

COUR DE CASSATION

Ch. Com.

13 octobre 2009

N° de pourvoi: 08-16972

Président : Mme FAVRE

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 7 mai 2008), rendu en référé, que la société Groupement d'achats des centres Edouard Leclerc (le Galec) a mené une campagne publicitaire portant sur le prix des médicaments non remboursés ; que cette campagne avait pour slogan principal "avec l'augmentation du prix des médicaments, soigner un rhume sera bientôt un luxe" et comportait un texte illustré du dessin d'un buste utilisé en bijouterie, présentant une parure composée de pilules et de gélules ; que la société Univers pharmacie a agi devant le juge des référés en interdiction de cette campagne ; que l'Union nationale des pharmacies de France (l'UNPF), l'Union syndicale des pharmaciens d'officine (l'USPO) et la société Directlabo sont intervenues à l'instance pour s'associer à ces demandes ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Univers pharmacie, l'UNPF, l'USPO et la société Directlabo font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs demandes, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se bornant à affirmer que la promotion de l'activité des parapharmacies ne comprendrait pas d'éléments trompeurs précis sans procéder à l'analyse des allégations mensongères reprochées et retenues par le premier juge, la cour d'appel a privé sa décision de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en appelant à la vente des médicaments déremboursés par les parapharmacies E. Leclerc propres à "juguler" leur renchérissement "spectaculaire", l'encart publicitaire litigieux fait la promotion au public des services de la parapharmacie E. Leclerc dont le Galec vante d'ailleurs la baisse des prix pratiqués sur la dermo-cosmétique et les compléments alimentaires ; qu'en se bornant à affirmer que cette promotion ne comporterait pas d'élément trompeur précis, sans rechercher si les allégations contestées qui étaient présentées à l'appui de l'appel susvisé, et qui étaient relatives à "l'expérience" supposée du Galec "dans le domaine de la santé", ainsi qu'aux prix supposés moins chers pratiqués en Italie, ne constituaient pas une pratique trompeuse pour le consommateur de services de parapharmacie, portant sur les qualités et les capacités invoquées par le professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 121-1 du code de la consommation, 1382 du code civil et 809 du code de procédure civile, ensemble l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ qu'en s'abstenant d'examiner si l'engagement de faire baisser les prix des médicaments de 25 % dans les parapharmacies E. Leclerc, dont le premier juge avait constaté le caractère

fallacieux, ne caractérisait pas une pratique trompeuse sur la qualité et les aptitudes professionnelles des parapharmacies E. Leclerc, dont la publicité, sur la baisse des prix qu'elles généraient, promouvait les services auprès du public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Mais attendu que l'arrêt retient que la campagne en cause valorise indirectement les activités de parapharmacie des magasins Leclerc, mais que, s'il a été discuté de la véracité de l'allégation selon laquelle la concurrence par les grandes surfaces apporterait un résultat bénéfique pour les consommateurs, une telle discussion restait ouverte, qu'il n'est pas possible de considérer a priori que l'allégation d'un effet bénéfique d'une ouverture à la concurrence est manifestement fausse et, à supposer même qu'il en soit ainsi, qu'une telle allégation fausse constitue automatiquement un acte illicite générateur d'un préjudice manifeste ; que, de ces constatations, la cour d'appel, qui a ainsi répondu, en les écartant, aux conclusions faisant état des divers griefs formulés par les parties demandresses, a pu déduire qu'il n'existait pas de trouble manifestement illicite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Univers pharmacie, l'UNPF, l'USPO et la société Directlabo font encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se bornant à relever que l'importance alléguée de l'augmentation du prix des médicaments était corroborée et qu'attribuer cette hausse aux seuls titulaires d'officine serait probablement faux, mais dans une proportion qui reste cependant à préciser, sans constater que l'exactitude du renchérissement allégué n'excluait pas l'existence d'un dénigrement et que celui-ci était en revanche caractérisé par son imputation totale à la seule distribution en pharmacie à l'encontre de laquelle le Galec entendait promouvoir le développement de ses parapharmacies, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à justifier l'infirmité du dénigrement constaté par le premier juge, en violation de l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ qu'en se bornant à relever que l'allégation réductrice d'un effet positif de la concurrence pour neutraliser l'augmentation du prix des médicaments n'était cependant pas un véritable dénigrement des titulaires d'officine, sans rechercher si l'affirmation fautive de l'absence de concurrence de la distribution des pharmacies, que le Galec opposait pour faire valoir la baisse des prix que sa concurrence aurait générée, ne caractérisait pas un dénigrement indirect faisant fallacieusement accroire que les parapharmacies E. Leclerc constituaient la seule concurrence permettant l'accessibilité des soins, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

3°/ qu'en décidant que la description agressive de la distribution du médicament décrite sous la forme d'un présentoir en forme de buste féminin en usage dans la joaillerie supportant une parure de comprimés et de gélules aurait été couverte par ce qui serait permis par l'expression humoristique tout en constatant qu'il ne s'agissait pas d'une publicité faite "pour rire", sans qu'une confusion soit possible avec la réalité, mais qu'elle avait pour objet de promouvoir un changement de législation et l'activité des parapharmacies E. Leclerc, dans le grave contexte, souligné par la publicité, du renchérissement "spectaculaire" du prix des médicaments et de l'évolution inquiétante des dépenses de santé, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

4°/ que, reproduite sous l'accroche "avec l'augmentation du prix des médicaments soigner un rhume sera bientôt un luxe", la description de la distribution des médicaments comme l'acte d'un joaillier constitue une dénonciation agressive qui la stigmatise comme tendant à exclure le plus grand nombre pour se réserver aux plus fortunés ; qu'en retenant que sa forme humoristique pourrait néanmoins exempter le dénigrement ainsi jeté par le Groupe E. Leclerc sur l'activité des pharmaciens au détriment desquels il entendait promouvoir l'activité de ses parapharmacies de nature, selon la suite de l'encart publicitaire à "juguler" l'inflation "spectaculaire" des médicaments résultant du monopole des pharmaciens, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

5°/ qu'en se bornant à relever que prises isolément l'augmentation alléguée du prix des médicaments, la photographie d'un collier de comprimés et l'allégation séductrice des effets bénéfiques de la concurrence, n'auraient pas été en elles-mêmes fautives sans rechercher, comme l'avait fait le premier juge, si le dénigrement n'était pas la résultante de l'ensemble des éléments concertés de la publicité imputant faussement la totalité de l'augmentation du prix des médicaments déremboursés à la seule distribution en pharmacie, qui se garderait de toute concurrence pour faire lucrativement des soins du quotidien un produit de luxe, à telle enseigne que ce serait les parapharmacies E. Leclerc qui provoqueraient une baisse des prix quand elles sont en concurrence avec les pharmacies, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

6°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions par lesquelles la société Directlabo, l'UNPF et l'USPO ont demandé la confirmation de l'ordonnance ayant constaté le trouble manifestement illicite qui résultait de la présentation fallacieuse de la réglementation applicable aux médicaments, que la publicité dénaturait pour faire croire qu'il suffirait d'installer dans les magasins E. Leclerc, un espace dédié à leur vente sous la surveillance d'un docteur en pharmacie, pour satisfaire à la réglementation incombant aux pharmaciens ; qu'elle a ainsi méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ qu'en déclarant sans portée la concurrence déloyale imputée au Galec en l'absence d'une concurrence de sa part dans la distribution des médicaments, qui n'était pas une condition de l'action lui reprochant l'exercice déloyal de son activité commerciale, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

8°/ qu'en se bornant à relever l'absence de concurrence effective des parties dans la distribution des médicaments, sans égard pour le fait que la publicité dénigrante du Galec vantait le développement des parapharmacies des magasins Leclerc, dont l'activité est concurrente de celle des pharmaciens, la cour d'appel a de plus fort violé les textes susvisés ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il importerait de préciser et de caractériser exactement ce qui constituerait un dénigrement, que l'allégation d'une hausse des médicaments qui ne sont plus remboursés est corroborée par la Commission des comptes de la sécurité sociale, et que la Mutualité française l'a effectivement chiffrée à 36 % pour 2006, qu'attribuer cette hausse aux seuls titulaires d'officines serait probablement inexact, mais dans une mesure qui reste cependant à préciser, que l'allégation d'un effet positif de la concurrence pour neutraliser les effets d'une telle hausse est probablement réductrice aussi, mais qu'il ne s'agit pas pour autant d'un véritable dénigrement des titulaires d'officines, et que l'image d'une parure faite de pilules et de gélules est sans doute d'une ironie un peu agressive, mais qu'elle ne dépasse pas

manifestement les limites de ce qui est permis en matière d'expression humoristique ; qu'en l'état de ces énonciations, c'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation que la cour d'appel, abstraction faite des motifs erronés, mais surabondants, visés aux deux dernières branches du moyen, a pu retenir qu'aucun des fondement assez imprécis allégués par les parties demanderesse ne caractérisait un trouble manifestement illicite ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne l'Union nationale des pharmacies de France, la société Directlabo, l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine et la société Univers pharmacie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Galec la somme globale de 2 500 euros, et rejette leur demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize octobre deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat de l'Union nationale des pharmacies de France, la société Directlabo, l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine et la société Univers pharmacie

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la S.A. UNIVERS PHARMACIE, la S.A. DIRECTLABO, l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE de l'ensemble de leurs demandes,

AUX MOTIFS QUE « même dans leur rédaction résultant de la loi du 3 janvier 2008, les articles L.121-1 et suivants du code de la consommation ne s'appliquent qu'aux pratiques commerciales, et spécialement aux publicités, que dans la mesure où elles visent à promouvoir la vente d'un bien ou d'un service effectivement proposés sur le marché » ; que « tel n'est pas le cas de la campagne organisée par le Groupe LECLERC, qui vise à réclamer le droit de vendre des médicaments non remboursables, avec la précision explicite que cette vente est actuellement impossible dans les grandes surfaces, et suppose implicitement un changement de législation, actuellement bien hypothétique » ; que « plutôt qu'une publicité, la communication du Groupe LECLERC est constitutive d'une sorte de propagande en faveur d'un changement de législation » ; que « cette campagne valorise indirectement les activités de parapharmacie effectuées dans les magasins LECLERC, mais qu'une telle valorisation ne comprend pas d'éléments trompeurs précis » ; qu'« il a été discuté de la véracité de l'allégation selon laquelle la concurrence par les grandes surfaces apporterait un résultat bénéfique pour les consommateurs » ; que « cependant une telle discussion reste effectivement ouverte, mais qu'il n'est pas possible de considérer a priori que l'allégation d'un effet bénéfique d'une ouverture à la concurrence est manifestement fausse et, à supposer même qu'il en soit ainsi, qu'une telle allégation fausse constitue automatiquement un acte illicite

générateur d'un préjudice manifeste » ; que « le débat reste ouvert et permis, et que la liberté d'expression est normalement de principe, rappel étant fait surabondamment qu'elle est effectivement garantie par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » (arrêt du 7 mai 2008, p. 4 § 9 et ss. et p. 5, § 1 et 2) ;

1°) ALORS QU'en se bornant à affirmer que la promotion de l'activité des parapharmacies ne comprendrait pas d'éléments trompeurs précis sans procéder à l'analyse des allégations mensongères reprochées et retenues par le premier juge, la cour d'appel a privé sa décision de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'en appelant à la vente des médicaments déremboursés par les parapharmacies E. LECLERC propres à « juguler » leur renchérissement « spectaculaire », l'encart publicitaire litigieux fait la promotion au public des services de la parapharmacie E. LECLERC dont la S.A. GALEC vante d'ailleurs la baisse des prix pratiqués sur la dermo-cosmétique et les compléments alimentaires ; qu'en se bornant à affirmer que cette promotion ne comporterait pas d'élément trompeur précis, sans rechercher si les allégations contestées qui étaient présentées à l'appui de l'appel susvisé, et qui étaient relatives à « l'expérience » supposée de la S.A. GALEC « dans le domaine de la santé », ainsi qu'aux prix supposés moins chers pratiqués en Italie, ne constituaient pas une pratique trompeuse pour le consommateur de services de parapharmacie, portant sur les qualités et les capacités invoquées par le professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.121-1 du code de la consommation, 1382 du code civil et 809 du code de procédure civile, ensemble l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme ;

3°) ALORS QUE, de même, en s'abstenant d'examiner si l'engagement de faire baisser les prix des médicaments de 25 % dans les parapharmacies E. LECLERC, dont le premier juge avait constaté le caractère fallacieux, ne caractérisait pas une pratique trompeuse sur la qualité et les aptitudes professionnelles des parapharmacies E. LECLERC, dont la publicité, sur la baisse des prix qu'elles généraient, promouvait les services auprès du public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la S.A. UNIVERS PHARMACIES, la S.A. DIRECTLABO, l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE de l'ensemble de leurs demandes,

AUX MOTIFS QUE « la société UNIVERS PHARMACIE et les intervenantes ont invoqué subsidiairement les articles 1382 et 1383 du code civil, pour sanctionner ce qu'ils qualifient de dénigrement, voire de diffamation » ; qu'« il importerait cependant de préciser et de caractériser exactement ce qui constitue un dénigrement » ; que « l'allégation d'une hausse des médicaments qui ne sont plus remboursés est corroborée par la Commission des comptes de la sécurité sociale, et que la Mutualité française l'a effectivement chiffrée à 36 % pour 2006 » ; qu'« attribuer cette hausse aux seuls titulaires d'officines serait probablement inexact, mais dans une mesure qui reste cependant à préciser » ; que « l'allégation d'un effet positif de la concurrence pour neutraliser les effets d'une telle hausse est probablement réductrice aussi, mais qu'il ne s'agit pas pour autant d'un véritable dénigrement des titulaires d'officines » ; que « l'image d'une parure faite de pilules et de gélules est sans doute d'une ironie un peu agressive, mais qu'elle ne dépasse pas manifestement les limites de ce qui est permis en

matière d'expression humoristique » ; que « l'allégation d'une concurrence déloyale est manifestement sans portée, puisqu'il n'y a précisément pas de concurrence en l'état actuel dans la distribution des médicaments au détail » ; qu'« au total, aucun des fondements assez imprécisément allégués par la société UNIVERS PHARMACIE et par les intervenantes ne caractérise effectivement un trouble manifestement illicite, susceptible de résulter de la communication organisée par le groupe LECLERC » ; qu'« il n'est pas permis aux juridictions d'arbitrer abstraitement des débats d'idées, en censurant des inexactitudes susceptibles d'être prononcées dans de tels débats, mais seulement de faire cesser des troubles manifestement illicites, et d'en organiser le cas échéant la réparation » ; qu'« il n'y a pas en l'état de trouble manifestement illicite, non plus que de conséquence dommageable nettement établie » ; (arrêt du 7 mai 2008, p. 5, § 3 à 12) ;

1°) ALORS QU'en se bornant à relever que l'importance alléguée de l'augmentation du prix des médicaments était corroborée et qu'attribuer cette hausse aux seuls titulaires d'officine serait probablement faux mais dans une proportion qui reste cependant à préciser, sans constater que l'exactitude du renchérissement allégué n'excluait pas l'existence d'un dénigrement et que celui-ci était en revanche caractérisé par son imputation totale à la seule distribution en pharmacie à l'encontre de laquelle la S.A. GALEC entendait promouvoir le développement de ses parapharmacies, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à justifier l'infirmité du dénigrement constaté par le premier juge, en violation de l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile, ensemble l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme ;

2°) ALORS QU'en se bornant à relever que l'allégation réductrice d'un effet positif de la concurrence pour neutraliser l'augmentation du prix des médicaments n'était cependant pas un véritable dénigrement des titulaires d'officine, sans rechercher si l'affirmation fautive de l'absence de concurrence de la distribution des pharmacies, que la S.A. GALEC opposait pour faire valoir la baisse des prix que sa concurrence aurait générée, ne caractérisait pas un dénigrement indirect faisant fallacieusement accroire que les parapharmacies E. LECLERC constituaient la seule concurrence permettant l'accessibilité des soins, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

3°) ALORS QU'en décidant que la description agressive de la distribution du médicament décriée sous la forme d'un présentoir en forme de buste féminin en usage dans la joaillerie supportant une parure de comprimés et de gélules aurait été couverte par ce qui serait permis par l'expression humoristique tout en constatant qu'il ne s'agissait pas d'une publicité faite « pour rire », sans qu'une confusion soit possible avec la réalité, mais qu'elle avait pour objet de promouvoir un changement de législation et l'activité des parapharmacies E. LECLERC, dans le grave contexte, souligné par la publicité, du renchérissement « spectaculaire » du prix des médicaments et de l'évolution inquiétante des dépenses de santé, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE, reproduite sous l'accroche « avec l'augmentation du prix des médicaments soigner un rhume sera bientôt un luxe », la description de la distribution des médicaments comme l'acte d'un joaillier constitue une dénonciation agressive qui la stigmatise comme tendant à exclure le plus grand nombre pour se réserver aux plus fortunés ; qu'en retenant que sa forme humoristique pourrait néanmoins exempter le dénigrement ainsi jeté par le Groupe E. LECLERC sur l'activité des pharmaciens au détriment desquels il entendait promouvoir l'activité de ses parapharmacies de nature, selon la suite de l'encart publicitaire à « juguler » l'inflation « spectaculaire » des médicaments résultant du monopole des pharmaciens, la cour

d'appel a violé les textes susvisés ;

5°) ALORS QU'en se bornant à relever que prises isolément l'augmentation alléguée du prix des médicaments, la photographie d'un collier de comprimés et l'allégation séductrice des effets bénéfiques de la concurrence, n'auraient pas été en elles-mêmes fautives sans rechercher, comme l'avait fait le premier juge, si le dénigrement n'était pas la résultante de l'ensemble des éléments concertés de la publicité imputant faussement la totalité de l'augmentation du prix des médicaments déremboursés à la seule distribution en pharmacie, qui se garderait de toute concurrence pour faire lucrativement des soins du quotidien un produit de luxe, à telle enseigne que ce serait les parapharmacies E. LECLERC qui provoqueraient une baisse des prix quand elles sont en concurrence avec les pharmacies, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

6°) ALORS QUE la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions par lesquelles la société DIRECTLABO, l'UNPF et l'USPO ont demandé la confirmation de l'ordonnance ayant constaté le trouble manifestement illicite qui résultait de la présentation fallacieuse de la réglementation applicable aux médicaments, que la publicité dénaturait pour faire croire qu'il suffirait d'installer dans les magasins E. LECLERC, un espace dédié à leur vente sous la surveillance d'un docteur en pharmacie, pour satisfaire à la réglementation incombant aux pharmaciens ; qu'elle a ainsi méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°) ALORS QU'en déclarant sans portée la concurrence déloyale imputée à la S.A. GALEC en l'absence d'une concurrence de sa part dans la distribution des médicaments, qui n'était pas une condition de l'action lui reprochant l'exercice déloyal de son activité commerciale, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

8°) ALORS, subsidiairement, QU'en se bornant à relever l'absence de concurrence effective des parties dans la distribution des médicaments, sans égard pour le fait que la publicité dénigrante de la S.A. GALEC vantait le développement des parapharmacies des magasins LECLERC, dont l'activité est concurrente de celle des pharmaciens, la cour d'appel a de plus fort violé les textes susvisés.