

# **Affaire *Publicité et vente de médicaments en ligne* (C-649/18, A)\* : la libéralisation de la publicité pour les professionnels de santé se poursuit**

*AUGUSTIN CHAPUIS-DOPPLER\*\* et VINCENT DELHOMME\*\*\**

*Par son arrêt C-649/18, A (Publicité et vente de médicaments en ligne), la Cour de justice étend la portée de la directive 2000/31 relative aux services de la société de l'information, poursuivant ainsi le mouvement de libéralisation de la vente en ligne de médicaments et de la publicité réalisées par les professionnels de santé qu'elle avait initié. Ce faisant, elle ajoute une pierre à son édifice jurisprudentiel relatif aux services mixtes, qui revêt une signification particulière à l'heure du développement de l'économie des plateformes. En se montrant relativement indulgente vis-à-vis de la réglementation française relative à la publicité des officines en cause, la Cour fait la part belle au dialogue des juges, au risque de relâcher le contrôle de la proportionnalité des mesures nationales constituant une entrave aux libertés de circulation.*

## **I. – Introduction**

La Cour de justice (ci-après « la Cour ») a fortement contribué, par sa jurisprudence, au développement de la vente en ligne de médicaments en Europe. Dès 2003, elle a jugé que le droit de l'Union s'opposait à une réglementation nationale interdisant la vente en ligne de médicaments à prescription médicale facultative<sup>1</sup>, conduisant alors le législateur européen à amender la directive 2001/83, dite « code communautaire relatif aux médicaments à usage humain », afin d'imposer aux États membres de « veill[e] à ce que les médicaments soient offerts à la vente à distance

\* C.J.U.E., arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2020 (*Publicité et vente de médicaments en ligne*), C-649/18, A, EU:C:2020:764.

\*\* Référendaire à l'Autorité de la Concurrence et chargé d'enseignement à l'Institut Catholique de Paris, [augustin.chapuis-doppler@autoritedelaconcurrence.fr](mailto:augustin.chapuis-doppler@autoritedelaconcurrence.fr).

\*\*\* Doctorant à l'UCLouvain, [vincent.delhomme@uclouvain.be](mailto:vincent.delhomme@uclouvain.be).

<sup>1</sup> C.J.U.E., arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664.

au public au moyen [d’Internet] »<sup>2</sup>. Elle a, par ailleurs, considéré qu’une réglementation nationale interdisant, de manière générale et absolue, toute publicité relative à des prestations de soins bucco-dentaires était disproportionnée<sup>3</sup>, consacrant ainsi la possibilité pour de nombreux professionnels de santé, dont les pharmaciens, de promouvoir leur activité.

En dépit de l’assouplissement du cadre réglementaire national initié par cette jurisprudence, le marché français de la vente en ligne de médicaments reste atone. En 2018, seuls 2% environ des officines françaises disposaient d’un site de vente en ligne autorisé<sup>4</sup>. En outre, les ventes en ligne ne représentaient que 1% environ des ventes totales de médicaments de prescription médicale facultative en France<sup>5</sup>. Selon l’Autorité de la concurrence, ceci s’explique notamment par le caractère disproportionné de la réglementation en vigueur<sup>6</sup>, qui est au cœur de la présente affaire.

En l’espèce, une pharmacie établie aux Pays-Bas a promu, en France, ses activités de vente en ligne de médicaments en accordant des rabais au-delà d’une certaine quantité achetée ainsi qu’en recourant à l’asilage<sup>7</sup>, à l’envoi de courriers publicitaires et à un référencement payant. Elle s’est alors vue attirer devant le tribunal de commerce de Paris par plusieurs pharmaciens français, selon lesquels elle ne respectait pas la réglementation applicable à la vente en ligne de médicaments en France.

Cette juridiction a estimé que la pharmacie en cause avait sollicité la clientèle française par des moyens indignes de la profession de pharmacien, en violation des articles R. 4235-22 et R. 4235-64 du code de la santé publique, dont la proportionnalité à la poursuite d’un objectif de protection de la santé publique a opposé les parties en appel. La cour d’appel de Paris a alors sursis à statuer et renvoyé à la Cour une question préjudicielle concernant la conformité à l’article 34 TFUE et aux directives 2001/83

<sup>2</sup> Article 85<sup>quarter</sup> de la directive 2001/83 du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*J.O.*, 2001, L 311, p. 67), telle que modifiée par la directive 2011/62 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l’introduction dans la chaîne d’approvisionnement légale de médicaments falsifiés (*J.O.*, 2011, L 174, p. 74).

<sup>3</sup> C.J.U.E., arrêt du 4 mai 2017, *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335 et C.J.U.E., ordonnance du 23 octobre 2018, *Conseil départemental de l’ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne*, C-296/18, EU:C:2018:857. Voy. aussi, s’agissant de la publicité des professions de santé, les arrêts du 12 septembre 2013, *Konstantinides*, C-475/11, EU:C:2013:542 et du 17 juillet 2008, *Corporación Dermoesética*, C-500/06, EU:C:2008:421.

<sup>4</sup> Contre 15% en Allemagne, par exemple ; voy. Autorité de la concurrence, avis n° 19-A-08 du 4 avril 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée, p. 58.

<sup>5</sup> Alors qu’elles totalisaient environ 14% de ces ventes en Allemagne ; *ibidem*, p. 60.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>7</sup> Méthode publicitaire consistant à insérer des prospectus publicitaires dans les colis de sociétés non concurrentes.

et 2000/31<sup>8</sup> (la directive dite « e-commerce ») de réglementations nationales applicables aux pharmaciens, prévoyant :

- i. une interdiction de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession<sup>9</sup>, interprétée par le tribunal de commerce de Paris comme interdisant la distribution « massive » de courriers postaux et de tracts à des fins publicitaires, en dehors des officines ;
- ii. une interdiction d'inciter ses patients à une consommation abusive de médicaments<sup>10</sup>, interprétée par le tribunal de commerce de Paris comme interdisant de faire des offres promotionnelles visant à octroyer un rabais sur le prix global de la commande de médicaments lorsqu'il dépasse un certain montant ;
- iii. une obligation d'insérer un questionnaire de santé dans le processus de commande de médicaments en ligne<sup>11</sup> ; et
- iv. une interdiction de recourir au référencement payant dans des moteurs de recherche et des comparateurs de prix<sup>12</sup>.

L'Union Des Groupements de Pharmaciens d'Officine (UDGPO) a qualifié l'arrêt rendu par la Cour le 1<sup>er</sup> octobre 2020 dans cette affaire de « très grande victoire pour la pharmacie française »<sup>13</sup>. Cette affirmation mérite d'être nuancée. Certes, la Cour fait preuve d'une certaine bienveillance à l'égard de la réglementation française lorsqu'elle se prononce sur sa proportionnalité à la poursuite de l'objectif de protection de la santé publique (III). Néanmoins, elle étend le principe du pays d'origine, consacré par la directive 2000/31, à la publicité physique réalisée par une pharmacie établie dans un autre État membre pour promouvoir son activité de vente en ligne de médicaments. Par ailleurs, elle indique que la cour d'appel de Paris devra déclarer la réglementation française en cause inopposable à cette pharmacie s'il est confirmé que le gouvernement français n'a pas procédé à sa notification au titre de la directive 2000/31 (II).

<sup>8</sup> Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») (*J.O.*, 2000, L 178, p. 1).

<sup>9</sup> Article R. 4235-22 du code de la santé publique.

<sup>10</sup> Article R. 4235-64 du code de la santé publique.

<sup>11</sup> Arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières, mentionnées à l'article L. 5121-5 du code de la santé publique, *J.O.R.F.*, n° 0279 du 1<sup>er</sup> décembre 2016.

<sup>12</sup> Arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites Internet de commerce électronique de médicaments prévues à l'article L. 5125-39 du code de la santé publique, *J.O.R.F.*, n° 0279 du 1<sup>er</sup> décembre 2016.

<sup>13</sup> Communiqué de l'UDGPO, « L'UDGPO obtient un arrêt de la Cour de justice européenne protégeant le modèle de la pharmacie française », 2 octobre 2020, <https://toute-la.veille-acteurs-sante.fr/157867/ludgpo-obtient-un-arret-de-la-cour-de-justice-europeenne-protectant-le-modele-de-la-pharmacie-francaise-communique/>.

## II. – Une interprétation de la directive e-commerce favorable aux officines étrangères

Dans cette affaire, la Cour juge que le principe du pays d'origine consacré par la directive 2000/31 est susceptible de bénéficier à certains services physiques d'opérateurs qui prestent également des services électroniques (A) et rappelle les conséquences juridiques du non-respect des obligations procédurales incombant aux États membres qui souhaitent déroger à ce principe, sans pour autant les clarifier (B).

### A. – UNE EXTENSION DE LA PORTÉE DU PRINCIPE DU PAYS D'ORIGINE

La directive 2000/31 a pour objectif d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information (ci-après les « SSI »)<sup>14</sup>. Elle consacre, à ce titre, un principe du pays d'origine, selon lequel les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant de son domaine coordonné, restreindre la libre circulation de tels services en provenance d'un autre État membre<sup>15</sup>. Ce domaine coordonné couvre les exigences qu'un opérateur économique doit satisfaire pour pouvoir prêter ces services, notamment celles « portant sur [son] comportement [...], la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat »<sup>16</sup>.

Dès lors que la Cour avait déjà jugé que la vente en ligne de dispositifs médicaux<sup>17</sup> et la publicité en ligne<sup>18</sup> sont respectivement susceptibles de constituer un SSI, il ne faisait guère de doute que relevaient du domaine coordonné non seulement les réglementations nationales obligeant les pharmaciens à conditionner le passage d'une commande en ligne au remplissage d'un questionnaire, mais également celles encadrant la publicité en ligne des officines. En revanche, comme l'illustrent les conclusions de l'avocat général Øe dans la présente affaire, plusieurs éléments, tels que le libellé des dispositions de la directive 2000/31 et l'arrêt *Ker-Optika*, laissaient à penser que la publicité des officines effectuée au moyen de supports physiques était exclue de ce domaine. Cette exclusion semblait d'autant plus justifiée, selon l'avocat général

<sup>14</sup> La définition d'un SSI peut être trouvée à l'article 1<sup>er</sup>, premier alinéa, point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (*J.O.*, 1998, L 204, p. 37), telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998 (*J.O.*, 1998, L 217, p. 18).

<sup>15</sup> Article 3, paragraphe 2, de la directive 2000/31.

<sup>16</sup> Point i) de l'article 2, sous h), de la directive 2000/31. Ces exigences incluent la publicité en ligne ; voy. le considérant 21 de la directive 2000/31, les conclusions de l'avocat général Øe présentées le 27 février 2020, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, C-649/18, EU:C:2020:134, points 104 et 138, et l'arrêt de la Cour dans cette affaire, point 53.

<sup>17</sup> C.J.U.E., arrêt du 2 décembre 2010, *Ker Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725 point 28.

<sup>18</sup> C.J.U.E., arrêt *Vanderborcht* précité, point 37.

Oe, que l'envoi de prospectus publicitaires est dissociable de « l'événement futur et hypothétique que constitue la vente en ligne »<sup>19</sup>.

À rebours de ces conclusions, la Cour juge qu'une activité de publicité pour un service de vente en ligne constitue un « élément accessoire et indissociable » de ce service, indépendamment du support physique ou électronique au moyen duquel elle s'effectue, et relève, à ce titre, du domaine coordonné<sup>20</sup>. Elle précise que la publicité « tire tout son sens économique »<sup>21</sup> du service de vente en ligne et qu'il serait artificiel de considérer que seule la publicité effectuée en ligne relève du domaine coordonné<sup>22</sup>.

Cet arrêt fait ainsi doublement écho aux conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Elite Taxi*, relative au service UberPop, qui indiquaient, d'une part, qu'il convient de déterminer l'élément qui donne son sens économique à un service mixte lorsque le prestataire du service fourni par voie électronique est également le prestataire du service qui n'est pas fourni par cette voie<sup>23</sup> et, d'autre part, que distinguer entre un service électronique et un service physique revêtirait un caractère artificiel dans le cas où ces deux services seraient fortement liés entre eux et fournis par le même prestataire<sup>24</sup>. Pour cette raison, il s'inscrit dans le courant jurisprudentiel de la Cour relatif à la classification, au regard de la directive 2000/31, des services mixtes, c'est-à-dire des services qui sont prestés en partie seulement par voie électronique<sup>25</sup>.

Il se démarque toutefois des autres arrêts de ce courant en ce qu'il considère que le service mixte composé d'une prestation publicitaire réalisée notamment par des moyens physiques et d'une prestation de vente en ligne relève, dans son intégralité, du domaine coordonné. Dans les affaires *Ker-Optika*, *Airbnb Ireland* et *Star Taxi App*, la Cour a jugé que seule la composante du service mixte prestée par voie électro-

<sup>19</sup> Conclusions de l'avocat général Oe, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, points 47 à 49. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Szpunar présentées le 11 mai 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, EU:C:2017:364, point 87, qui avaient également manifesté une certaine défiance à l'égard de l'application de la directive 2000/31 à des services qui ne sont pas fournis par voie électronique, même s'ils étaient indissociablement liés à un service électronique, compte tenu du libellé explicite de cette directive.

<sup>20</sup> C.J.U.E., arrêt de la Cour, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, point 59.

<sup>21</sup> *Ibidem*, point 56 ; il convient toutefois de relever que, dans sa version anglaise, l'arrêt a recours à la formule : « which is its main economic activity », dont la signification semble différente.

<sup>22</sup> *Ibidem*, point 57.

<sup>23</sup> Conclusions de l'avocat général Szpunar, *Asociación Profesional Elite Taxi*, points 35, 64 et 90.

<sup>24</sup> *Ibidem*, point 88. Dans ses conclusions, l'avocat général se référerait à l'affaire *Ker-Optika*, relative à la vente de dispositifs médicaux en ligne, points 29 et s.

<sup>25</sup> Voy. C.J.U.E., arrêt *Ker Optika*, précité, et les arrêts du 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/17, EU:C:2017:981 et du 19 décembre 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112 ; voy. aussi A. CHAPUIS-DOPPLER et V. DELHOMME, « Regulating Composite Platform Economy Services: The State-of-play After Airbnb Ireland », *European Papers*, 2020, vol. 5, n° 1, pp. 411-428.

nique relevait dudit domaine<sup>26</sup> et dans les affaires *Elite Taxi* et *Uber France*, la Cour a considéré que le service mixte UberPop y échappait<sup>27</sup>. Ainsi, jusqu'à présent, la Cour a uniquement dérogé à l'application stricte des dispositions applicables à chaque composante du service examiné, pour exclure du domaine coordonné le service global UberPop dans son entièreté, contre la libéralisation partielle duquel l'avocat général Szpunar l'avait mise en garde<sup>28</sup>. Par le présent arrêt, la Cour a, pour la première fois, fait entrer dans le domaine coordonné un service physique qui, par principe, n'en relevait pas.

Cet arrêt implique qu'un État membre qui souhaite réguler les prestataires étrangers actifs sur son territoire doit respecter les conditions substantielles et procédurales de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 s'agissant non seulement des SSI mais également de tout service physique « accessoire et indissociable » de tels services. Il est donc permis de s'interroger, à sa suite, sur les limites exactes du champ d'application de la directive 2000/31.

#### B. — DES INCERTITUDES PERSISTANTES S'AGISSANT DES OBLIGATIONS PROCÉDURALES QUI INCOMBENT AUX ÉTATS MEMBRES

En vertu de l'article 3, paragraphe 4, sous b), de la directive 2000/31, les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation d'un service donné, relevant du domaine coordonné, à condition qu'ils aient, d'une part, demandé à l'État membre sur le territoire duquel le prestataire du service visé est établi de prendre des mesures, sans que celui-ci n'en ait pris ou que les mesures adoptées se soient avérées suffisantes, et, d'autre part, qu'ils aient notifié leur intention de prendre des mesures restrictives à la Commission et à l'État membre concerné. Depuis l'arrêt *Airbnb Ireland*, le non-respect de cette obligation procédurale est sanctionné par l'inopposabilité des mesures nationales concernées aux particuliers<sup>29</sup>.

Dans la présente affaire, l'avocat général Øe proposait à la Cour de juger qu'une notification au titre de la directive 2015/1535 ne peut se substituer à celle prescrite par la directive 2000/31<sup>30</sup>. Selon lui, un État membre souhaitant réguler les SSI offerts sur son territoire depuis un autre État membre devrait, dans un premier temps, notifier à la Commission son projet de réglementation au titre de la directive 2015/1535, afin qu'elle puisse évaluer, en amont de son adoption, sa

<sup>26</sup> C.J.U.E., arrêts *Ker Optika*, précité, points 40-41, *Airbnb Ireland*, précité, point 52 et du 3 décembre 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980.

<sup>27</sup> C.J.U.E., arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi* précité, point 40 et arrêt du 10 avril 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221, point 22.

<sup>28</sup> Conclusions de l'avocat général Szpunar, *Asociación Profesional Elite Taxi*, point 31.

<sup>29</sup> C.J.U.E., arrêt *Airbnb Ireland*, précité, point 96.

<sup>30</sup> Conclusions de l'avocat général Øe, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, point 117.

conformité au droit de l'Union, puis, dans un second temps, remplir les conditions précitées prévues par l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31 pour pouvoir appliquer sa réglementation dans un cas concret<sup>31</sup>.

La Cour se contente de citer son arrêt *Airbnb Ireland*<sup>32</sup> et n'évoque pas les conséquences qu'il convient de tirer de la notification de certaines des dispositions en cause au titre de la directive 2015/1535. Elle laisse ainsi ouvertes les questions qui avaient émergées à la suite de cet arrêt<sup>33</sup>. Les débats sur cette question éminemment technique, d'une importance cruciale pour déterminer les dispositions nationales applicables aux services électroniques, se poursuivront donc probablement devant la cour d'appel de Paris, à qui il incombera de vérifier si le gouvernement français a bien procédé à la notification de la réglementation en cause au titre de la directive 2000/31.

### III. – Une appréciation déférente de la réglementation française encadrant la vente en ligne de médicaments

La libéralisation de la publicité physique des officines étrangères vendant des médicaments par Internet s'accompagne, en contrepoint, d'un contrôle timoré de la justification et de la proportionnalité des mesures nationales en cause (A), et d'une exigence revue à la baisse en matière probatoire (B).

#### A. – UN CONTRÔLE DE LA JUSTIFICATION ET DE LA PROPORTIONNALITÉ FAVORABLE À L'OBJECTIF DE PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

Dans la présente affaire, la Cour indique que les conditions de nécessité et de proportionnalité prévues par l'article 3, paragraphe 4, sous a), de la directive 2000/31 « recoupent largement » celles au respect desquelles est subordonnée toute entrave aux libertés garanties par les articles 34 et 56 TFUE<sup>34</sup>. Elle indique alors, à l'instar de son avocat général<sup>35</sup>, qu'il convient d'interpréter ces conditions à la lumière de la jurisprudence relative à ces articles du traité<sup>36</sup>.

Logiquement, la Cour accepte donc d'appliquer plusieurs raisons impérieuses d'intérêt général rattachables à l'objectif de protection de la santé publique qu'elle a admises dans sa jurisprudence : la prévention d'une consommation excessive

<sup>31</sup> *Ibidem*, points 118-119.

<sup>32</sup> C.J.U.E., arrêt *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, précité, point 42.

<sup>33</sup> Voy. A. CHAPUIS-DOPPLER et V. DELHOMME, « A regulatory conundrum in the platform economy, case C-390/18 *AirbnbIreland* », *European Law Blog*, 12 février 2020.

<sup>34</sup> C.J.U.E., arrêt *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, précité, point 64.

<sup>35</sup> Conclusions de l'avocat général Oe, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, point 122.

<sup>36</sup> C.J.U.E., arrêt *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, précité, point 64.

ou inappropriée de médicaments<sup>37</sup>, l'objectif d'assurer la délivrance d'un conseil personnalisé au patient en vue de le protéger contre une utilisation inappropriée de médicaments<sup>38</sup>, l'objectif d'assurer un approvisionnement de la population en médicaments sûr et de qualité sur le territoire national<sup>39</sup> et, enfin, l'objectif de protection de la dignité d'une profession réglementée<sup>40</sup>, qui ressort notamment de l'article 8 de la directive 2000/31.

La Cour rappelle, par ailleurs, sa jurisprudence constante selon laquelle « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité FUE et [...] il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint »<sup>41</sup>, et se montre, comme dans de nombreux autres arrêts en matière de santé publique<sup>42</sup>, déférente à l'égard de la réglementation nationale en cause.

S'agissant de l'obligation de faire remplir un questionnaire de santé par le client, la Cour reconnaît « que certains risques s'attachent [...] à l'utilisation de médicaments non soumis à prescription médicale »<sup>43</sup>, et rejette de façon convaincante les arguments de la pharmacie néerlandaise relatifs à l'existence d'autres mesures moins restrictives<sup>44</sup>, confirmant ainsi la conformité de cette obligation au droit de l'Union.

S'agissant de l'interdiction de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession, la Cour fait droit à l'argument du gouvernement espagnol, selon lequel « une campagne de publicité massive et intensive » présente un risque d'assimilation des médicaments à des biens de consommation ordinaires et véhicule une image commerciale et mercantile de la profession de pharmacien<sup>45</sup>. Ceci étant, en application de l'arrêt *Vanderborght*, elle précise que cette interdiction serait disproportionnée si elle devait empêcher le pharmacien d'effectuer « une quelconque publicité en dehors de son officine, quel qu'en soit le support ou l'ampleur »<sup>46</sup>.

S'agissant de l'interdiction d'inciter les patients à une consommation abusive de médicaments, la Cour reconnaît que des offres promotionnelles pourraient « inciter

<sup>37</sup> *Ibidem*, points 79 -80 et jurisprudence citée.

<sup>38</sup> *Ibidem*, points 92-95 et jurisprudence citée.

<sup>39</sup> *Ibidem*, points 107-108 et jurisprudence citée.

<sup>40</sup> *Ibidem*, points 66-68 et jurisprudence citée.

<sup>41</sup> *Ibidem*, point 71, et jurisprudence citée.

<sup>42</sup> Voy. la recension d'E. BROSSET, « La justification aux entraves aux libertés pour des raisons de protection de la santé », in E. BROSSET (éd.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 104-109.

<sup>43</sup> C.J.U.E., arrêt *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, précité, point 94.

<sup>44</sup> *Ibidem*, points 98-101.

<sup>45</sup> *Ibidem*, points 69-70.

<sup>46</sup> *Ibidem*, points 72-74.

AFFAIRE PUBLICITÉ ET VENTE DE MÉDICAMENTS EN LIGNE (C-649/18, A)

les intéressés à acheter et, le cas échéant, à surconsommer des médicaments » et juge donc la mesure apte à garantir l’objectif de protection de la santé publique<sup>47</sup>. Elle pose toutefois comme condition qu’une telle interdiction soit « suffisamment encadrée », notamment qu’elle ne concerne pas les produits parapharmaceutiques<sup>48</sup>, pour les justes raisons exposées par l’avocat général Øe<sup>49</sup>.

La Cour laisse donc le soin à la juridiction de renvoi de vérifier que la première interdiction n’empêche pas « une quelconque publicité » et que la seconde est « suffisamment encadrée ». Toutefois, contrairement à d’autres arrêts en matière de santé publique vérifiant la cohérence et de la systématique des mesures nationales en cause<sup>50</sup>, le présent arrêt guide assez peu, par ces formules générales, l’analyse de la proportionnalité qui incombera, en définitive, à la juridiction de renvoi<sup>51</sup>.

Cette approche qui fait la part belle au dialogue des juges s’explique peut-être par l’ampleur des conséquences que pourrait avoir cette affaire sur la réglementation des professions de la santé en France, si elle devait confirmer l’interprétation de l’Autorité de la concurrence selon laquelle « les notions, peu précises, de “solicitation de clientèle” et de “dignité de la profession” ont conduit les instances ordinales à sanctionner tout type de publicité [...] [et] aboutissent, en l’état actuel de la jurisprudence, à interdire en pratique aux pharmaciens de communiquer sur leur offre de produits, leurs prix, leur officine et leurs services »<sup>52</sup>.

B. — UNE EXIGENCE ALLÉGÉE EN MATIÈRE DE PREUVE

Le présent arrêt s’inscrit également à rebours d’une jurisprudence récente de la Cour, qui a renforcé le standard de preuve exigé lors du contrôle de la proportionnalité des mesures nationales restreignant les libertés de circulation consacrées par le TFUE<sup>53</sup>.

Dans l’arrêt *Deutsche Parkinson*, qui étend la portée de l’arrêt de référence *Scotch Whisky*<sup>54</sup>, la Cour a ainsi énoncé que « lorsqu’elle examine une réglementation

<sup>47</sup> *Ibidem*, point 81.

<sup>48</sup> *Ibidem*, point 84.

<sup>49</sup> Conclusions de l’avocat général Øe, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, point 99.

<sup>50</sup> C.J.U.E., arrêt du 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, C-333/14, EU:C:2015:845, points 37-38.

<sup>51</sup> À comparer avec l’approche plus stricte adoptée par exemple dans les arrêts du 5 juin 2007, *Rosengren e.a.*, C-170/04, EU:C:2007:313 et du 12 novembre 2015, *Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751.

<sup>52</sup> Autorité de la concurrence, avis n° 19-A-08 du 4 avril 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée, p. 94.

<sup>53</sup> O. BARTLETT et A. MACCULLOCH, « Evidence and Proportionality in Free Movement Cases: The Impact of the Scotch Whisky Case », *European Journal of Risk Regulation*, 2020, vol. 11, n° 1, pp. 109-130.

<sup>54</sup> C.J.U.E., arrêt *The Scotch Whisky Association*, précité, points 51-65.

nationale au regard de la justification relative à la protection de la santé et de la vie des personnes, au sens de l'article 36 TFUE, une juridiction nationale est tenue d'examiner de manière objective, à l'aide des données statistiques, ponctuelles ou par d'autres moyens, si les éléments de preuve fournis par l'État membre concerné permettent raisonnablement d'estimer que les moyens choisis » sont proportionnés à l'objectif poursuivi<sup>55</sup>. De même, dans l'arrêt *B S et C A (Commercialisation du cannabidiol – CBD)*, la Cour a précisé qu'il « incombe aux autorités nationales [...] de démontrer dans chaque cas d'espèce, compte tenu des résultats de la recherche scientifique internationale, que leur réglementation est nécessaire pour protéger effectivement » les intérêts poursuivis<sup>56</sup>. Au contraire, dans la présente affaire, la Cour juge que trois des quatre réglementations en cause sont proportionnées, en se fondant sur des considérations d'ordre général, analogues à celles qu'elle avait estimées insuffisantes dans *Deutsche Parkinson*<sup>57</sup>, et sans faire état de la moindre conclusion scientifique.

S'agissant plus particulièrement de l'interdiction faite aux pharmaciens de recourir au référencement payant, la Cour semble admettre l'application du principe de précaution<sup>58</sup>. Sur ce point, elle cite sa jurisprudence constante selon laquelle « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes, il importe que l'État membre concerné puisse prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soit pleinement démontrée »<sup>59</sup>. Elle rappelle qu'il appartient néanmoins aux États membres, dans chaque cas d'espèce « d'apporter les preuves de l'aptitude et du caractère nécessaire de la mesure dérogatoire à une liberté fondamentale qu'ils adoptent »<sup>60</sup>.

Bien que de telles preuves n'aient pas été rapportées en l'espèce<sup>61</sup> et que le lien de causalité entre le référencement payant des officines et le phénomène de désertification pharmaceutique invoqué par le gouvernement français<sup>62</sup> paraisse pour le moins ténu, la Cour juge la mesure disproportionnée mais laisse la possibilité au gouvernement de convaincre la juridiction de renvoi du contraire<sup>63</sup>. Elle n'avait

<sup>55</sup> C.J.U.E., arrêt du 19 octobre 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, EU:C:2016:776, point 36.

<sup>56</sup> C.J.U.E., arrêt du 19 novembre 2020, *B S et C A (Commercialisation du cannabidiol – CBD)*, C-663/18, EU:C:2020:938, point 87 et jurisprudence citée.

<sup>57</sup> *Ibidem*, points 37, 40 et 41.

<sup>58</sup> Pour un aperçu en droit européen, voy. les conclusions de l'avocat général Szpunar présentées le 2 juin 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, EU:C:2016:394, points 59-61.

<sup>59</sup> C.J.U.E., arrêt de la Cour, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, précité, point 110.

<sup>60</sup> *Ibidem*, point 111.

<sup>61</sup> *Ibidem*, point 112.

<sup>62</sup> *Ibidem*, point 107.

<sup>63</sup> *Ibidem*, point 113.

pourtant pas offert de seconde chance au gouvernement allemand dans l'affaire *Deutsche Parkinson*<sup>64</sup>, dont elle avait balayé les arguments visant à démontrer que le fait d'imposer des prix uniformes pour les médicaments permettait d'assurer une meilleure répartition géographique des pharmacies traditionnelles en Allemagne<sup>65</sup>, avant d'indiquer que « l'existence d'un risque réel pour la santé humaine [devait] être mesurée, non à l'aune de considérations d'ordre général, mais sur la base de recherches scientifiques pertinentes »<sup>66</sup>.

Si le principe de précaution permet, par nature, à un État membre d'agir dans l'incertitude, et implique donc nécessairement un certain relâchement du standard de la preuve, il ne semble pas pouvoir justifier une telle différence d'approche. La Cour l'a ultérieurement confirmé dans son arrêt *B S et C A (Commercialisation du cannabidiol – CBD)* en précisant que, lorsqu'il convient de faire application de ce principe, « l'évaluation du risque ne peut se fonder sur des considérations purement hypothétiques »<sup>67</sup>.

#### IV. – Conclusion

Dans cet arrêt d'apparence simple, la Cour aborde plusieurs questions essentielles, relatives à la fois à la régulation des plateformes et à la protection de la santé publique.

En jugeant qu'un service physique offert par un prestataire de services de la société de l'information (SSI) établi dans un autre État membre est susceptible, à certaines conditions, de relever du domaine coordonné de la directive 2000/31, la Cour étend la libéralisation opérée par la directive au-delà des seuls SSI et, potentiellement, à certains services physiques offerts par les plateformes. En évoquant, par ailleurs, les obligations de notification des mesures nationales restreignant la libre prestation des SSI, la Cour ne règle pas les questions suscitées par l'arrêt *Airbnb Ireland* et laisse ainsi les États membres dans l'incertitude. Sur ces points, la portée de cet arrêt est d'autant plus significative que la proposition de Digital Services Act (DSA) publiée par la Commission européenne le 15 décembre 2020<sup>68</sup> n'abroge pas la directive 2000/31, dont l'article 3 pourrait subsister dans sa rédaction actuelle.

Enfin, en manifestant une certaine déférence vis-à-vis de la compétence des États membres en matière de santé publique et en faisant le pari du dialogue des juges, la Cour prend le risque de voir subsister une jurisprudence nationale dont la compatibilité

<sup>64</sup> C.J.U.E., arrêt *Deutsche Parkinson Vereinigung*, précité, point 45.

<sup>65</sup> *Ibidem*, point 37.

<sup>66</sup> *Ibidem*, point 42.

<sup>67</sup> C.J.U.E., arrêt *B S et C A (Commercialisation du cannabidiol – CBD)*, précité, point 90.

<sup>68</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM/2020/825 final.

avec le droit de l'Union est tout sauf certaine. Sur ce point, il suffit de rappeler que le Conseil d'État français a jugé, en 2018, que la restriction causée par l'interdiction du recours au référencement payant en cause « ne peut être regardée comme soumettant le commerce électronique de médicaments à des contraintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi de protection de la santé publique »<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> C.E. (1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> ch. réunies), 4 avril 2018, 407292, point 8 ; voy. aussi les décisions nationales récentes ignorant les fondamentaux du marché intérieur, par exemple TGI Paris, 21 septembre 2012, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et du loisir c/ Soc. Canyon Bicycles GmbH*, commenté par Denys SIMON, *Europe*, n° 12, décembre 2012, comm. 488.