, n° IC 18/17, du 21 janvier 1994 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1994, n° 343, p. 223-224.

Jusqu'au décret du 14 mars 1995², la dignité professionnelle était le principe fondamental régissant les conditions de réalisation d'une publicité en faveur de l'officine, que celle-ci soit effectuée à l'extérieur ou à l'intérieur de ladite officine.

Les Professeurs G.CAS et G.VIALA ont ainsi considéré que ce principe était à l'origine d'une sorte de « *summa divisio* » entre ce qui est et ce qui n'est pas contraire à la dignité professionnelle, dont l'application s'avérerait relativement complexe.³

Malgré l'existence de l'article R. 5015-22, le Code de déontologie utilise la notion de dignité professionnelle à plusieurs reprises pour limiter directement la publicité en faveur de l'officine, il s'agit :

- de l'article R. 5015-53, exigeant que la présentation intérieure et extérieure de l'officine soit conforme à la dignité professionnelle ;
- de l'article R. 5015-57 III, exigeant que publicité pour les produits ou articles dont la vente est réservée aux pharmaciens soit présentée sur un support compatible avec la dignité de la profession ;
- et de l'article R. 5015-58, qui rappelle les termes de l'article R. 5015-22 en l'appliquant aux vitrines et aménagements visibles de l'extérieur.

Il est cependant curieux de constater que, malgré son utilisation par les rédacteurs du Code de déontologie, la notion de dignité n'est pas définie par le Code de la santé publique.

Différentes illustrations de la notion de dignité peuvent néanmoins être citées, il s'agit :

- d'une part, de l'interdiction faite au pharmacien, par l'article L. 5125-27 du Code de la santé publique, de procéder à tout débit, étalage, ou distribution de médicament sur la voie publique, dans les foires ou marchés⁴ ;
- d'autre part, du comportement indigne de la profession adopté par le pharmacien qui, investi d'un mandat électif, administratif ou de fonction honorifique, userait de ses fonctions pour accroître sa clientèle. Une telle infraction à la déontologie est prévue à l'article R. 5015-23 du Code de déontologie.

La dignité professionnelle est donc une notion floue, un concept indéterminé et évolutif selon les Professeurs VIALA et CAS, qui laisse au juge disciplinaire une importante marge d'appréciation quant au comportement indigne du pharmacien⁵.

² Décret n°95-284 du 14 mars 1995 « portant Code de déontologie des pharmaciens et modifiant le Code de la santé publique » JO 16 mars 1995 ; cf. *supra*, Introduction du présent Chapitre.

³ Professeurs G. VIALA et G. CAS, « La publicité en faveur de l'officine de pharmacie », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1986, n°289, p.110.

⁴ Cf. Conseil d'Etat, 29 juillet 1994, « Mme ALI-AHMET », précité, en l'espèce un pharmacien a été sanctionné disciplinairement pour avoir participé à une journée commerciale en proposant un étalage sur la voie publique, de produits de parapharmacie.

⁵ Professeurs G. VIALA et G. CAS, « La publicité en faveur de l'officine de pharmacie », précité, p. 96 et s ; voir également, D. VION, « La sollicitation de clientèle : essai de définition de la dignité de la profession », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1987, n° 303, p. 778-721.

Si la dignité professionnelle constitue une condition à respecter dans l'élaboration d'une publicité, le Code de déontologie a pris le soin de prévoir également certaines conditions générales pour la réalisation de toute information ou publicité.

II – LES PRINCIPES DE L'ARTICLE R. 5015-30 DU CODE DE LA SANTE PUBLIQUE :

L'article R. 5015-30 stipule que *"Toute information ou publicité, lorsqu'elle est autorisée, doit être véridique, loyale et formulée avec tact et mesure"*.

Les termes de cet article révèlent l'étendue des difficultés auxquelles peut se heurter, non seulement le pharmacien lorsqu'il souhaite réaliser une publicité, mais aussi le Conseil de l'Ordre dans l'appréciation des circonstances qui lui sont soumises. Il ne fait aucun doute que cet article ait édicté une règle applicable tant à la publicité en faveur de l'officine qu'à celle relative aux médicaments, produits et objets vendus dans l'officine.

Cependant, bien qu'ayant un caractère général, cet article perd de sa valeur compte tenu, d'une part, de l'existence de principes généraux édictant des exigences quelque peu similaires, nous pensons notamment à l'article R. 5015-22 de Code de la santé publique relatif au respect de la dignité professionnelle, et d'autre part, de textes particuliers tel que l'article R. 5015-57 dudit Code relatif à la publicité pour les produits et objets dont la vente n'est pas réservée au pharmacien, qui reprend des critères identiques à ceux de l'article R. 5015-30.

§1 - "Toute information ou publicité" OU vers l'exigence d'une publicité informative :

Nous avons déjà évoqué toute l'ambiguïté existant entre les notions d'information et de publicité qui se recourent bien souvent⁶.

Or, il semble que le Code de déontologie ait souhaité opérer une distinction entre ces deux notions eu égard à la rédaction du présent article, mais aussi à celle du titre même de la 3ème Section du Chapitre 1er du Titre II dudit Code, intitulé « *information et publicité* »

Ainsi, cette distinction appelle deux remarques. D'une part, elle alerte le pharmacien sur le fait que les règles édictées lui sont applicables peu importe l'objet de l'information délivrée, qu'il soit purement informatif ou essentiellement publicitaire, et d'autre part, elle souligne l'ambiguïté de ces deux notions, semblant ainsi considérer que toute information réalisée par le pharmacien constitue une publicité.

Compte tenu des exigences édictées par le Code de la santé publique, la notion d'information semble être la plus adaptée à l'ensemble des possibilités offertes aux pharmaciens pour réaliser une publicité pour leur officine.

⁶ Cf. *supra*, Introduction du présent chapitre.

Au surplus, s'agissant de la publicité réalisée en faveur des médicaments, l'article L. 5122-1 du Code de la santé publique définit bien cette publicité comme étant « *toute forme d'information (...) visant à promouvoir (...) la consommation de médicaments* ».

Nous considérerons donc que la publicité faite par le pharmacien doit être essentiellement informative, et en aucun cas incitative, au risque d'être qualifiée de procédé contraire à la dignité, ou dénuée de tact et mesure.

§2 - Une publicité « autorisée » :

L'article R. 5015-30 du Code de la santé publique exige que la publicité soit autorisée.

S'agissant de la publicité en faveur des médicaments, l'article R. 5015-30 du Code de déontologie semble faire référence à l'article L. 5122-8 du Code de la santé publique, lequel exige qu'une autorisation soit délivrée par l'A.F.S.S.A.P.S. (Agence Française de Sécurité Sanitaire des produits de Santé)⁷.

S'agissant de la publicité en faveur des produits non médicamenteux ou en faveur de l'officine elle-même, comment le terme « autorisé » doit-il être entendu ?

Deux interprétations sont possibles ;

- soit le terme « autorisé » exige l'accord du Conseil de l'Ordre avant la parution de la publicité,
- soit cela suppose que l'ensemble des dispositions du Code de la santé publique en matière de publicité soit respecté, et notamment les prescriptions de l'article R. 5053-3 dudit Code qui stipulent que « *la publicité en faveur des officines de pharmacie n'est autorisée que dans les conditions et réserves ci-après définies* ».

Nous considérerons que l'exigence ainsi posée par l'article R. 5015-30 ne semble pas devoir être interprétée strictement, mais simplement exiger du pharmacien qu'il réalise une publicité selon les règles posées par le Code de la santé publique, et donc autorisée par celui-ci.

§3 - Une publicité véridique, loyale, et formulée avec tact et mesure :

Selon l'article R 5015-30, la publicité doit revêtir plusieurs caractères.

⁷ Cf. *infra*, Chapitre 3^{ème}.

1) La publicité doit être véridique :

La publicité n'est licite que lorsque le message diffusé comporte des renseignements vrais, avec une marge de tolérance délicate à situer, que postule la notion même de publicité. La fonction de la publicité étant de vanter, une certaine part d'exagération devrait toujours être admise.

Cependant, les exigences liées à la protection du consommateur, auxquelles s'ajoutent celles édictées par le Code de la santé publique, restreignent cette fonction. En effet, aucune part d'exagération ne semble être permise pour le pharmacien, et ce compte tenu des conditions manifestement restrictives de réalisation de la publicité qui lui sont imposées. Toute publicité incitative vantant les qualités d'une officine de pharmacie est interdite, car elle pourrait être perçue comme trompeuse.

S'agissant de la publicité pour les médicaments, l'article L. 5122-2 du Code de la santé publique rappelle que celle-ci ne doit pas être trompeuse et doit notamment présenter le médicament ou produit de façon objective. Dès lors, pour être véridique, la publicité ne doit contenir que les informations limitativement prévues par le Code de la santé publique⁸.

Au surplus, le pharmacien qui réalise une publicité non véridique, pourrait se voir sanctionner sur le terrain disciplinaire, mais aussi sur celui du droit commun. C'est pourquoi nous rappellerons brièvement la législation existant en la matière.

Le législateur est intervenu une première fois en 1963 en créant le délit de "publicité mensongère" prévu par les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 1963.

Par la suite, la loi du 27 décembre 1973 dite "loi ROYER", a élargi la définition de ce délit, finalement complétée par la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs⁹. A ce titre, il est bien évident que « *des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* » engageraient sa responsabilité¹⁰.

Il importe également que la publicité réalisée ne constitue pas une tromperie au sens de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes¹¹.

Le pharmacien peut donc être poursuivi pour avoir réalisé une publicité dite « mensongère », et voir sa responsabilité pénale engagée. Un tel délit est sanctionné par les dispositions de l'article L. 121-6 du Code de la consommation, lesquelles renvoient à celles de l'article L.

⁸ Cf. *infra*, Chapitre 2 et 3.

⁹ Article L. 121-1 du Code de la consommation rappelant les termes de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 n° 73-1193.

¹⁰ La jurisprudence condamnant différents exploitants industriels pour avoir réalisé une publicité dite mensongère est considérable : C.A. Paris, 20 avril 1979, cahier de droit de l'entreprise, I - 1984 D. 32 ; T. Corr. Grasse, 22 avril 1975, cité dans le colloque sur « L'avenir de la publicité et le droit », Montpellier, 1976, Litec, p. 48 ; T. Corr. GRASSE, 3 janvier 1976, Gaz. Pal., 1976, I, 1237, note FOURGOUX ; Bruxelles 3 septembre 1974, Gaz. Pal., 1975, I, 279, note PEISSE ; C.A. Paris, 18 avril 1970 cité par H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, *droit de la presse*, fasc. n° 290, 2001, F. GRAS, « La publicité mensongère », n° 16 ; C.A. Paris 6 mai 1974, JCP 1975, I, 18066, note BIVIER : publicité insuffisamment précise.

¹¹ Voir par exemple, l'affaire de la « jupe antigrippe du Docteur NYLBAC », T. Corr. Seine, 24 novembre 1965, D. 1965. p. 52, note J.C. FOURGOUX.

213-1 dudit Code qui fixent une amende de 37 500 euros et/ou un emprisonnement de deux ans.

Cependant, la jurisprudence en la matière semble être réticente à prononcer des sanctions pécuniaires élevées.

Il convient en outre de préciser que le montant de l'amende doit être proportionné à l'importance de la campagne. Or, il nous semble qu'une campagne publicitaire pour une pharmacie est généralement destinée à la population pouvant être localement desservie par celle-ci, l'importance de la campagne se trouvant donc être relativement limitée. Les sanctions de droit commun pouvant être prononcées peuvent apparaître dérisoires, et donc purement symboliques¹². On perçoit dès lors l'importance des sanctions disciplinaires, et du rôle du Conseil de l'Ordre gardien de la dignité professionnelle.

Ajoutons que si l'exigence de véracité de la publicité est destinée à protéger les clients potentiels d'une officine, elle l'est aussi pour les confrères concurrents du pharmacien. En effet, une publicité mensongère à l'égard de concurrents deviendrait déloyale, et serait alors constitutive d'un dénigrement¹³.

2) La publicité doit être loyale :

Le Code de déontologie a également prévu l'exigence de loyauté, qui suppose que la publicité ne soit pas effectuée au détriment d'un concurrent. La frontière entre publicité commerciale et concurrence déloyale peut être tenue : pour être libre dans son principe, la publicité n'en revêt pas moins un caractère offensif¹⁴, tout acte de publicité est par nature un acte de concurrence.

Bien que la théorie de la concurrence déloyale soit clairement distincte du champ d'application des obligations déontologiques du pharmacien¹⁵, le Code de déontologie a tenu à rappeler au pharmacien que toute publicité déloyale pouvait être disciplinairement sanctionnée.

Ajoutons que la théorie de la concurrence déloyale, d'origine jurisprudentielle¹⁶, permet de couvrir un bon nombre d'agissements déloyaux. Cependant, le recours à cette théorie de la part des commerçants victimes de manœuvres déloyales de la part de leurs concurrents est moins fréquent, le législateur ayant été conduit à interdire la plupart de ces agissements par des textes spéciaux, parfois assortis de sanctions pénales.

Ainsi, avant 1963, l'action en concurrence déloyale était utilisée pour sanctionner civilement les allégations fausses contenues dans la publicité. Actuellement, les commerçants victimes de la publicité fausse ou de nature à induire en erreur trouveront un moyen d'action plus efficace dans le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile fondée sur le délit de publicité mensongère¹⁷.

¹² Cf. G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, *Droit économique*, Lamy, 2001, n° 2338, p. 1095.

¹³ Cf. *infra*.

¹⁴ Les arguments développés dans ce paragraphe s'inspirent largement de R. HOUIN et M. PEDAMON, *Commerçants concurrence et contrats de commerce*, précité, n° 669, p. 865.

¹⁵ Cf. *supra*, Introduction générale.

¹⁶ Cf. *supra*, Introduction générale.

¹⁷ Cf. *supra*, « 1) la publicité doit être véridique » ; Professeurs G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, *Droit économique*, Lamy, 2001, n°1678, p.679.

Cependant, l'action en concurrence déloyale garde une certaine utilité puisque les textes spécifiques ne couvrent pas tous les agissements publicitaires pouvant être commis par un commerçant ou plus exactement un pharmacien.

La Cour de cassation admet en effet que le commerçant utilisant une publicité tendant à tromper la clientèle se rend coupable d'une manœuvre de concurrence déloyale qui justifie sa condamnation à des dommages intérêts à l'égard d'un autre commerçant¹⁸.

Attachons-nous donc à définir les agissements constitutifs d'une publicité déloyale par le pharmacien. Nous retiendrons la conception de la publicité déloyale de Messieurs les Doyens R. HOUIN et M. PEDAMON, lesquels ont relevé l'existence de deux différents types d'agissements entraînant l'essentiel des litiges¹⁹ :

- l'imitation de publicité²⁰ ;
- le dénigrement.

2.1 L'imitation publicitaire :

L'imitation des messages publicitaires d'un concurrent est répréhensible lorsqu'elle est de nature à créer dans l'esprit des clients une confusion avec des établissements ou des produits concurrents.

Il paraît cependant difficile pour le pharmacien de réaliser une imitation de publicité de l'un de ses confrères concurrents²¹, dans la mesure où la publicité en la matière est excessivement limitée, ainsi que nous le verrons dans les sections suivantes.

Cette publicité est susceptible d'engager la responsabilité du pharmacien sur le terrain de la concurrence déloyale. En effet, les supports publicitaires²² ou les diffuseurs, autrement dit les pharmaciens d'officine et les agences publicitaires²³ peuvent voir leur responsabilité retenue

¹⁸ Cf. Cass. com., 22 déc. 1980, n°72-12.493, Gaz. Pal., 1981, 1, pan. ; p. 140. ; Cass. com. 19 oct. 1999, n°97-18.490, Contrats, conc., consom. 2000, n°7 ; Cass. com., 12 janv. 1999, n° 97-13.801, D. 1999, I.R., p. 114 ; Gaz. Pal., 17 et 18 nov. 1999, p. 36.

¹⁹ Ces agissements ont été présentés par le Code international de pratiques loyales, dans son édition de 1973. Ce Code a été élaboré par la Chambre de Commerce internationale, et publié dans la brochure intitulée « Codes internationaux de pratiques loyales dans le domaine du marketing » ; cf. R. HOUIN et M. PEDAMON, Commerçant, concurrence et contrat de commerce, op. cit., n° 669.

²⁰ L'article 10 du Code international de pratiques loyales, définit l'imitation comme « toute imitation de mise en page, texte ou slogan, présentation visuelle, musique et effets sonores de messages publicitaires lorsque cette imitation risquerait d'entraîner des erreurs ou des confusions », cf. R. HOUIN et M. PEDAMON, Commerçant, concurrence et contrat de commerce, op. cit., n° 669.

²¹ Cette situation est à rapprocher de l'affaire « Mme RAVENEAU SABARDEILLE », dans laquelle une pharmacienne avait apposé dans sa vitrine des logos LECLERC, avec l'accord de celui-ci, constituant ainsi une publicité de nature à créer la confusion avec les magasins de grandes surfaces, précité.

²² Cf. T. com. Paris, 19 févr. 1969, Gaz. Pal., 1970, 2, Somm., p. 12 (en l'espèce, le tribunal de commerce de Paris avait retenu la responsabilité d'un propriétaire d'une revue, au motif que ce dernier assure la responsabilité de ce qu'il publie même lorsqu'il agit non pas de sa propre initiative, mais pour exécuter l'ordre d'insertion qu'elle a reçu).

²³ Cf. C.A. Paris, 14 févr. 1958, Gaz. Pal., 1958, 1, p. 170.

conjointement avec l'annonceur (le laboratoire pharmaceutique, fabricant du produit) pour ne pas avoir vérifié la licéité de l'annonce diffusée²⁴.

Cette responsabilité doit être nuancée, dans la mesure où la bonne foi du diffuseur est présumée, puisque celui-ci n'a pas la maîtrise des propos contenus dans l'annonce litigieuse, et n'a pas d'obligation de renseignement à sa charge²⁵.

La troisième chambre du tribunal de Paris a cependant considéré que la présomption était renversée dès lors que les « *termes utilisés dans le message publicitaire constituaient manifestement une attaque abusive des concurrents* »²⁶.

Il semblerait que la responsabilité des diffuseurs ne puisse être retenue que dans des circonstances exceptionnelles, puisque les supports tels que les pharmaciens d'officine se bornent le plus souvent à recevoir les ordres des annonceurs ou des agences conseil, et plus généralement des fabricants des produits de santé²⁷.

2.2 Le dénigrement publicitaire :

Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent²⁸, en répandant à son égard ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes²⁹.

Le dénigrement peut également viser un ensemble de concurrents, voire une profession toute entière telle que celle des pharmaciens³⁰.

Il est évident que toute publicité constitutive d'un dénigrement est contraire aux obligations déontologiques du pharmacien. Bien que l'article R. 5015-63 ancien, qui prévoyait que « *toute parole ou tout acte pouvant porter un préjudice matériel ou moral à un confrère au point de vue professionnel est punissable, même s'il a lieu dans le privé* » n'a pas été repris par le nouveau Code de déontologie, l'article R. 5015-34 peut être appliqué en l'espèce. Cet article met en effet à la charge du pharmacien une obligation de loyauté qui n'est

²⁴ Cf. J.C. FOURGOUX, « *La concurrence déloyale et la responsabilité des publicitaires et des supports* », *Gaz. Pal.*, 1970, 2, chr., p. 86 ; G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, *Droit économique*, Lamy, 2001, n°1725, p. 700-701.

²⁵ Cf. T.G.I. Paris, jugement du 27 mai 1977, « *Sté Riverdy c/ Ufima* », inédit.

²⁶ Cf. *idem*.

²⁷ Au sujet de la responsabilité des supports, cf. Pierre et François GREFFE, *La publicité et la loi*, 4^{ème} édition, Litec, p. 181-185.

²⁸ Cf. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, p. 206.

²⁹ Cf. C.A. Lyon, 21 mai 1974, *JCP éd. G* 1974, IV, p. 336, *R.T.D. com.* 1974, p. 513, n°7, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA.

³⁰ A la suite d'une campagne publicitaire menée par un grand distributeur contre les pharmaciens, dont certaines images laissaient penser que ceux-ci « *ont pour objectif unique et constant la recherche du profit* », le Conseil national de l'Ordre a obtenu en référé la cessation des publicités litigieuses, puis au fond, une condamnation de l'auteur de ce dénigrement au franc symbolique au titre des dommages intérêts (T.G.I. Paris, réf., 16 juin 1987, *JCP éd. G* 1987, II, n°20900, note A. VIANDIER, L.P.A., 5 août 1987, p. 18, et T.G.I. Paris, 18 nov. 1987, « *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens c/ Groupement d'achat Edouard Leclerc* »). Inversement, la société Campagne pour les pharmaciens de France a été condamnée pour avoir, par son slogan « *en pharmacie on achète des cosmétiques sûrs* », dénigré l'ensemble des fabricants de cosmétiques (C.A. Versailles, 10 mai 1995, *Gaz. Pal.*, 1996, I, *Somm.*, p. 147).

manifestement pas respectée dans l'hypothèse d'un dénigrement³¹. Bien que le litige puisse être porté devant la juridiction commerciale ou civile, le Conseil de l'Ordre compétent sera le plus souvent saisi pour régler un tel différent³².

Ajoutons que le concurrent visé par le dénigrement doit être identifiable, et que certains dénigrements peuvent être indirects, et même réalisés par omission³³.

A titre d'exemple, le pharmacien qui fait paraître dans le guide présentant les différents commerces fonctionnant dans un centre commercial, des annonces concernant sa pharmacie dans lesquelles apparaissait le logo du groupement de pharmaciens auquel il appartenait et des slogans suivants : « *objectif - Service total* » et « *Qualité totale avec vous* » ou encore le slogan du groupement, effectue une publicité contraire à la dignité de la profession.

Le Conseil de l'Ordre a considéré que ces annonces avaient un caractère promotionnel et dénigrant pour les autres pharmaciens d'officine³⁴.

1) La publicité doit être formulée avec tact et mesure :

L'exigence de tact et de mesure dans la réalisation d'une publicité suscite les mêmes difficultés de délimitation que la notion de dignité.

Il est curieux que le Code de déontologie fasse de nouveau référence à une notion quelque peu « floue », ce qui pourrait laisser entendre que celle-ci constitue un élément de définition de la notion de dignité.

En l'espèce, nous soulignerons simplement que l'exigence d'une publicité formulée avec tact et mesure ne semble pas devoir justifier, en cas de violation, une sanction aussi grave qu'en matière d'atteinte à la dignité de la profession. En effet, ne paraît-il pas moins grave de manquer de tact et de mesure que d'adopter un comportement indigne ?

Cette notion sera donc essentiellement analysée d'un point de vue pratique, à la lumière de différents cas d'espèce, dans la prochaine sous-section.

Ajoutons que le Code de déontologie a estimé nécessaire de rappeler une seconde fois, s'agissant de la publicité en faveur des produits ou objets dont la vente n'est pas réservée au pharmacien, les différentes exigences précitées.

³¹ Cf. décision du Conseil national sanctionnant un pharmacien pour avoir publié en vitrine la lettre d'un confrère sur le fondement de l'article R. 5015-60 ancien, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1996, n° 353, p. 430.

³² Cf. *supra*, Introduction générale.

³³ Cf. J. AZEMA, *le droit français de la concurrence*, P.U.F., 1989, n° 140 ; cf. C.A. Versailles, 10 mai 1995, précité.

³⁴ Cf. CNOP, aff. n° A-D 1612 et n° A-D 1613 du 8 juin 1995.

L'article R.5015-57 III stipule en effet que « *la publicité en faveur des produits ou objets dont la vente n'est pas réservée au pharmacien est admise à condition de :*

1- *demeurer loyale ;*

2- *se présenter sur un support compatible avec la dignité de la profession ;*

3- *observer tact et mesure dans sa forme et son contenu ;*

4- *ne pas être trompeuse pour le consommateur. »*

Cet article, dont le contenu peut sembler atténuer le caractère général de l'article R.5015-30, précise que le pharmacien doit formuler sa publicité avec tact et mesure tant en ce qui concerne la forme que le contenu même de la publicité.

Le caractère général de l'article R. 5015-30 du Code de la santé publique présente l'intérêt de rappeler l'ensemble des exigences applicables à toutes les publicités pouvant être réalisées par le pharmacien.

Section 2 – L’offre interdite

Il existe certaines pratiques publicitaires qui sont expressément interdites aux pharmaciens d'officine, s'agissant de la publicité tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'officine.

Au-delà des restrictions de droit commun³⁵, notamment l'interdiction de toute publicité mensongère, le décret du 14 juin 1996 a institué certaines interdictions formulées de manière plus ou moins précises par l'article R. 5053-3 du Code de la santé publique relatif à la publicité en faveur des officines de pharmacie.

Il s'agit d'une part des interdictions de publicité relatives aux groupements ou réseaux de pharmaciens (§1), d'autre part des interdictions de publicité ayant pour objet ou effet de fidéliser la clientèle (§2), et enfin des interdictions de publicité constitutive d'une sollicitation de commandes (§3).

§1- Les interdictions de publicité pour les groupements ou réseaux :

L'article R. 5053-3 IV du Code de la santé publique stipule qu'un "*groupement ou un réseau constitué entre pharmaciens ne peut faire de la publicité en faveur des officines qui le constituent. Aucune publicité ne peut être faite auprès du public pour un groupement ou un réseau constitué entre officines*".

Cette interdiction est contraignante pour le pharmacien compte tenu du développement important des groupements ou réseaux de pharmacien officinaux. En effet, les pharmaciens ont été amenés à se regrouper aux seins de structures juridiques les plus variées tels que notamment, une association, un groupement d'intérêt économique, ou une société anonyme, et ce afin de bénéficier de meilleures conditions commerciales leur permettant de pratiquer des prix compétitifs. Les groupements de pharmaciens constituent ainsi soit des « centrales d'achats » soit des « centrales de référencement »³⁶.

Bien qu'à l'origine les groupements ou réseaux ont été constitués afin de concurrencer les moyennes et grandes surfaces, les adhérents de ces structures exercent également une concurrence vis-à-vis des autres pharmaciens. Ainsi, avant d'étudier les justifications de l'interdiction de publicité des groupements ou réseaux (2), il convient d'en déterminer l'étendue (1).

1) Etendue de l'interdiction :

La publicité pour un groupement ou un réseau, réalisée par cette entité elle-même ou les pharmaciens la composant, est interdite. Cette interdiction n'est cependant pas absolue, dans

³⁵ Cf. *supra*, Introduction de la présente section.

³⁶ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 26, 2002, DUNEAU, « les associations, groupements et réseaux en pharmacie ».

la mesure où le Code de la santé publique laisse l'opportunité au pharmacien d'informer le public de son appartenance à un groupement ou réseau.

- En effet, d'une part, l'article R. 5015-24 du Code de déontologie autorise les pharmaciens à faire figurer sur leurs en-têtes de lettres ou papiers d'affaires, l'appartenance à une association, groupement ou réseau professionnel à condition que le nom ou le sigle du groupement ou réseau ne prévale pas sur la dénomination de l'officine.
- D'autre part, l'article R. 5015-53 du Code de déontologie prévoit que *"la signalisation extérieure de l'officine ne peut comporter outre sa dénomination, que ces emblèmes et indications ci-après, (...) le nom ou le sigle de l'association, du groupement ou du réseau professionnel dont le pharmacien est membre ; ce nom ou ce sigle ne pouvant prévaloir sur la dénomination de l'officine"*.

Le Conseil d'Etat a rejeté, sur le fondement de ces deux articles, un recours formé par l'association des groupements de pharmaciens ainsi que d'autres associations de pharmaciens d'officine, contre le décret du 14 juin 1996³⁷.

Les requérants contestaient la légalité de ce décret au motif que l'article R. 5053-3 interdisait aux pharmaciens de faire connaître leur appartenance audits groupements ou réseaux en violation de l'article 2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral.

Par une décision en date du 12 juin 1998³⁸, le Conseil d'Etat a considéré que l'article R. 5053-3 n'interdisait pas aux titulaires d'officines de pharmacie, l'usage dans leur dénomination du nom ou du sigle du réseau ou du groupement d'officines auquel ils appartiennent, puisque les articles R. 5015-24 et 53 du Code de la santé publique le prévoyaient expressément.

2) Justifications de l'interdiction :

Le Conseil d'Etat justifie l'interdiction faite aux groupements de pharmaciens :

- d'une part, par les dispositions du Code de la santé publique relatives aux règles de création et de fonctionnement des officines par lesquelles le législateur a entendu, dans l'intérêt de la santé publique, assurer une répartition harmonieuse des officines sur le territoire et garantir ainsi à l'ensemble de la population un accès aisé aux services qu'elles offrent,

³⁷ Cf. Conseil d'Etat, 12 juin 1998, "Association des groupements de pharmaciens et autres", précité.

³⁸ La haute juridiction a également rappelé aux requérants que, d'une part, le législateur avait habilité le gouvernement à fixer les cas où la publicité est admise et les modalités qu'elle peut revêtir ; et d'autre part, l'article R. 5053-3 n'interdit pas toute publicité en faveur des officines de pharmacie et ce conformément à l'article L. 5125-32 du Code de la santé. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que "les auteurs du décret attaqué, en limitant la publicité en faveur des officines et en interdisant toute publicité en faveur des groupements ou réseaux, n'ont pas commis d'erreur manifeste d'appréciation".

- et d'autre part, par l'interdiction de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession, figurant au nombre des règles déontologiques applicables aux pharmaciens.

Le décret du 14 juin 1996 semble illustrer par ailleurs, la crainte de l'Ordre à l'égard des groupements ou réseaux de pharmaciens, dont il redoute de les voir se transformer en chaînes de pharmacies³⁹. Notons cependant la position du Conseil de la concurrence considérant que l'argument selon lequel la publicité en faveur des groupements se ferait au détriment des petites officines, et donc porterait atteinte à la bonne répartition des pharmacies sur le territoire, ne paraît pas devoir justifier l'interdiction de publicité faite en faveur des groupements⁴⁰.

Cela étant, les groupements de pharmaciens profitent aujourd'hui, dans une large mesure, des dispositions de l'article R. 5015-53 du Code de déontologie en créant de véritables enseignes collectives et en effectuant une publicité sur le lieu de vente en faveur de l'officine, et donc indirectement en faveur du groupement.

Les groupements recherchent ainsi à travers leur politique d'enseigne, une reconnaissance de qualité auprès du public.

Or, ainsi que l'a souligné le Président de l'Ordre des pharmaciens J. PARROT, l'intérêt des pharmaciens n'est-il pas de défendre les emblèmes collectifs d'ores et déjà reconnus par le public, que sont la croix verte et le caducée, et non de les diviser en « sous marques » tels que les enseignes collectives des groupements⁴¹. La position de Président de l'Ordre tend à limiter la concurrence puisqu'il est ainsi indiqué que les pharmaciens ne doivent pas chercher à se distinguer les uns des autres par des « emblèmes dit de qualité ».

Précisons enfin que les termes de l'article R. 5015-54 du Code de déontologie viennent renforcer l'interdiction énoncée par l'article R. 5053-3 du Code de la santé publique, en stipulant qu'il est interdit au pharmacien d'aliéner son indépendance à l'occasion de l'utilisation d'une marque ou d'un emblème collectif.

§2 - L'interdiction de fidéliser la clientèle :

L'article R. 5053-3 III du Code de la santé publique interdit aux pharmaciens d'officine d'avoir recours à des moyens de fidélisation de clientèle.

En effet, l'article R. 5053-3 III du Code de la santé publique stipule qu'il *"est interdit aux pharmaciens d'officine d'octroyer à leur clientèle des primes ou des avantages matériels directs ou indirects, de lui donner des objets ou produits quelconques à moins que ceux-ci ne soient de valeur négligeable, et d'avoir recours à des moyens de fidélisation de clientèle pour une officine donnée"*.

Il convient donc d'interpréter cette interdiction comme constituant une limitation dans les moyens laissés au pharmacien pour réaliser sa publicité.

³⁹ Cf. J. AZEMA, « les réseaux en pharmacies », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1991, n° 332, p. 39.

⁴⁰ Cf. *Cons. conc.*, avis n° 95-A-165, 20 juin 1995, *JO*. 16 juin.

⁴¹ Cf. J. PARROT, *Bulletin de l'ordre des pharmaciens*, bim., 2000, n° 192, p. 1-2.

L'article R. 5053-3 III énonce ainsi deux interdictions ou plus exactement effectue un rappel d'interdictions ponctuelles, à savoir l'interdiction *"d'octroyer à la clientèle des primes ou des avantages matériels directs ou indirects, de lui donner des objets ou produits quelconques"* (2), avant d'ériger un principe général (1).

1) Un principe général :

Ce principe général semble avoir été édicté, afin de parer à toute éventuelle utilisation de moyens de fidélisation de clientèle autre que l'octroi de primes ou avantages, et dons d'objets ou produits.

Les termes de l'article R. 5053-3 III du Code de la santé publique sont cependant bien trop généraux, et il aurait été utile pour le juge disciplinaire de pouvoir bénéficier de certains qualificatifs définissant les caractères des procédés de fidélisation devant être interdits.

Il semble en effet excessif d'interdire toute fidélisation de clientèle, dans la mesure où le pharmacien reste malgré tout un commerçant qui ne peut être interdit de rechercher à fidéliser sa clientèle, notamment par la qualité de l'acte pharmaceutique réalisé au sein de son officine.

Le Code de la santé publique se montre cependant strict à l'égard de la fidélisation de clientèle, dans la mesure où il semble interdire des pratiques telles que la distribution de cartes de fidélité⁴². Avant le décret de 1996 ayant prévu cette interdiction de fidélisation de clientèle, le Conseil de l'Ordre retenait deux fondements, pour apprécier le comportement du pharmacien d'officine ayant recherché à fidéliser sa clientèle par l'intermédiaire de carte de fidélité :

- L'article R. 5015-26 ancien du Code de déontologie (correspondant à l'article R. 5015-22 du nouveau Code de déontologie), interdisant au pharmacien de solliciter la clientèle par des procédés contraires à la dignité professionnelle, et ce dans la mesure où la fidélisation n'est autre qu'un moyen de sollicitation de clientèle ;
- Et l'article R. 5015-30 ancien, remplacé par l'article R. 5015-21 du Code de déontologie, relatif au libre choix du pharmacien par sa clientèle (principe étudié dans l'Introduction générale⁴³).

Par ailleurs, le Conseil de l'Ordre semblait autoriser les cartes de fidélité dans la mesure où celles-ci avaient pour objet l'offre d'avantages liés à des produits de parapharmacie par le fabricant⁴⁴.

⁴² *Les cartes de fidélité ont généralement pour objet l'offre d'avantages particuliers, tels que la remise sur le prix des médicaments ou produits de parapharmacie, voir même la délivrance gratuite d'une ordonnance, le paiement par le pharmacien du ticket modérateur ou encore l'offre de cadeaux (CNOP, 16/17 juin 1984, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1984, n°273, p.153).*

⁴³ *Cf. CNOP, 8 juin 1995, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1995, n°349, p.444 ; CNOP, 17 janvier 1994, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1994, n°343, p.130 ; CNOP 5 mars 1998, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1998, n°359, p.128.*

⁴⁴ *Communiqué du Président du Conseil Central des pharmaciens d'officine, Section A, J. GAULIN, en date du 28 septembre 1989 ; à distinguer cependant de l'hypothèse où le laboratoire fournit lesdites cartes et prend en*

2) L'interdiction "d'octroyer à la clientèle des primes ou des avantages matériels directs ou indirects, de lui donner des objets ou produits quelconques" :

L'interdiction ainsi émise par l'article R. 5053-3 doit être rapprochée de celle émise par l'article R. 5046-1 du Code de la santé publique qui prévoit qu'une publicité « *pour un médicament auprès du public ne peut comporter aucun élément qui comporterait des offres de primes, objets ou produits quelconques ou d'avantages matériels directs de quelque nature que ce soit* »⁴⁵.

Il convient donc d'étudier successivement les différentes interdictions.

2.1 L'octroi de primes et avantages directs ou indirects :

L'utilisation du terme "*octroyer*" semble devoir être entendue comme équivalent à celui "*d'offrir*". Ainsi, tout comme l'a souligné le Professeur M. DUNEAU, ce qui serait interdit, ce n'est pas le fait d'octroyer des primes ou avantages, mais le fait d'offrir ceux-ci ou autrement dit, d'en réaliser une publicité⁴⁶.

En posant une telle interdiction générale, l'article R. 5053-3 du Code de la santé publique place le pharmacien dans une situation difficilement compatible avec le droit de la concurrence, qui l'autorise à fixer librement ses prix, dans une certaine mesure et pour certains produits ou objets.

Il aurait été peut-être préférable d'opérer une nuance similaire à celle émise par l'article R. 5053 du Code de la santé publique, suivant lequel la publicité en faveur des entreprises et établissements pharmaceutiques ne peut comporter "*aucune offre de primes, objets produits ou avantages matériels, procurés de manière directe ou indirecte, de quelque nature que ce soit à moins qu'ils ne soient de valeur négligeable*".

Nous retiendrons donc que l'interdiction porte sur toute publicité en faveur de l'offre "*de primes et avantages directs ou indirects, et d'objets ou produits quelconques*".

On peut ainsi regretter que lors de l'élaboration du décret du 14 juin 1996, le Conseil d'Etat, puisque c'est à lui qu'il appartient de fixer lesdites règles (article L. 551 du Code de la santé publique), n'ait pas profité de l'occasion pour opérer une distinction plus nette entre d'une part les pratiques commerciales, et d'autre part, la publicité qui en est faite⁴⁷.

charge les remises ou ristournes, pratique qui n'exonère pas le pharmacien de sa responsabilité disciplinaire, CNOP, 3 octobre 1994, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1995, n°346, p. 25.

⁴⁵ Notons que les deux articles sont issus du décret du 14 juin 1996.

⁴⁶ Cf. M. DUNEAU, « *Pratiques publicitaires et officine* », *Les actualités pharmaceutiques*, précité, p. 27 et s.

⁴⁷ L'ancien article R. 5046-1 du Code de la santé publique énonçait la même interdiction, en employant non pas le terme « *octroyer* » mais « *donner* ».

Il est curieux que le premier décret traitant de la publicité en faveur des officines de pharmacie, soit resté aussi imprécis.

2.2 Le don d'objets ou de produits quelconques :

Il nous appartient d'examiner successivement deux types d'objets ou articles pouvant être offerts par le pharmacien, à savoir, les cadeaux (2.2.1), et les échantillons (2.2.2).

2.2.1 Les cadeaux :

Il s'agit en l'espèce de tous les cadeaux⁴⁸ offerts par le pharmacien à sa clientèle. Il est donc interdit au pharmacien d'officine de donner des cadeaux à sa clientèle, ceux-ci devant être entendu comme tout produit ou objet remis à toute personne, sans obligation de contracter.

Le cadeau doit donc être indépendant de tout contrat principal, et doit se distinguer, selon l'administration⁴⁹, « *de la vente avec prime*⁵⁰ », ce qui suppose qu'en réalité, la remise du cadeau soit subordonnée à un achat par le consommateur.

Le professionnel qui présente une fausse offre gratuite s'expose aux sanctions applicables en matière de publicité mensongère, prévue et réprimée par les articles L. 121-1 et suivants du Code de la Consommation.

La remise de cadeaux de fin d'année a, quant à elle, fait l'objet de mises en garde de la part des Conseils régionaux, mais aussi du Conseil central⁵¹. L'Ordre considère que cette pratique fait partie du champ d'application de l'article R. 5015-22 du Code de déontologie relatif à la sollicitation de clientèle par des procédés contraires à la dignité professionnelle, ainsi que de celui de l'article R. 5015-30 relatif au libre choix du pharmacien par le client⁵².

Toute publicité fondée sur la distribution de cadeaux est donc sanctionnée par le juge disciplinaire.

La même remarque doit être faite à l'égard du cadeau publicitaire défini comme étant un objet de faible valeur distribuée gratuitement pour promouvoir un produit ou une entreprise⁵³. Cette définition est cependant incomplète puisqu'elle n'indique pas que le cadeau publicitaire doit

⁴⁸ *Communiqué du Président du Conseil Central des pharmaciens d'officine, Section A, Monsieur Jean GAULIN, en date du 22 mars 1993, rappelant qu'une telle pratique était contraire à la dignité professionnelle (article R. 5015-22), inédit.*

⁴⁹ *Cf. Rép. Min. n° 110105, JOANQ 26/09/1994, p. 4768 ; G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, Droit économique, Lamy, 2001, n° 3125, p1183.*

⁵⁰ *La distinction est d'importance puisque l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n° 86-1243 (art 57) a abrogé les dispositions de l'article 40 de la loi n°76-1197 du 27 décembre 1973 qui interdisent la vente avec primes et les cadeaux, ne maintenant l'interdiction que pour la vente avec primes (art 29), cf. G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, Droit économique, Lamy, 2001, n° 3126, p. 1184.*

⁵¹ *Cf. « Informations professionnelles », Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1984, n° 278, p. 597.*

⁵² *Cf. Professeurs G. VIOLA et G. CAS « La publicité en faveur des officines de pharmacie », 1986, n° 289, p. 96.*

⁵³ *Annexe I de l'arrêt du 7 juillet 1994, JO 31 juillet 1994.*

être remis sans obligation de contracter, et que de plus, elle ne limite pas la valeur des biens offerts⁵⁴.

Notons que, l'arrêté annulé du 6 novembre 1974⁵⁵ admettait seulement la délivrance à titre gratuit, par le pharmacien, « *de portes ordonnances, tickets de pesée, emballages* » mentionnant exclusivement le nom et les titres du pharmacien, ainsi que l'adresse de l'officine.

Le même arrêté tolérait également, tout comme l'article R. 5053-3 II du Code de la santé publique, la remise gratuite de brochures d'éducation sanitaire, sous réserve de n'y faire aucune publicité.

Cet article prévoit cependant que l'indication du nom et de l'adresse du pharmacien est possible, ne considérant donc pas ces indications comme constitutives d'une publicité, et ce contrairement à l'arrêté du 6 novembre 1974.

2.2.2 *Les échantillons :*

Une place particulière doit être réservée aux échantillons qui constituent la part importante des dons matériels réalisés par les pharmaciens d'officine⁵⁶.

- S'agissant des médicaments, l'article L. 5122-10 du Code de la santé publique en limite la distribution aux personnes habilitées à les prescrire, ainsi qu'aux personnes habilitées à les dispenser dans les pharmacies à usage intérieur. Le cas du pharmacien d'officine n'est pas envisagé par ledit Code.

Ajoutons que l'article L. 5422-8 dudit Code « *puni de 37 500 euros le fait de remettre des échantillons de médicament notamment à des personnes non habilités à prescrire ou à dispenser des médicaments dans le cadre des pharmacies à usage intérieur* ».

- S'agissant des échantillons de produits ne faisant pas partie du monopole du pharmacien d'officine tels que les produits de parapharmacie, il semble que ceux-ci puissent être donnés à la clientèle à condition d'être de « *valeur négligeable* ».

Ainsi, le don d'objet ou de produits quelconques peut être effectué par le pharmacien dès lors qu'aucune publicité n'est effectuée, que celui-ci n'est pas conditionné par l'achat d'un produit de santé, et enfin, qu'il soit de valeur négligeable.

⁵⁴ Cf. G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, *Droit économique*, Lamy, 2001, n° 3173, p. 1197.

⁵⁵ Cf. *supra*, Introduction du présent chapitre.

⁵⁶ Cf. Professeurs G. VIALA et G. CAS, « *La publicité en faveur des officines de pharmacie* », précité, p. 96.

2.3 L'exception de la valeur négligeable :

Selon l'article R. 5053-3 du Code de la santé publique, le pharmacien d'officine peut procéder à l'offre de primes ou d'avantages matériels directs ou indirects ou encore donner des objets ou produits quelconques, dès lors que ceux-ci sont de valeur négligeable.

La première difficulté à laquelle nous nous heurtons est la suivante : l'exception est-elle applicable à l'ensemble des éléments : primes et avantages matériels ou uniquement aux objets et produits ? Selon l'interprétation du Professeur G.VIALA, cette interdiction ne semble concerner que les objets ou produits.

Nous pouvons cependant considérer que cette exception concerne également l'offre de prime, puisque l'article L. 121-35 du Code de la consommation prévoit que l'interdiction de vente avec prime ne s'applique pas « *aux menus objets ou services de faible valeur* ». L'exception est ainsi assez proche de la valeur négligeable. La valeur maximale des objets pouvant être offerts en prime est fixée par l'article 23 du décret n° 86-1309 du 23 décembre 1989 (Code de la consommation article L. 121-8). Elle est déterminée en fonction du prix de vente net TTC des produits ou services faisant l'objet de la vente⁵⁷.

Ensuite, quelle définition peut-on donner de la valeur négligeable ?

Le Livre de procédure fiscale fixe la somme à 200 francs par an et par bénéficiaire. Mais ce montant est ancien et, plus récemment, la D.G.C.C.R.F. a admis qu'il pouvait être supérieur, sans fixer de limite et en renvoyant à la notion de « *raisonnable* ». Dans tous les cas, c'est la valeur négociée TTC par le laboratoire qui est prise en compte, non la valeur dans le commerce de détail⁵⁸.

Ainsi, tout objet ou produit peut être donné par le pharmacien dès lors qu'il ne peut être vendu compte tenu de sa faible négligeable marchande⁵⁹.

On peut également souligner que cette valeur ne doit pas être telle qu'elle confère à la pratique ainsi mise en œuvre par le pharmacien, un caractère indigne de la profession. Dans une telle hypothèse, la valeur négligeable des échantillons ou objets non médicamenteux est donc laissée à l'appréciation du juge disciplinaire.

⁵⁷ Cf. G. CAS, R. BOUT, M. BRUSCHI, *Droit économique*, Lamy, 2001, n° 3148, p. 1190.

⁵⁸ Cf. *Le moniteur des pharmacies*, 2000, n° 2341, p. 6.

⁵⁹ Position déjà adoptée avant l'entrée en vigueur de l'article R. 5053-3 du Code de la santé publique, G. CAS et G. VIALA, « *La publicité en faveur des officines de pharmacie* », précité, p. 96.

§ 3 - L'interdiction de toute sollicitation de commandes :

La sollicitation de commandes est une infraction pénale prévue par l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique (ou encore par l'article L. 5143-9 du Code de la santé publique s'agissant des médicaments vétérinaires), et punie par l'article L. 5424-7 du Code de la santé publique⁶⁰.

Si la définition de la sollicitation de commandes pose certaines difficultés (1), il n'en demeure pas moins que la responsabilité du pharmacien (2), auteur d'une publicité constitutive d'une telle sollicitation (3), est multiple.

1) Essai de définition :

La sollicitation de commande rentre dans le champ plus vaste de la sollicitation de clientèle⁶¹. Cette dernière a, dans le passé, pris le visage d'un véritable racolage, ce qui a amené le législateur à intervenir par une première loi du 4 septembre 1936⁶², reprise et étendue par la loi du 11 septembre 1941, et codifiée sans changement dans les articles L. 589, L. 590, et L. 591 anciens du Code de la santé publique⁶³.

La sollicitation de commandes est aujourd'hui interdite par l'alinéa 1er de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique qui dispose que : « *il est interdit aux pharmaciens et à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public* ». Les juridictions répressives ayant eu à connaître de telles pratiques ont notamment considéré que l'infraction était constituée « *quel que soit le moyen utilisé pour solliciter les commandes, dès lors que la sollicitation était certaine* »⁶⁴.

Notons que l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique n'interdit pas uniquement la sollicitation de commandes de médicaments, mais également de tous produits ou objets mentionnés à l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique (article L. 512 ancien).

Malgré cette interdiction générale, aucune définition n'est donnée ni par le Code de la santé publique⁶⁵, ni par le Code de déontologie.

- D'une part, les travaux préparatoires de la loi du 4 septembre 1936 permettent de préciser cette notion. Monsieur RAYNALDY, rapporteur au Sénat du projet de loi, avait défini la sollicitation de commandes⁶⁶ comme « *un racolage des commandes* ». A cet égard, la notion

⁶⁰ L'article L. 5424-7 prévoit une peine de 3 250 euros.

⁶¹ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc n° 23-05, M. DUNEAU, p. 9.

⁶² Une des rares dispositions consacrées à la pharmacie depuis la loi Germinal an XI, cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05, 1996, M. DUNEAU, « l'exploitation de l'officine », p. 9.

⁶³ Cf. articles L. 5125-25, L. 5125-26, L. 5125-27, L. 5125-32 de la nouvelle codification.

⁶⁴ Cf. C.A. Rennes, 8 février 1965, *Doc. Pharm.*, *Juris.* n° 1353.

⁶⁵ Cependant, l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique présente différentes interdictions ponctuelles, constitutive d'une sollicitation de clientèle.

⁶⁶ Dans sa définition le rapporteur faisait uniquement référence au terme « sollicitation », sans distinguer s'il s'agissait d'une sollicitation de clientèle ou de commandes.

de racolage doit être entendue comme l'action de racoler, c'est-à-dire "*d'attirer quelqu'un par des moyens plus ou moins honnêtes*"⁶⁷.

Or, le racolage publicitaire, entendu comme l'incitation à consommer des produits de santé, est illicite compte tenu des dispositions de l'article R. 5015-64 du Code de déontologie⁶⁸.

- D'autre part, l'article L. 5125-25 présente différentes interdictions constitutives d'une sollicitation de commandes.

Ainsi, est interdit le fait de :

« - recevoir des commandes de médicaments et autres produits ou objets mentionnés à l'article L. 4211-1 par l'entremise habituelle de courtiers,

- se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments, produits ou objets précités, dont la commande leur serait ainsi parvenue ».

Le Code de la santé publique considère donc la sollicitation de commandes comme pouvant également constituer une pratique collective, puisque dans les deux hypothèses visées par l'alinéa deuxième de l'article L. 5125-25 précité, l'intervention d'une tierce personne est envisagée⁶⁹.

Ces deux interdictions ne doivent cependant pas être perçues comme limitant l'interdiction de toute sollicitation de commandes aux seules pratiques dites collectives, dans la mesure où bon nombre de décisions du Conseil de l'Ordre sanctionne un pharmacien pour avoir sollicité des commandes, alors qu'il n'existait aucune entente avec une tierce personne⁷⁰.

L'interdiction de l'alinéa premier pose donc un principe général, susceptible de diverses applications.

Dès lors, la publicité en faveur de l'officine constitue une sollicitation de commandes lorsqu'elle a pour objet ou pour effet de racoler la clientèle, en poussant cette dernière à passer des commandes de produits vendus par le pharmacien, la démarche du pharmacien étant alors motivée par la recherche exclusive du profit. Il est bien évident qu'une telle sollicitation porte atteinte au principe du libre choix du pharmacien par la clientèle prévu par l'article R. 5015-21 du Code de Déontologie.

⁶⁷ Définition du dictionnaire Larousse.

⁶⁸ Cf. article R. 5015-64 du Code de déontologie, qui stipule que « le pharmacien ne doit pas, par quelque procédé ou moyen que ce soit, inciter ses patients à une consommation abusive de médicament ».

⁶⁹ Cf. *infra*, 3^{ème} Partie.

⁷⁰ Le Conseil national de l'Ordre a en effet considéré que violait l'article L. 589 ancien, qui fait parvenir à un groupe d'éleveur un bon de commande pour l'achat auprès de son officine de produits vétérinaire par quantité, cf. aff. n°A-D 833, du 30 juin 1986 ; voir également, pour les médicaments vétérinaires, en infraction de surcroît avec l'article R. 5146-44 sur la publicité des médicaments vétérinaires, T. Corr. Metz, 20 mars 1984, Doc. Pharm., Juris., n° 2569.

2) Une responsabilité multiple :

Des sanctions disciplinaires, civiles, mais aussi pénales peuvent être prononcées à l'encontre du pharmacien reconnu responsable d'une sollicitation de commandes.

S'agissant des sanctions disciplinaires, le Code de déontologie interdit au pharmacien "*de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle*" (article R.5015-21) et de "*solliciter la clientèle par des moyens ou procédés contraires à la dignité de la profession*" (article R. 5015-22).

Ces deux articles sont bien évidemment applicables à la sollicitation de commandes, et constituent des fondements à toutes éventuelles sanctions en la matière.

D'autre part, selon le Professeur G. VIALA, la sollicitation de commandes constitue également un acte de concurrence déloyale, et est donc passible de sanctions civiles⁷¹. Cet empiétement du droit déontologique sur le droit commun, et plus précisément sur la théorie de la concurrence déloyale, dénote le parallélisme existant entre ces deux régimes⁷².

Rappelons que les pharmaciens sont également des commerçants, et que leur responsabilité est susceptible d'être engagée devant les tribunaux de commerce, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁷³.

Enfin, le pharmacien peut être également poursuivi devant les juridictions répressives. L'article L.5424-7 1° du Code de la santé publique prévoit une amende de 3 250 euros à l'encontre du pharmacien ou ses préposés ayant sollicité des commandes auprès du public.

3) Les pratiques publicitaires de sollicitation de commandes :

Au vu de l'ensemble des décisions rendues en la matière, les juridictions répressives, le Conseil d'Etat ou le Conseil de l'Ordre, nous pouvons dégager deux types de pratiques publicitaire de sollicitation de commandes, il s'agit d'une publicité :

- dont le support reste traditionnel ;
- réalisée par un démarchage du pharmacien ou d'une tierce personne⁷⁴.

⁷¹ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, G. VIALA, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 18, 2000, G. VIALA, « Le Code de déontologie de pharmaciens », p. 13.

⁷² Cf. *supra*, Introduction générale.

⁷³ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n°18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ Cette distinction s'inspire de celle retenue par le Professeur DUNEAU, qui considère que la sollicitation de commande et pratiques dérivées regroupe la sollicitation directe de commande par les pharmaciens, le recours aux intermédiaires, le recours aux dépôts, à la livraison et la dispensation à domicile, cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-10, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 9-10 ; cf. *infra*. 3^{ème} Partie.

3.1 La sollicitation de commandes par les supports traditionnels de publicité :

L'ensemble des supports pouvant être utilisés par le pharmacien dans la réalisation d'une publicité en faveur de son officine sera étudié dans les sections 1 et 2 du présent chapitre. Cependant, certains supports sont caractéristiques de la sollicitation de commandes, tels la lettre circulaire et le prospectus ou le tract.

Nous nous attacherons donc à présenter les principales décisions en la matière, et ce afin d'illustrer plus précisément la notion de sollicitation de commandes.

Le juge disciplinaire va rechercher, à travers un faisceau d'indices, l'intention délictueuse du pharmacien auteur de la publicité litigieuse⁷⁵, afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une sollicitation de commandes.

Ainsi, le juge disciplinaire a considéré que la sollicitation de commandes était caractérisée dans des hypothèses où les moyens publicitaires apparaissaient racoleurs et où l'intérêt du patient n'était pas pris en compte.

Effectue ainsi une sollicitation de clientèle le pharmacien qui réalise une publicité :

- directement auprès de malades, dans un établissement de santé, telle qu'une maison de repos ou de retraite, ou encore un hôpital ou une clinique.

Ainsi, par une décision en date du 17 juillet 1951, le Conseil de l'Ordre a sanctionné un pharmacien pour avoir envoyé aux hôpitaux des imprimés indiquant qu'il pouvait livrer tous les médicaments même lorsque l'hôpital ne disposait pas de pharmacien responsable⁷⁶.

- dans un établissement collectif telle qu'une entreprise, le Conseil national a sanctionné un pharmacien qui avait envoyé une lettre circulaire en plusieurs centaines d'exemplaires, invitant les entreprises à venir s'approvisionner dans sa pharmacie⁷⁷.

Le juge disciplinaire a également sanctionné un pharmacien qui, par le truchement d'une société non pharmaceutique et notamment par le catalogue qu'elle diffuse comportant nombre d'articles fournis par l'officine, profite en définitive de façon directe de la sollicitation de commandes à laquelle se livre la société dont les autres membres sont co-titulaires de l'officine⁷⁸.

⁷⁵ Le juge disciplinaire prend notamment en compte le contenu même de la publicité, ainsi une annonce placardée dans un établissement de santé, informant simplement les patients que telle pharmacie pouvait vendre du matériel médical, n'a pas été considérée comme constitutive d'une sollicitation de commandes, cf. CNOP, 5 octobre 1999, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 2000, n° 366, p. 35-37.

⁷⁶ Cf. CNOP, aff. n°A-D 156 du 17 juillet 1951.

⁷⁷ Cf. CNOP, aff. n° A-D 1030 du 19 mai 1988 : le fait que cette opération ait été conseillée au pharmacien par les responsables de la caisse de sécurité sociale ne constitue pas un fait justificatif permettant d'exonérer le pharmacien de sa responsabilité.

⁷⁸ Cf. CNOP, aff. n°A-D 1232 du 9 décembre 1992 ; CNOP, aff. n°A-D 1233 du 9 décembre 1992 ; CNOP, aff. n°A-D 1234 du 9 décembre 1992.

Nous remarquerons qu'un des éléments déterminant la sollicitation de commandes est le lieu de diffusion de la publicité. Celui-ci est généralement un lieu où la clientèle ne peut librement choisir son pharmacien, compte tenu soit du manque de discernement de celui-ci (dans les maisons de repos ou de retraite) ou de l'existence d'un lien de subordination (telle que dans les entreprises).

3.2 La sollicitation de commandes par le démarchage :

Le démarchage par une tierce personne sera étudiée dans la 3^{ème} Partie. Celui-ci constitue un colportage, pratique interdite par l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 5125-25 précité.

Cependant, la sollicitation de commandes peut être également constituée par le démarchage personnel du pharmacien. Une telle pratique serait, bien entendu, contraire à la dignité de la profession, et pourrait également être qualifiée de sollicitation de commandes, tombant sous le coup de l'article L. 5125-25 précité.

Notons que le pharmacien ou l'un de ses préposés peut dispenser une commande au domicile de l'un de ses patients, dans les conditions prévues par l'article L. 5125-25 alinéa 4, à savoir :

« ...les pharmaciens d'officine, ainsi que les autres personnes légalement habilitées à les remplacer, assister ou seconder, peuvent dispenser personnellement une commande au domicile des patients dont la situation le requiert ».

Dès lors, constitue une sollicitation de commandes par un démarchage, le fait de dispenser personnellement une commande au domicile des patients, dont la situation ne le requiert pas, et ce compte tenu de leur état de santé, de leur situation géographique, de la possibilité qu'ils ont de se déplacer⁷⁹.

Principalement encadrée par la notion évolutive de dignité professionnelle, la marge de manœuvre laissée au pharmacien dans l'élaboration de sa publicité est devenue étroite.

Les pratiques publicitaires de sollicitations de clientèle ont été mises en place compte tenu du danger que pouvaient représenter d'éventuels débordements entraînés par un excès de publicité réalisée aussi bien à l'extérieur de l'officine, qu'à l'intérieur de celle-ci.

⁷⁹ Cf. décret n° 95-862 du 21 juillet 1995 (JO 1^{er} août, p. 1147), article R. 5104-4 du Code de la santé publique, Bulletin de l'ordre des pharmaciens, 1995, n° 348, p. 347-348 ; voir également, J.M. AUBY et G. VIALA, « Le portage des médicaments », R.D.S.S., 1995, p. 731-733 ; J.M. AUBY et G. VIALA, « La dispensation de médicaments au chevet du malade », R.D.S.S., 1994, p. 250.