



HAL
open science

Droit de la concurrence

Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Droit de la concurrence. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2020, 25. hal-04097375

HAL Id: hal-04097375

<https://hal.science/hal-04097375>

Submitted on 25 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Droit de la concurrence

Les situations de concurrence, au-delà de leur diversité, ont au moins un point commun. Elles sont tenues de respecter les règles qu'impose la sauvegarde d'objectifs prioritaires. Il en va de la cohérence d'un système porteur d'indéniables bienfaits. L'énoncé du principe ne suffit pas toutefois à rendre compte de l'ensemble des mesures appelées à jouer à ce titre. Il est clair en effet que chacune d'entre elles implique une analyse minutieuse de son domaine et de ses conditions de mise en œuvre.

La présente rubrique se fait d'ailleurs régulièrement l'écho de la réaction des autorités publiques en présence d'initiatives potentiellement néfastes à la qualité des échanges imposée par les textes. Le commerce des produits de santé, la prestation de soins médicaux sont en particulier soumis à une surveillance stricte en raison des excès ou irrégularités auxquels ils peuvent donner lieu.

L'exigence de liberté qui domine, on le sait, le droit de la concurrence oriente ainsi les débats selon des modalités qui peuvent varier au gré de circonstances spécifiques. Sans l'ombre d'une contradiction, elle peut être soit retrouvée **(1)** soit refoulée **(2)** pour des raisons qu'il s'agit précisément de mettre en lumière.

1. Santé et liberté retrouvée

Dans une matière pourtant placée sous le signe de la liberté, il peut paraître surprenant de s'intéresser à son « retour », alors même qu'elle n'aurait jamais dû disparaître... Le paradoxe, au fond, est plus apparent que réel. Il tient à des mesures qui ne peuvent qu'être censurées au regard d'erreurs manifestes d'orientation. L'hypothèse à laquelle il convient de se référer est d'autant plus intéressante qu'elle a pour origine une initiative contestable des autorités publiques elles-mêmes.

La question posée est plus précisément celle de la valeur de restrictions à la liberté d'entreprendre imposées à des professionnels au nom d'impératifs de santé publique. Dans deux arrêts récents, le Conseil d'État se prononce en faveur d'un retour à l'un des « piliers » du droit de la concurrence. Il en est ainsi afin qu'il joue en faveur de la promotion des

activités médicales **(A)** et de l'exercice lui-même de l'art médical **(B)**.

A. De la promotion des activités médicales

La déontologie des professions médicales, comme d'autres, est par définition source de contraintes¹. Dans un premier sens, elle impose en quelque sorte à ses membres de « bonnes manières ». Dans un second sens, à l'inverse, elle prohibe des démarches qui pourraient corrompre le caractère noble et désintéressé des prestations de santé en cause. Cette dernière orientation vient de connaître un changement majeur en jurisprudence.

Il apparaît désormais en effet que l'interdiction générale et absolue faite aux médecins et chirurgiens-dentistes de recourir à la publicité est contraire au principe de libre prestation de services². Le revirement dont il est ici question est plus spectaculaire qu'il n'y paraît au premier abord. Il tient à des priorités dont l'ordre a quelque peu été modifié au nom d'une impérieuse logique de concurrence. La prééminence d'objectifs de santé publique **(a)** doit ainsi parfois s'effacer au profit de la liberté de concurrence **(b)**.

a) Des objectifs de santé publique

La sphère de liberté normalement reconnue aux citoyens, on le sait, se heurte en différentes matières à la satisfaction de l'intérêt général. Il est ainsi admis que peuvent se trouver justifiées par les nécessités de la santé publique les interdictions de recourir à la publicité imposées à des professionnels dudit secteur³. Il reste toutefois à déterminer plus précisément l'emprise effective d'une telle contrainte.

La question posée relève en vérité d'un contentieux dont l'actualité ne se dément guère. Elle est au cœur de plusieurs décisions récentes dont les enseignements doivent être dégagés et, dans la mesure du possible, harmonisés. La pluralité d'acteurs conduit en effet à examiner tant la règle de forme **(1°)** que la règle de fond **(2°)**.

1 - Cf en ce sens, F. Vialla, Déontologie des professions de santé RDSS 2018 p.37 ; G. Rousset, Déontologie et droit de la concurrence, une méfiance mutuelle RDSS 2018 p.147 ; H. Barbier, L'incidence croissante des codes de déontologie sur la formation et le contenu du contrat RTD civ. 2017. 636 ; M. Deguergue, La sanction des manquements à la déontologie RDSS 2018 p.161 ; B. Maisonnat Incidence de la violation du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie sur l'objet du contrat D. 2019 p.231

2 - CE, 4^{ème} chambre, 6 novembre 2019 n°416948 et n°420225 AJDA 2019 p.2273 observations J.M Pastor, Dalloz actualité 12 novembre 2019 observations J.M Pastor

3 - Cf. notamment sur ce point, X.Boy, Accès aux services de santé et libertés économiques Constitutions 2014 p.87 ; Rapport du Conseil d'Etat, Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité Documentation française Coll. Les études du Conseil d'Etat 2018

1° Règle de forme

Il revient tout d'abord aux professionnels de santé d'agir en conformité avec les règles de procédure qu'impose la nature de leur conflit avec les instances officielles. On se souvient en particulier des décisions de l'Autorité de la concurrence par lesquelles elle déclinait sa compétence dans des litiges mettant en cause le Conseil national de l'Ordre des médecins ou le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux ou de soins dentaires⁴.

Il suffira sans doute ici de rappeler qu'en vertu de la compétence que lui attribuent les textes (article L.462-8 alinéa 1^{er} du code de commerce), elle s'est déclarée en l'espèce devoir écarter toute possibilité de connaître des pratiques relatives à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Dans ce contexte, il revenait bien au Conseil d'État de se prononcer sur la validité de la mesure dont se plaignaient les médecins et chirurgiens-dentistes, à l'origine de leur recours contre les dispositions du code de la santé publique en cause.

Mais d'autres éléments sont à prendre en considération.

2° Règle de fond

La portée de l'interdiction litigieuse s'inscrit dans un contexte pour le moins « agité ». Il n'y a en vérité aucune autre façon de présenter les arrêts du 6 novembre 2019.

En tout état de cause, il a été d'abord admis par la Haute juridiction administrative dans un arrêt récent⁵ qu'un médecin n'était pas fondé à demander l'abrogation de l'article R. 4127-19 du code de la santé publique qui prohibe notamment « tous procédés directs ou indirects de publicité (...) ». Selon elle, rien ne peut être reproché à ces dispositions « qui sont indistinctement applicables à tous les praticiens exerçant sur le territoire national » et poursuivent un objectif d'intérêt général de bonne information des patients et, par suite, de protection de santé publique (...) ».

Toutefois, pour louables qu'ils soient, les objectifs de santé publique se heurtent néanmoins aujourd'hui à un autre point de vue.

4- Autorité de la concurrence, Décision du 15 janvier 2019 n°19-D-01 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet d'actes médicaux, Décision du 15 janvier 2019 n°19-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la promotion par Internet de soins dentaires à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr; adde S. Naugès, L. Ayache, Concurrence, régulation et secteur public Contrat, concurr., consomm. 2019 chr.5, C. Lantero, Promotion sur internet de prestations médicales D.2019 p.424, Concurrences 2019 n°2 p.195 observations J.P Kovar, [JDSAM 2019 n°22](#) p.170 avec nos observations ; comp. pour une décision du Conseil de l'Ordre des avocats de Limoges, CA Paris, 10 octobre 2018 Contrats, concurrence, consomm. 2019 comm. 102 observations G. Decocq

5- CE, 4^{ème}-5^{ème} chambres réunies, 4 mai 2016 n°383548 AJDA 2016 p.1616

b) Des impératifs de libre concurrence

La diversité des sources qui gouvernent notamment l'exercice de professions réglementées joue un rôle que met clairement en évidence l'arrêt étudié. Il est clair en effet que les préoccupations des pouvoirs publics s'expriment dans un ensemble de mesures qui ne sauraient être limitées à un seul territoire national. Les exigences de bon fonctionnement des marchés appellent à cet égard « un croisement » des règles applicables pour s'assurer notamment de leur conformité au Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

L'interdiction de recourir à la publicité imposée aux médecins et dentistes par le code de la santé publique (**1°**) est désormais jugée par le Conseil d'État à l'aune de ce droit (**2°**). Il en résulte davantage de bienveillance à l'égard des praticiens jusqu'alors privés de moyens utiles à leur reconnaissance.

1° Apport du droit de l'Union européenne

Il convient ici d'intégrer à l'analyse les décisions rendues, même en dehors de nos frontières, sur la compatibilité des législations en cause avec le droit de l'Union européenne. Cette approche ne saurait surprendre. Elle s'impose tout d'abord, on le sait, au regard des principes attachés à la hiérarchie des normes. Elle s'impose ensuite par rapport à l'exigence de cohérence des solutions qu'impose le risque de conflits en des matières sensibles.

Des arrêts servent précisément de référence à l'adoption d'une ligne de conduite dans les litiges relatifs à l'interdiction de toute publicité imposée à certaines catégories de professionnels de santé. Il s'agit d'abord de celui rendu par la Cour de justice le 4 mai 2017⁶. Celle-ci a en effet jugé, s'agissant de la législation belge applicable aux chirurgiens-dentistes, que l'interdiction de manière générale et absolue de toute publicité relative à des soins buccaux et dentaires devait être considérée comme emportant une restriction à la libre prestation de services avant de considérer que cette restriction ne pouvait être justifiée par l'impératif de protection de la santé publique ou de la dignité de la profession de dentiste. Il s'agit ensuite d'une ordonnance de la CJUE au terme de laquelle elle estime que « l'article 8 de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit de manière générale et absolue toute publicité des membres de la profession dentaire, en tant que celle-ci leur interdit tout recours à des procédé publicitaires de valorisation de leur personne ou de leur société sur leur site Internet »⁷.

Ces considérations viennent de trouver un écho en droit interne.

6- CJUE, 4 mai 2017 aff. C-339/15 Vanderborght Dalloz actualité 29 mai 2017 observations T. Soudain, D.2018 p.583 Droit de la consommation observations H.Aubry ,E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud AJDA 2017 p.1709

7- CJUE, 23 octobre 2018 aff. C-296/18 RG et SELARL cabinet du docteur RG

2° Revirement du droit interne

L'actualité récente atteste en réalité de la convergence des règles applicables à la résolution des conflits qui peuvent naître entre les professions médicales et les autorités publiques. Il est en effet intéressant d'observer la communauté d'inspiration qui préside aux différentes décisions rendues en la matière.

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence elle-même procède à un double examen. Tout d'abord, comme il vient d'être montré, elle fait état des solutions imposées par le droit de l'Union européenne, telles qu'elles doivent être transposées au cas d'espèce. Ensuite, elle suggère un changement de la législation nationale (point 64). Elle insiste à ce titre « sur la nécessité de modifier à brève échéance les dispositions réglementaires relatives à la publicité, afin de tenir compte de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE ».

En deuxième lieu, après l'avoir récusé, le Conseil d'État opère un revirement salutaire⁸. Les arrêts du 6 novembre 2019 admettent en effet le bien-fondé du recours intenté par les demandeurs contre la décision de la Ministre de la santé et des solidarités refusant d'abroger les dispositions du code de la santé publique qui interdisent toute publicité aux médecins et chirurgiens-dentistes. Si la solution est en elle-même opportune, sa motivation suscite également l'intérêt. Il n'est certainement pas indifférent que les magistrats se réfèrent formellement aux arguments déjà développés par les instances de l'Union européenne...

Un retour à la liberté autorise également d'autres changements à l'exercice de l'art médical.

B. De l'exercice de l'art médical

Pour des raisons évidentes de santé publique, l'État se préoccupe d'enserrer l'exercice de la médecine à l'intérieur de strictes limites. Nul ne saurait s'en étonner ou le déplorer. La normalité des règles applicables à ce titre n'est d'ailleurs pas directement en cause. Néanmoins, à un moment donné, il peut être demandé aux juges de se prononcer sur la validité ou la portée effective de leur contenu.

Si la contrainte en paraît bien l'aspect dominant, il n'est pas pour autant à exclure que celle-ci puisse être ramenée à de plus justes proportions. L'ensemble des juridictions a précisément vocation à se prononcer sur ce point. Une hypothèse spécifique témoigne précisément de la possibilité de libéraliser certaines pratiques jusqu'alors réservées aux médecins. Un arrêt récent du Conseil d'État conteste en effet le bien-fondé de dispositions réglementaires relatives aux lasers à usage médical⁹.

Il ne s'agit plus, selon lui, de faire jouer une interdiction générale de telles pratiques, mais de permettre l'introduction

8 - Rapport du Conseil d'Etat, Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité Documentation française Coll. Les études du Conseil d'Etat 2018 précité

9 - CE, 1^{ère}-4^{ème} chambres réunies, 8 novembre 2019 n°424954

d'un encadrement qui tienne compte d'autres priorités. Le schéma initial réputé pour son caractère restrictif (a) doit ainsi s'effacer au profit de certaines libertés (b).

a) D'un modèle restrictif

La médecine dépasse clairement le cercle d'intérêts individuels pour s'insérer dans un dispositif de grande ampleur destiné à la sauvegarde des intérêts du plus grand nombre. Il en résulte un ensemble de règles qui, loin d'être simplement permissives, imposent au contraire bon nombre de contraintes à ses diplômés. Un partage essentiel s'opère ainsi entre les activités qu'ils sont les seuls à pouvoir exercer et les autres. Le code de la santé publique énonce précisément à ce titre des interdictions dotées chacune de sanctions spécifiques. Il peut ainsi être reproché à des professionnels non spécialement qualifiés de s'être rendus coupables d'exercice illégal de la médecine¹⁰.

Encore faut-il déterminer les composantes précises des comportements litigieux. Ce point ne peut en vérité être résolu qu'au prix de certitudes acquises sur la teneur de l'illicéité définie par les textes. Le cas des dispositions dont relève l'aptitude à réaliser certains actes d'épilation est révélateur des obstacles auxquels sont susceptibles de se heurter les magistrats. L'arrêt précité du Conseil d'État s'inscrit précisément dans ce cadre. Il s'agissait pour lui de statuer sur les possibilités de mise en œuvre à l'égard du demandeur de dispositions plus ou moins justifiées¹¹.

Les pratiques d'épilation par l'intermédiaire de lasers ou d'appareils à lumière pulsée sont ainsi considérées comme dangereuses (1°) et appelées dès lors à un nécessaire encadrement (2°).

1° D'une pratique dangereuse

L'exigence de compétences propres à l'exercice d'activités liées à la médecine se comprend aisément au regard de la sécurité à laquelle les patients sont en droit de prétendre. Son emprise se manifeste au travers de dispositions qui tiennent compte de la dangerosité de pratiques dûment répertoriées par les textes.

Sur le terrain pénal, la méconnaissance des règles applicables est susceptible de donner lieu à des décisions de condamnation. Il peut en être ainsi dans deux perspectives complémentaires. En premier lieu, le délit d'exercice illégal de la médecine a précisément pour finalité de sanctionner le non-respect des conditions imposées par les textes dans un cadre donné. Ainsi, il a pu être jugé que la violation des

10 - Cf notamment sur cette question, J. Penneau, actualisé par N. Bareït, JCl Lois pénales spéciales Fasc. 20 Vo Médecine Accès à la profession de médecin. Exercice de la profession de médecin. Exercice illégal de la médecine

11 - Cf. sur ce point, ANSES, Risques sanitaires liés à l'utilisation des appareils mettant en œuvre des agents physiques destinés à la pratique des actes à visée esthétique Rapport décembre 2016 ; Question écrite n°21968 du 30 juillet 2019 de Mme Stéphanie Kerbarh J.O Assemblée nationale du 30 juillet 2019 et réponse du Ministère des solidarités et de la santé J.O Assemblée nationale du 26 novembre 2019

dispositions impliquées dans l'arrêt commenté, relatives à l'épilation pratiquée au moyen des techniques du laser et de la lumière pulsée, pouvait être reprochée à tout agent d'un centre dédié, dépourvu des qualifications requises¹². En deuxième lieu, des faits de complicité d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne ont pu également être retenus à l'encontre d'un médecin ayant omis de surveiller les opérations au laser effectuées par une infirmière au prix de graves blessures pour la patiente¹³.

Sur le terrain du droit administratif, comme en témoigne l'arrêt commenté, des précautions s'imposent également. Dans cette optique, il apparaît normal de réglementer, c'est à dire de restreindre plus ou moins le cercle des personnes habilitées à se livrer à des formes évoluées d'épilation. Le Conseil d'État prend d'ailleurs la peine de recenser les incidences néfastes que peut avoir la technique en jeu : « les effets les plus fréquemment rapportés étant des réactions inflammatoires, immédiates localisées, moins fréquemment des troubles pigmentaires plus tardifs et, plus rarement des brûlures cutanées ou oculaires, pouvant être la conséquence d'erreurs de manipulation (...) ».

Il apparaît ainsi qu'au regard des risques qu'elle comporte pour la santé des personnes et des précautions qu'elle nécessite pour en empêcher la survenance, la restriction de l'épilation au laser ou à la lumière pulsée « repose sur des raisons impérieuses d'intérêt général ».

La discussion, toutefois, ne s'arrête pas là. Si le caractère dangereux des pratiques soumises à examen ne fait guère de doute, encore faut-il déterminer les modalités de leur encadrement.

2° D'un encadrement souhaitable

La requête formulée par les demandeurs tendait à obtenir l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite par laquelle la ministre des solidarités et de la santé avait rejeté leur volonté d'obtenir l'abrogation du 5° de l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962 pris en application de l'article L.4161-1 du code de la santé publique au titre de l'interdit fondé sur l'exercice illégal de la médecine. Le Conseil d'État procède ainsi dans un premier temps à l'examen du texte litigieux en ce qu'il exclut l'aptitude du personnel non médical à pratiquer tout mode d'épilation « sauf les épilations à la pince ou à la cire ». Clairement, en l'espèce, il s'agissait de pratiques bien plus « sophistiquées ». Dans cette mesure, la question posée consistait à s'interroger sur la légitimité de cet aspect de la protection de la santé publique. L'arrêt étudié

12 - Cass. crim., 27 février 2018 RSC 2018 p. 483 observations P. Mistretta, [JDSAM 2018 n°20](#) p. 99 observations D. Jaafar, J. Laseraz ; Cass. crim., 29 janvier 2019 pourvoi n°16-85746

13 - Cass. crim., 13 septembre 2016 D.2017 p.2501 Droit pénal observations G. Roujou de Boubée RSC 2016 p.353 observations P. Mistretta, et p.760 observations Y. Mayaud, Dr. pénal 2016 comm. 153 observations P. Conte, J.Y Maréchal, Réflexions sur la complicité des délits non intentionnels Dr. pénal 2016 étude 27, JCP G 2016 act. 1039, F. Rousseau Lumières sur la complicité des délits d'imprudences JCP G 2016 1861; Cass. crim., 27 février 2018 RSC 2018 p. 483 observations P. Mistretta, [JDSAM 2018 n°20](#) p. 99 observations D. Jaafar, J. Laseraz précité

en admet le principe à l'issue d'une analyse sérieusement documentée.

Mais la difficulté majeure est sans doute ailleurs.

b) D'une exigence de liberté

La décision du Conseil d'État repose également, et peut-être surtout, sur un souci de cohérence. En d'autres termes, pour la Haute juridiction administrative, il est nécessaire de se reporter à l'ensemble du dispositif applicable à l'activité en cause. Or, de ce point de vue, une faille du système lui est apparu déterminante.

En d'autres termes, si l'intérêt général doit primer sur tout autre considération, encore faut-il que soit clairement établie la dangerosité du procédé en cause. Or, tel ne paraît pas être le cas en l'espèce. Le Conseil d'État procède à l'examen d'autres dispositions pour statuer en faveur des demandeurs.

La question résolue au regard du droit positif (1°) appelle néanmoins à l'avenir quelques changements (2°).

1° Du droit positif

Une fois intégrée à l'ensemble du dispositif aujourd'hui en vigueur, la mesure contestée ne se justifie guère. En effet, l'interdiction qu'elle comporte est contredite par des règles plus libérales inscrites ailleurs, en particulier dans le code de la santé publique. Dans ce contexte, un retour à la liberté s'impose, faute de certitude sur le bien-fondé de l'interdiction en cause.

Il résulte de cet arrêt la confirmation de solutions du droit positif. Le Conseil d'État s'appuie en effet sur le sort réservé en droit de l'Union européenne aux situations critiques mettant en jeu d'éventuelles restrictions à la liberté d'établissement et de prestation de services. Celles-ci ne peuvent logiquement être admises en réalité qu'à des conditions strictes, absentes en l'espèce. La mesure contestée n'apparaît pas s'appliquer de manière non discriminatoire, « ni propre à garantir de façon cohérente, la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent (...) ».

Dès lors, un retour à la liberté s'impose, au moins dans la mesure fixée parallèlement dans l'arrêt étudié.

2° De perspectives de changement

La leçon qu'il convient de retirer de l'arrêt étudié s'inscrit en vérité dans la durée. Il y est effectivement prévu et souhaité, malgré l'annulation de la mesure litigieuse, que la sauvegarde de la santé publique reprenne en quelque sorte ses droits (ou ses devoirs..). Sans même évoquer l'intervention du Conseil d'État, la ministre des solidarités et de la santé ne dit pas d'ailleurs autre chose¹⁴. En réponse à une question qui, on s'en souvient, lui avait été posée, elle fait état d'échanges en vue de l'adoption d'une nouvelle réglementation des pratiques d'épilation à la lumière pulsée, en particulier. Elle ajoute que le règlement européen du 5

14 - Question écrite n°21968 précitée

avril 2017 prévoit l'extension des exigences applicables aux dispositifs médicaux à certains appareils d'esthétique, parmi lesquels ceux impliqués dans le présent litige.

La vision « optimiste » des rapports de concurrence doit coexister avec d'autres. Il arrive en effet que la liberté prônée par les pouvoirs publics puisse être le cas échéant refoulée.

2. Santé et liberté refoulée

Comme dans les précédentes livraisons de cette rubrique, il convient ici de s'intéresser aux restrictions auxquelles, dans bon nombre d'hypothèses, les opérateurs de santé sont appelés à se heurter. Sans elles, l'exercice de la concurrence pourrait méconnaître les priorités définies par les textes et nuire aux intérêts du plus grand nombre.

Dans une perspective au fond assez classique, la liberté normalement autorisée est susceptible d'être refoulée en présence d'interdictions **(A)** ou de contrôles **(B)** appelés à jouer dans des hypothèses sensibles.

A. Hypothèses d'interdiction

La marge de manœuvre dont disposent les opérateurs économiques se heurte à des limites qui correspondent au mauvais exercice qu'ils peuvent faire dans des circonstances données. Au-delà d'hypothèses caractéristiques de pratiques anticoncurrentielles, au sens du code de commerce, il existe clairement d'autres prohibitions appelées à s'intégrer dans un dispositif adéquat.

Une fois connu le principe, il ne reste plus qu'à les identifier et en mesurer l'incidence dans le domaine de la santé. Les tribunaux ont eu ainsi à connaître de pratiques illicites de la vente en ligne de médicaments **(a)** et d'actes de concurrence déloyale **(b)**.

a) De pratiques illicites de la vente en ligne de médicaments

Au terme d'études et consultations approfondies, on le sait, il est apparu que la vente en ligne de médicaments offrait des débouchés utiles à tous. Son intégration dans le droit positif s'est ainsi opérée, sans toutefois négliger les dérives qui pouvaient en résulter. La crainte que l'on évoque ici est en réalité loin de constituer une hypothèse d'école. Malgré les « frontières » à ne pas franchir, des pratiques ont pu se développer en dehors du cadre fixé par les textes.

Parmi celles-ci figurent par exemple, dans la jurisprudence récente, des stratégies qui n'étaient pas d'emblée à l'abri de tout reproche. Ainsi, peut-on y inclure aujourd'hui des cas d'atteintes au droit de la santé **(1°)** ou au droit de la consommation **(2°)**.

1° D'atteintes au droit de la santé

La vente en ligne de médicaments élargit à l'évidence le cercle des concours appelés à y contribuer. Le législateur, pour cette raison, a imposé dans le code de la santé publique des dispositions liées aux risques de dérives inhérentes à un

mode de distribution plus élaboré que par le passé. Il revient ainsi aux tribunaux de vérifier la validité des « montages » opérés par les différents professionnels appelés à y contribuer.

Un arrêt de la Haute juridiction, d'ailleurs abondamment commenté, met en lumière la teneur des exigences à respecter en la matière¹⁵. Etait plus précisément en jeu une éventuelle méconnaissance du code de la santé publique consistant en l'entremise d'une plateforme électronique de vente de produits pharmaceutiques en ligne mise en place par la société Doctipharma (www.doctipharma.fr). Les juges avaient ainsi à se prononcer, à la demande de l'Union des groupements de pharmaciens d'officine, sur la nature et la contribution de la mise en relation litigieuse. La question pouvait (ou devait..) en effet se poser au regard du dispositif récemment institué par les pouvoirs publics pour encadrer le commerce électronique de médicaments.

Le risque de dérives, comme il a été maintes fois signalé, a conduit les pouvoirs publics à réserver leur autorisation à des structures dûment identifiées. Or, en l'espèce, il pouvait être reproché à la société Doctipharma d'avoir enfreint les règles posées par le code de la santé publique. Le débat tournait en vérité sur la portée des mesures réservant aux pharmaciens le monopole de la vente de médicaments, y compris par voie électronique, la pharmacie en ligne ne constituant au fond que le prolongement de l'officine « physique » proprement dite. Sur ce point, les points de vue des parties en présence ne pouvaient que diverger. Mais la thèse défendue par la société Doctipharma n'a pas été finalement retenue.

Au visa des articles L.5125 alinéa 2 et L.5125-26 du code de la santé publique, la Cour de cassation a conclu à l'illicéité de son rôle précis dans le circuit litigieux. En retenant sa qualité d'intermédiaire dans la mise en relation des officines et de la clientèle, il était raisonnablement exclu de valider son argumentaire.

D'autres hypothèses sont à prendre en considération, en dehors même des dispositions du code de la santé publique.

2° D'atteintes au droit de la consommation

Conçue et perçue comme une véritable source de progrès, la vente de médicaments sur Internet n'en appelle pas moins, dès l'origine, une vigilance pour ainsi dire de tous les instants. Si elle peut affecter les rapports entre professionnels du secteur concerné, elle peut également être nuisible en dehors de ce cercle. Un arrêt récent met en évidence les dérives susceptibles d'être reprochées à une plateforme en ligne pour le référencement quelque peu désordonné ou laxiste des officines de pharmacie

15 - Cass. com., 19 juin 2019 D. 2019 p.1394, D. 2019 p.2208 Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation observations S. Barbot, C.de Cabarrus, A.C Le Bras, Dalloz IP/IT 2019 p.709 note J. Huet, P. Xavier Chomiac de Sas, AJCA 2019 p.387 observations K. Magnier-Merran, Contrats, concurr. consomm. 2019 comm. 53 observations G. Loiseau, RLDI 2019 n°161 p.28, Rev. des contrats 2019 n°4 p.28 observations A. Danis-Fratome, RJDA 2019 n°9-10 p. 682

appelées à y figurer¹⁶. Aucun incident ne se serait sans doute produit si « L'annuaire des pharmacies françaises » mis en place dans ce cadre avait été élaboré au profit des seuls membres du réseau, avec la possibilité pour les clients de commander directement des produits auprès des officines partenaires. Mais, en dehors de toute autorisation, la liste incluait également les noms de pharmacies indépendantes appartenant à un réseau concurrent. Le promoteur de celui-ci et ses membres ont dès lors réagi contre cette initiative au travers de griefs liés à la violation de certaines règles du droit de la consommation.

L'arrêt étudié confirme l'ordonnance de référé rendue le 15 mars 2019 par le tribunal de commerce au titre d'une pratique déloyale, telle que définie par les articles L.121-1 et L.121-2 du code de la consommation. Après avoir établi la qualité de concurrents aux parties en conflit, la cour estime à son tour que sont établies les pratiques commerciales trompeuses et déloyales au sens des articles précités. Il est alors reproché à l'entreprise mise en cause d'avoir créé une confusion entre son réseau de pharmacies et celui de son adversaire « et induit le consommateur moyen tout en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, en l'incitant à finalement procéder à son achat auprès de ses pharmacies partenaires dont elle présente les produits ».

La prudence imposée dans les rapports entre professionnels de santé s'impose également dans un cadre distinct.

b) D'actes de concurrence déloyale

Le recours au droit commun de la responsabilité civile a vocation à jouer en différentes circonstances. Aux termes mêmes de l'article 1240 du code civil, il autorise la sanction d'une faute à l'origine du dommage subi par autrui. Au-delà du principe, l'essentiel, de toute évidence, reste à faire. Or, la définition de chacune des composantes prévues par le texte soumis à examen n'est pas en elle-même la tâche la plus aisée. Un inventaire d'actes prohibés par la loi a pu sans doute être dressé¹⁷. Mais il reste à le transposer à des cas concrets dont les tribunaux sont nécessairement saisis. Or, en certaines matières, la portée du grief de concurrence déloyale doit se mesurer à l'aune de principes auxquels il ne saurait être impunément dérogé.

La difficulté que l'on vient d'évoquer apparaît précisément dans un arrêt récent, rendu par la cour d'appel de Versailles le

12 novembre 2019¹⁸ sur renvoi après cassation¹⁹. Le contexte de cette affaire est connu. Il suffira sans doute ici de rappeler que les juges avaient à se prononcer sur la valeur, en droit de la concurrence, de la publication par voie électronique d'un article et d'un bulletin d'information mettant en cause l'innocuité d'un complément en vitamine D pour nourrissons. Il est vrai que le propos était particulièrement vif. L'Uvestérol y était en effet qualifié d'un complément « empoisonné pour vos enfants », « d'un complément inquiétant pour vos enfants » ou d'un « poison pour vos enfants ».

Mais il restait à établir son caractère fautif. L'arrêt de censure rendu par la Cour de cassation a placé le débat sur la recherche d'un compromis articulé autour de deux axes essentiels. En d'autres termes, il peut arriver que la liberté d'expression efface le caractère potentiellement illicite de la critique d'un produit. Sur renvoi, la cour d'appel de Versailles développe à son tour cette logique. Elle se réfère tant à l'exercice d'un droit (1°) qu'à l'absence de faute en l'espèce (2°).

1° De l'exercice d'un droit

Un bref retour en arrière s'impose. La Haute juridiction avait mis à mal, on s'en souvient, l'approche retenue jusqu'alors par les juges du fond. Il lui était en effet apparu insuffisant et inopérant de raisonner au regard du seul article 1382 du code civil, devenu 1240 du code civil. Comme il apparaît dans son visa, elle avait dès lors jugé nécessaire de lui associer l'influence de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il y a bien sûr beaucoup à dire de cette approche. Mais, pour aller à l'essentiel, il suffira d'insister sur la primauté donnée en l'espèce à la liberté d'expression consacrée par ce dernier texte. Dans un attendu de principe, elle a en effet quelque peu changé l'ordre des choses. Elle a en effet considéré que « même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre, peut constituer un acte de dénigrement ; que cependant, lorsque l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, cette divulgation relève du droit à la libre expression, qui inclut le droit de libre critique, et ne saurait dès lors, être regardée comme fautive, sous réserve qu'elle soit exprimée avec un certaine mesure ».

18 - CA Versailles, 12 novembre 2019 RG 18/06617

19 - Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018 [JDSAM 2018 n° 21](#) p. 113 et nos observations ; *adde* C. Bigot, Le dénigrement de produits placés dans l'orbite de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme D. 2018 p.310, Centre de droit de la concurrence Y. Serra, Concurrence interdite-Concurrence déloyale et parasitisme D.2018 p.2326, E. Dreyer, Droit de la presse D. 2019 p. 216, J. Raynaud, JCP G 2018 1042, JCP E 2018 1447 , P. Jourdain, Liberté d'expression et responsabilité civile : les conditions de l'effet justificatif du droit de critique en cas de dénigrement de produits et services RTDciv. 2018 p. 913, G. Lécuyer, L'unification du délit de dénigrement sous l'impulsion du droit européen à la liberté d'expression Légipresse 2018 n°365 p. 562 ; Centre de droit de la concurrence Y. Serra, Concurrence interdite-Concurrence déloyale et parasitisme D.2019 p.2374 ; comp. C. Bigot, Dénigrement et concurrence déloyale : vers un changement de paradigme D. 2019 p. 319

16 - CA Versailles, 7 novembre 2019 Propr. ind. 2020 comm. 5 observations J. Larrieu

17 - Cf. notamment M.A Frison-Roche, M.S Payet, Droit de la concurrence Paris Dalloz 2^{ème} éd. 2018 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, Rép. Dalloz Droit commercial Vo Concurrence déloyale, JCI Concurrence Consommation fasc. 240 Domaine de l'action en concurrence déloyale

La cour d'appel de renvoi reprend cette analyse. Elle considère à son tour que « quelle que soit l'éventualité d'une situation de concurrence entre les parties, la nécessité d'assurer une concurrence libre et loyale doit se concilier avec le droit à la liberté d'expression laquelle comporte la libre critique des produits (...) ». La formule n'est pas rigoureusement la même. Mais elle insiste sur la conduite à tenir dans les rapports de concurrence. A ce titre, l'arrêt se prolonge dans l'examen des modalités elles-mêmes de l'exercice de ce droit.

2° De l'absence de faute

Dans le contexte qui vient d'être évoqué, il restait à la cour de Versailles d'examiner au plus près le comportement de l'entreprise mise en cause par le laboratoire Crinex. Son analyse, dans le sillage des conclusions de la Haute juridiction, ne laisse en vérité rien au hasard.

En premier lieu, elle « cadre » le litige dans les termes qu'impose le respect des textes de référence. Il est clair, selon elle, que se présente en l'espèce un sujet sensible qui appelle « un niveau élevé de protection de la liberté d'expression » face à des propos qui relèvent d'un débat « d'intérêt général portant sur la santé publique ». La Cour de cassation lui avait d'ailleurs déjà tracé cette voie. Dès lors, la présence d'excipients chimiques dans la composition du produit en cause, dénoncée par le passé, autorisait la « presse » à s'en saisir et en faire état. Simplement, si l'on peut dire, les juges avaient à établir « la proportionnalité des propos litigieux au but poursuivi ».

En deuxième lieu, dans cette optique, la cour de Versailles se livre à un examen du sérieux de l'étude contestée. Elle retrace ainsi « l'historique » de la mise en cause du produit concerné. Elle relève également la convergence et le sérieux des investigations entreprises à la base. En dernière analyse, elle considère que « les articles litigieux reposaient sur une base factuelle suffisante ou en tout cas d'indices sérieux », étant précisé que « les propos litigieux, même sévères et de nature à susciter la polémique, ne sont pas disproportionnés par rapport au but légitime de leur éditeur, dans le cadre d'un débat général de santé publique ».

On peut sans doute s'étonner de la formulation de cet attendu. Confrontée à la prétendue rigueur scientifique des travaux réalisés par les différents intervenants, le risque de polémique ne devrait pas réellement être pris en compte. La vraie difficulté n'est pas tout à fait de cet ordre. Elle est liée, en amont, à une certaine conception de la rigueur intellectuelle des messages dont la presse se fait l'écho.

La définition des actes de concurrence déloyale révèle l'emprise notable d'interdictions dont le contour suit un ordre de priorités dans lequel la santé occupe une place de choix. D'autres obstacles existent en la matière.

B. Hypothèses de contrôle

Dans la logique de la sauvegarde des marchés, les textes imposent un contrôle des concentrations dans la mesure et

selon les modalités que rendent nécessaire les dangers dont elles sont potentiellement porteuses. Le secteur de la santé, comme il est régulièrement montré dans ces lignes, y est de toute évidence exposé. En 2019, l'industrie pharmaceutique avait précisément été le lieu de nombreuses transformations, pour des montants au demeurant particulièrement élevés²⁰.

Récemment, des opérations à plus ou moins grande échelle ont effectivement été soumises en la matière aux autorités compétentes. Leur étude permet de dégager concrètement les priorités à sauvegarder. Selon un schéma connu, le contrôle s'opère au sein de la Commission de l'Union européenne (1°) ou, en droit interne, de l'Autorité de la concurrence (2°)

a) Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

Le maintien d'une véritable concurrence au sein de l'Union européenne couvre un spectre très large d'activités économiques. Pour y parvenir, se sont d'emblée imposés les critères qui peuvent y concourir. A l'égard des opérations de concentration, il s'agit clairement de satisfaire une double obligation. D'un point de vue « quantitatif », au-delà de certains seuils, l'opération projetée ne saurait se faire en toute liberté. D'un point de vue « qualitatif », il en est de même, en considération des intérêts de la collectivité qui ne doit pas être privée de tout accès aux produits ou services de santé dont elle peut avoir besoin.

Dans ce contexte, les décisions les plus intéressantes à étudier sont celles rendues au terme d'un examen poussé des tenants et aboutissants des opérations les plus sensibles. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la Commission ne les autorise qu'à certaines conditions. Le rachat des activités biopharmaceutiques de GE Healthcare Life Sciences par Danaher (1°) et l'acquisition d'Allergan par AbbVie (2°) en sont de très bons exemples.

1° Du rachat des activités biopharmaceutiques de GE Healthcare Life Sciences Biopharma par Danaher²¹

La Commission était en l'espèce véritablement saisie d'un projet de concentration²² doté d'enjeux considérables. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter au seul descriptif de la notification tout d'abord transmise à la Commission²³. Il s'avère que Danaher et GE Biopharma opèrent toutes deux « dans le secteur des des produits et des services utilisés dans les industries des bioprocédés, tels que les produits technologiques à usage unique (bioréacteurs, mélangeurs ou connecteurs, les milieux et sérums pour la culture cellulaire, les microporteurs, ainsi que les produits pour la filtration et la chromatographie (...) ».

20 - Cf. Le Figaro, 14 janvier 2020 p.24

21 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 18 décembre 2019 IP/19/6809

22 - Affaire M.9331

23 - JOUE C -375 du 6 novembre 2019 p.28

La Commission, sensible à l'intérêt des patients, subordonne dès lors le rachat des activités biopharmaceutiques de GE Healthcare Life Sciences par Danaher à la cession par cette dernière entreprise d'un ensemble d'activités sur un certain nombre de marchés. Dans le cadre du processus d'approbation du futur acquéreur, « la Commission veillera à ce que la cession ne pose pas de problèmes de concurrence et à ce que les activités cédées constituent une force viable et concurrentielle ».

La prudence a également été de mise dans une autre perspective.

2° De l'acquisition d'Allergan par AbbVie²⁴

La Commission a également été saisie d'un important projet de concentration qui lui a été notifié le 12 novembre 2019²⁵. Il tendait à l'acquisition d'Allergan par AbbVie, mettant ainsi en présence deux entreprises pharmaceutiques actives dans le développement et la commercialisation de médicaments dans de grands domaines thérapeutiques²⁶. Pour situer les enjeux, Mme Marghrete Vestager, vice-présidente exécutive de la Commission, a tout d'abord mis en avant la nécessité de contribuer du mieux possible au traitement d'affections chroniques, telles les maladies inflammatoires de l'intestin, dont souffrent des millions de personnes. Elle a en outre procédé à l'examen méthodique des rapports de concurrence liés à la présence des deux entreprises intéressées. Son constat est dénué d'ambiguïté. : « L'opération aurait empêché la mise sur le marché d'un médicament prometteur, conduisant à un choix potentiellement moindre et à une hausse des prix pour les patients et les systèmes de santé ».

Dans ce contexte, l'autorisation de la Commission ne pouvait qu'être subordonnée à des mesures correctives appelées à jouer dans l'intérêt du plus grand nombre. AbbVie a proposé à cette fin « de céder le médicament d'Allergan en cours de développement, y compris les droits permettant son développement, sa fabrication et sa commercialisation à l'échelle mondiale, à un acquéreur qui poursuivra son développement ».

Des prises de position sur de futures opérations de concentration s'imposent également en droit interne.

b) Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

La surveillance des marchés est également prévue par des dispositions caractéristiques du code de commerce. L'Autorité de la concurrence est ainsi appelée à procéder au contrôle d'opérations de concentration dotées d'une certaine envergure. envisagées par les parties. La santé, comme il a été vu dans cette rubrique, est directement associée à une

24 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 10 janvier 2020 IP/20/23
 25 - JOUE C -392 du 19 novembre 2019 p. 12
 26 - Affaire M.9461

telle éventualité. Il est nécessaire d'y revenir dans ces lignes pour en constater la fréquence.

La question se pose au fond au regard de la sauvegarde tant des marchés de produits (1°) que de services de santé (2°).

1° De la sauvegarde de la concurrence entre produits de santé

Les opérations de concentration soumises à l'Autorité de la concurrence proviennent volontiers de changements initiés par les laboratoires pharmaceutiques. La réponse varie d'un cas à l'autre.

En premier lieu, interviennent des décisions d'emblée favorables à des opérations à l'abri de tout reproche. Il en est ainsi à l'égard d'une prise de contrôle exclusif de fonds de commerce actifs dans la fabrication sous contrat de produits pharmaceutiques finis, « lesquels sont définis de manière constante par l'Autorité de la concurrence²⁷. Telle a encore été la réponse pour une opération en perspective unissant deux groupes actifs dans la conception, la fabrication et la distribution de produits de santé et de bien-être²⁸.

En deuxième lieu, à l'inverse, il peut arriver que l'Autorité de la concurrence fasse part de réserves dans un contexte « agité ». Une certaine prudence s'impose en effet dans des secteurs où la qualité du fonctionnement concurrentiel est susceptible d'être, sinon mise directement en cause, du moins améliorée. Tel est le cas notamment du marché des audioprothèses dont l'Autorité s'était déjà saisie au travers d'une enquête s'y rapportant²⁹. Mais, au-delà d'une politique de santé publique, la question peut également se poser sous l'angle de situations individuelles. Dans ce cadre, l'Autorité a précisément été amenée à se prononcer sur le projet de rachat du distributeur de produits auditifs Audilab par le groupe Demant³⁰. Elle retrace tout d'abord l'historique des rapports noués dans le passé par les parties en présence. Puis elle resserre son analyse sur les caractéristiques de ce nouveau projet. A l'issue de cet examen, l'Autorité constate « que l'opération renforcera significativement la présence du groupe Demant sur le marché de la distribution au détail de produits d'aide auditive dans trois zones de chalandise ». Pour y remédier, le groupe Demant s'engage par anticipation

27 - Autorité de la concurrence, Décision 19-DCC-209 du 8 novembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de trois fonds de commerce de Famar, de Famar Montreal, et Famar Nederland par Delpharm Industrie à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

28 - Autorité de la concurrence, Décision 19-DCC-267 du 27 décembre 2019 relative au rachat de Iprad par Biocodex, à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr, décision susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat

29 - Autorité de la concurrence, Avis 16-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2016 n°14 p.10 avec nos observations

30 - Autorité de la concurrence, Notification en date du 10 octobre 2019 JDSAM 2019 n°24 p.86 avec nos observations ; Décision 19-DCC-244 du 11 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Audilab par le groupe William Demant à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr, décision susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat

à céder deux centres agréés et à ne pas acquérir pendant dix ans les centres auditifs dont il s'est séparé.

Les marchés de produits ne sont pas seuls à être visés par cette surveillance³¹.

2° De la sauvegarde de la concurrence entre établissements de santé

Le contrôle des concentrations met en jeu des considérations diverses. En toute hypothèse, la sauvegarde de tout marché s'y intègre au regard des dangers que présentent les velléités d'expansion de leurs acteurs. Il arrive clairement que les établissements de santé opèrent des choix susceptibles de poser des problèmes de concurrence. L'Autorité de la concurrence, on l'a vu dans cette rubrique, est dès lors appelée à se prononcer sur l'acceptabilité des projets de prise de contrôle dont elle est saisie. Deux décisions récentes témoignent de la régularité de son intervention.

Dans la première, était en cause le projet de prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et de la société Bonnefon-Carnot par le groupe Elsan³². L'opération consiste en « le rapprochement de deux opérateurs actifs notamment sur les marchés de l'offre de diagnostics » (point 6). L'Autorité de la concurrence, conformément aux dispositions des articles L.430-3 du code de commerce, « brasse » alors un ensemble d'éléments cohérents, d'ordre géographique, juridique ou comptable. Mais il lui paraît que les « preuves » fournies ne lui permettent pas de se prononcer dans l'immédiat. Elle se décide dès lors en faveur d'un examen approfondi.

Dans la seconde décision, l'Autorité de la concurrence avait à examiner la valeur de la prise de contrôle du groupe Mathilde Medical Développement par le groupe Vivalto Santé³³. A l'issue d'un examen minutieux des activités respectives de ces établissements et de l'état du marché à l'intérieur du périmètre concerné, l'Autorité donne son accord à l'opération dont elle avait été primitivement saisie.

Il est ainsi question, une fois encore, de laisser à l'ensemble des opérateurs une capacité d'initiative qui, sans être infinie, leur laisse néanmoins une marge de manœuvre apte à satisfaire leurs besoins. Quant aux instances de contrôle, elles agissent également dans l'intérêt d'un bien commun par définition à leur portée et bien compris.

Caroline Carreau

31 - Comp. Autorité de la concurrence, Décision 19-DCC-241 du 13 décembre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Clarins par le groupe L'Oréal à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

32 - Autorité de la concurrence, Décision n°19-DEX- 01 du 10 octobre 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Hexagone Santé Méditerranée et de la SCI Bonnefon-Carnot par le groupe Elsan à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

33 - Autorité de la concurrence, Décision n°19-DCC-261 du 20 décembre 2019 relative à la prise de contrôle du groupe Mathilde Medical Développement par le groupe Vivalto Santé à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr