

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 11

ARRÊT DU 17 SEPTEMBRE 2021

(n° , 10 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **N° RG 21/00416 - N° Portalis
35L7-V-B7F-CDW3O**

Décisions déférées à la Cour :

Arrêt du 19 juin 2019 rendu par la Cour de cassation - Pourvoi n° G 18-12.292- Arrêt
n° 586 FS-P+B

Arrêt du 12 décembre 2017 rendu par la Cour d'Appel de Versailles

Jugement du 31 Mai 2016 rendu par le Tribunal de Commerce de NANTERRE

DEMANDERESSE A LA SAISINE

SAS DOCTIPHARMA

prise en la personne de ses représentants légaux

149, rue Anatole France

92300 LEVALLOIS PERRET

immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro 794 411
561,

Représentée par Me Stéphane FERTIER de la SELARL JRF AVOCATS & ASSOCIÉS,
avocat au barreau de PARIS, toque : L0075

Assistée de Me Lionel LESUR et Me Joséphine FLAMENT, avocats plaissant du barreau
de PARIS, toque : P0062

DEFENDERESSES A LA SAISINE

**L'UNION DES GROUPEMENTS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, association
exerçant sous l'enseigne UDGPO**

prise en la personne de ses représentants légaux

20 rue Contrescarpes

44000 NANTES

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE
PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Assistée de Me Benjamin BEAUGENDRE, SELARL Cabinet Hubert Bensoussan &
associés, avocat plaissant du barreau de PARIS, toque: A 262

Société PICTIME COREYRE

prise en la personne de ses représentants légaux

Parc de la Haute Borne

22 rue Hergé

59650 VILLENEUVE D'ASCQ

immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de LILLE sous le numéro 443 498
571

Représentée par Me François DUPUY de la SCP HADENGUE et Associés, avocat au
barreau de PARIS, toque : B0873

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 02 Juin 2021, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Marie-Ange SENTUCQ, Présidente de chambre
Mme Isabelle PAULMIER-CAYOL, Conseillère
Mme Déborah BOHÉE, Conseillère

qui en ont délibéré

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 804 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Saoussen HAKIRI.

ARRÊT :

- contradictoire,
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,
- signé par Mme Marie-Ange SENTUCQ, Présidente de chambre et par Mme Saoussen HAKIRI, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

La société Doctipharma a conçu le site internet « www.doctipharma.fr » hébergé par la société Pictime , sur lequel les internautes peuvent acquérir, à partir des sites d'officines de pharmacies, des produits pharmaceutiques et des médicaments sans ordonnance.

L'Union des Groupements de pharmaciens d'officine (UDGPO), association de la loi de 1901 qui regroupe 16 groupements d'officines totalisant une cinquantaine d'entre elles, prétendant que le procédé de vente en ligne proposé aux officines par la société Doctipharma permettait à cette dernière de participer au commerce électronique de médicaments sans avoir la qualité de pharmacien, l'UDGPO l'a assignée ainsi que la société Pictime devant le tribunal de commerce de Nanterre, en constatation du caractère illicite de ce site pour la vente de médicaments, et en cessation, sous astreinte, des activités de vente, d'hébergement des données ainsi que de la publication des pages le proposant, et a demandé que ces décisions soient assorties de publicité de mesures de publicité judiciaire.

Le tribunal de commerce de Nanterre par un jugement du 31 mai 2016 a dit que le site www.doctipharma.fr était illicite pour la vente de médicaments, condamné sous astreinte la société Doctipharma à cesser le commerce électronique de médicaments sur ce site, a ordonné sous astreinte le retrait des pages de ce site proposant le commerce électronique, enjoint sous astreinte la société Pictime de cesser l'hébergement de ce site, ordonné la publication de ce jugement sur le site internet de la société Doctipharma et autorisé l'UDGPO à le faire publier aux frais de la société Doctipharma dans des revues professionnelles.

La société Doctipharma ayant fait appel de ce jugement, la cour d'appel de Versailles a rendu le 4 juillet 2017 sur déféré d'une ordonnance de conseiller de la mise en état ayant déclaré les conclusions de l'UDGPO remises le 6 février 2017 irrecevables sur le fondement de l'article 910 du code civil comme étant tardives, un arrêt déboutant l'UDGPO de sa requête en déféré. Statuant au fond, cette cour d'appel a infirmé en toutes ses dispositions le jugement du tribunal de commerce de Nanterre et ordonné sous astreinte la publication de l'arrêt sur le site internet de l'UDGPO et autorisé la société Doctipharma à le faire publier aux frais de l'UDGPO dans la presse professionnelle.

La Cour de cassation par un arrêt du 19 juin 2019 a rejeté le pourvoi formé par la société Doctipharma contre l'arrêt rendu sur déféré le 4 juillet 2017 mais sur le second moyen pris en sa deuxième branche déclaré recevable comme étant de pur droit, a cassé au visa de l'article L.5125-25 et L.5125-26 du code de la santé publique l'arrêt infirmatif rendu au fond le 12 décembre 2017.

La Cour de cassation a censuré pour violation des articles susvisés en ce qu'ils interdisent la vente au public de tous médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L.4211-1 du code de la santé publique par l'intermédiaire de personnes non titulaires d'un diplôme de pharmacien, et aux pharmaciens de recevoir des commandes de ces mêmes produits par l'entremise habituelle de courtiers ou d'intermédiaires, l'arrêt de la cour d'appel qui a retenu que ce site était licite aux motifs que les commandes de médicaments des internautes, qui transitent seulement par la plateforme créée par la société Doctipharma en tant que support technique des sites des pharmaciens d'officine, sont reçues par les pharmaciens eux-mêmes, sans que cette société n'intervienne autrement dans leur traitement, puisque le site litigieux permet de mettre directement en contact des clients et des pharmacies d'officine, tout en ayant constaté que l'activité que la société Doctipharma exerçait sur son site internet consistait à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente de médicaments, ce dont il résultait qu'elle avait un rôle d'intermédiaire entre eux et participait de la sorte au commerce électronique de médicaments bien que n'était pas pharmacien. L'arrêt de cassation reproche ainsi à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations.

Par déclaration du 19 août 2019, la société Doctipharma a saisi la cour de renvoi.

Le 16 octobre 2019, la société Doctipharma remettait des conclusions aux fins de transmission de questions préjudicielles et de sursis à statuer qu'elle réitérait, développait et complétait d'une demande d'irrecevabilité par des conclusions remises dans leur dernier état le 30 avril 2021 aux termes desquelles au visa des articles 267 du TFUE, 85 quater de la directive du 6 novembre 2001 modifiée par la directive du 8 juin 2011, 631 et 914 du code de procédure civile, 49 du code de procédure civile, 378 du code de procédure civile, elle demande à la cour de :

- Déclarer irrecevables les conclusions d'intimée communiquées le 20 décembre 2019 par l'UDGPO, ainsi que toutes celles qu'elle serait susceptible de communiquer à l'avenir.

Sur le fond

- Constater que le présent litige implique des questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union européenne, qui requièrent la transmission de questions préjudicielles à la CJUE,

En conséquence :

- Ordonner que les questions préjudicielles suivantes soient transmises à la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) :

1. Les questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 85 quater de la directive du 8 juin 2011 :

- l'article 85 quater de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce que constituerait une restriction justifiée par la protection de la santé publique l'interdiction, issue d'une interprétation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, des activités de conception et de maintenance techniques d'une solution mutualisée destinée à des pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur site internet de commerce électronique de médicaments sans ordonnance, conformément aux dispositions encadrant la vente en ligne de médicaments ?

- si tel n'est pas le cas, l'article 85 quater de la directive du 6 novembre 2011, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise les activités de conception et de maintenance techniques d'une solution mutualisée destinée à des pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur site

internet de commerce électronique de médicaments sans ordonnance, conformément aux dispositions encadrant la vente en ligne de médicaments ?

- l'activité de Doctipharma doit-elle être qualifiée de « service de la société de l'information », au sens de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 ?

- dans cette hypothèse, Doctipharma entre-t-elle dans le champ d'application de l'article 85 quater de la directive européenne du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011 ?

- dans cette hypothèse, l'interdiction de l'activité de Doctipharma, issue de l'interprétation par la Cour de cassation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, est-elle justifiée par la protection de la santé publique au sens de l'article 85 quater de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011 ?

- si tel n'est pas le cas, l'article 85 quater de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de « service de la société de l'information » proposée par Doctipharma ?

Les questions préjudicielles relatives au principe de libre circulation des services :

- le principe de libre circulation des services, garanti, notamment, par les article 26.2 et 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « TFUE ») doit-il être interprété en ce qu'il s'oppose à une interprétation des articles L. 5125-25, alinéa 2, et L. 5125-26 du Code de la santé publique, selon laquelle ces articles interdisent les activités de conception et de maintenance techniques d'une solution mutualisée destinée à des pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur site internet de commerce électronique de médicaments sans ordonnance, conformément aux dispositions encadrant la vente en ligne de médicaments ?

- lesdites restrictions aux activités de conception et de maintenance techniques d'une solution mutualisée destinée à des pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur site internet de commerce électronique de médicaments sans ordonnance, conformément aux dispositions encadrant la vente en ligne de médicaments, sont-elles proportionnelles à l'objectif général de protection de la santé publique ?

- le principe de libre circulation des services, garanti, notamment, par les article 26.2 et 56 du TFUE doit-il être interprété en ce qu'il s'oppose à l'interprétation des articles L. 5125-25 alinéa 2 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, selon laquelle ces articles interdisent l'activité de « service de la société de l'information » exercée par Doctipharma ?

- lesdites restrictions à l'activité de « service de la société de l'information » proposée par Doctipharma sont-elles proportionnées à l'objectif général de protection de la santé publique ?

- si tel n'est pas le cas, le principe de libre circulation des services, garanti, notamment, par les article 26.2 et 56 du TFUE, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de « services de la société de l'information » proposée par Doctipharma ?

- Suspendre la présente instance dans l'attente de la réponse de la CJUE à venir, par application de l'article 378 du Code de procédure civile.

Le même jour, la société Doctipharma remettait des conclusions d'appel tendant à l'infirmer du jugement et à des mesures de publication judiciaire, outre une demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens.

La société Pictime a remis le 12 décembre 2019 des conclusions par lesquelles elle demande à la cour sa mise hors de cause, à titre subsidiaire, elle s'en remet à justice dans le cadre de la procédure de renvoi après cassation, et en tout état de cause, elle demande de condamner l'UDGPO à lui payer la somme de 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

L'UDGPO a remis le 20 décembre 2019 des conclusions d'intimée et des conclusions en réponse à la demande aux fins de transmission de questions préjudicielles et de sursis à statuer dont la société Doctipharma demande l'irrecevabilité.

La présente décision a pour objet de statuer sur l'irrecevabilité soulevée par la société Doctipharma des conclusions de l'UDGPO remises le 20 décembre 2019 et sur la demande de la société Doctipharma de voir transmettre à la Cour de justice de l'Union Européenne les questions préjudicielles qu'elle a formulées et qui font l'objet de conclusions spécifiques dont le dispositif a été repris par le présent arrêt et non sur le fond de l'affaire dont elle a été saisie suite à la décision de renvoi de l'arrêt de la Cour de cassation.

Le dossier a été transmis au Ministère Public pour recueillir son avis sur la demande de transmission à la CJUE de questions préjudicielles, avis qu'il n'a pas fait connaître.

Sur l'irrecevabilité soulevée par la société Doctipharma des conclusions de la UDGPO remises le 20 décembre 2019 et d'éventuelles conclusions postérieures.

La société Doctipharma fonde cette demande sur les dispositions de l'article 631 du code de procédure civile selon lequel devant la juridiction de renvoi, l'instruction est reprise en l'état de la procédure non atteinte par la cassation. Elle en conclut que l'arrêt rendu sur déféré ayant rejeté le recours contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état ayant déclaré les conclusions de l'UDGPO irrecevables, n'ayant pas été atteint par la cassation, l'UDGPO reste irrecevable à conclure devant la juridiction de renvoi.

Il résulte de ce texte que la cassation n'affecte pas la procédure poursuivie devant la juridiction dont la décision a été cassée.

Dès lors que devant la cour d'appel de Versailles, les conclusions de l'intimée ont été déclarées irrecevables par une ordonnance du conseiller de la mise en état devenue irrévocable par suite du rejet de pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt rendu le 4 juillet 2017 sur déféré de cette ordonnance, les conclusions de l'intimée devant la cour d'appel de Paris sont aussi irrecevables.

Partant, il y a lieu de déclarer irrecevables les conclusions de l'UDGPO remises le 20 décembre 2019.

Sur la demande de la société Doctipharma de transmettre à la CJUE des questions préjudicielles.

La société Doctipharma soutient que sa demande de voir transmettre à la CJUE les questions préjudicielles est recevable au motif qu'il s'agit d'une question nouvelle ; ainsi elle soutient que la solution dégagée par l'arrêt de la CJUE du 20 décembre 2017 Uber Spain repose sur une appréciation in concreto tenant au fait qu'en l'absence de l'application développée par Uber les chauffeurs n'auraient pas été amenés à fournir des services de transport et qu'Uber exerce une influence décisive sur les conditions de prestations de ces chauffeurs ; que l'arrêt de la CJUE du 1er octobre rendu dans l'affaire Shop Apotheke traite de l'opposabilité des restrictions françaises en matière de publicité pour la vente de médicaments à une société ayant son siège dans un autre Etat membre que la France qui les commercialise à travers son site internet à destination des consommateurs français, porte sur une problématique toute autre que celle qui fait l'objet du litige.

La société Doctipharma relève que l'arrêt Shop Apotheke est pertinent pour le présent litige en ce qu'il a retenu que la plateforme de cette société était un service de la société de l'information au sens de l'article 2, sous a de la directive 2000/31.

La société Doctipharma prétend que les questions préjudicielles qu'elle demande de transmettre présentent un caractère indispensable à la solution du litige, la CJUE ayant compétence pour fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit communautaire utiles dans l'appréciation des effets d'une disposition de droit national, le juge étant tenu de l'interpréter dans la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci.

Elle conclut que les juridictions françaises doivent interpréter les articles L.5125-25 alinéa 2 et L.5125-26 du code de la santé publique à la lumière de l'article 85 quarter de la directive du 6 novembre 2001 afin de déterminer si la prohibition d'une intermédiation dans la vente de médicament entre le pharmacien résultant de ces articles, doit s'appliquer à son activité dont elle soutient qu'elle se limite à une conception et à une maintenance technique d'une solution mutualisée destinée aux pharmaciens d'officine en vue de leur permettre d'éditer et d'exploiter leur site internet.

Elle soutient, en outre, que son activité est licite aux motifs qu'elle ne contrevient pas à l'article L.5125-37 du code de la santé publique puisque celui-ci n'a pas vocation à s'appliquer au cas d'espèce que son activité ne consiste pas en un référencement payant, lequel de surcroît est désormais autorisé depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 mars 2021, que les règles de publicité auxquelles sont assujetties les officines de pharmacie ne lui sont pas applicables en sa qualité d'éditeur de solutions techniques et qu'en toute hypothèse le non respect de la réglementation en matière de publicité applicable aux officines de pharmacie peut seulement donner lieu à des sanctions financières, et que son site www.doctipharma.fr ne relève pas du champ d'autorisation du directeur général de l'ARS territorialement compétente.

En vertu de l'article 267 du Traité de Fonction de l'Union Européenne (TFUE), la CJUE est compétente pour statuer, à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant la juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Revenant aux juridictions nationales des Etats membres de l'Union européenne (UE) d'appliquer le droit primaire (traités) et les actes de droit dérivé (règlement, directives et décisions) de l'UE, il leur appartient, lorsque la résolution d'un litige soumis au droit national est conditionné par l'interprétation d'une norme du droit de l'Union, de transmettre à la CJUE une question préjudicielle.

Il est constant que le litige porte sur la vente à distance par voie électronique (ou vente en ligne) de médicaments à usage humain non soumis à prescription obligatoire plus souvent appelé dans le langage courant « sans ordonnance », les dispositions de l'article L.5125-34 du code de la santé publique proscrivant la vente en ligne des médicaments soumis à prescription obligatoire ne faisant pas débat.

L'article 85 quarter de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, modifiée par la directive 2011/62/UE prévoit que les Etats veillent à ce que les médicaments soient offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information tels que définis dans la directive 98/34/CE du 22 juin 1998. Le 2 de cet article prévoit que les Etats membres peuvent imposer des conditions justifiées par la protection de la santé publique, pour la délivrance au détail, sur leur territoire de médicaments offerts à la vente au moyen de services de la société de l'information.

L'ordonnance n°2012-1427 du 19 décembre 2012 a transposé cette directive dans le droit interne aux articles L.5125-33 à L.5125-41 du code de la santé publique ; l'article L.5125-33 de ce code a été modifié par la loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 ; il dispose qu' *On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne.*

L'activité de commerce électronique est réalisée au sein d'une officine ouverte au public titulaire de la licence mentionnée aux articles L. 5125-10 ou L. 5125-18. Elle est mise en œuvre à partir du site internet d'une officine de pharmacie dans les conditions prévues au présent article.

Dans le respect de l'article L. 4211-1, sont exclusivement réservées au pharmacien titulaire d'une officine ou au pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière la création et l'exploitation du site internet de commerce électronique de dispensation et de vente de médicaments au détail.

Les pharmaciens disposant d'un site internet sont responsables des contenus édités et des conditions de mise en œuvre de l'activité de commerce électronique de médicaments, notamment du respect des bonnes pratiques de dispensation des médicaments prévues à l'article L. 5121-5 et des règles techniques applicables aux sites internet de vente en ligne de médicaments prévues à l'article L. 5125-39.

Les pharmaciens adjoints ayant reçu délégation de l'un des pharmaciens mentionnés au troisième alinéa peuvent participer à l'exploitation du site internet de l'officine de pharmacie.

Les pharmaciens remplaçant de titulaires d'officine ou gérants d'officine après décès du titulaire peuvent exploiter le site internet de l'officine créé antérieurement par le titulaire de l'officine.

L'article L.5125-39 du code de la santé publique prévoit qu'un arrêté du ministre chargé de la santé définit les règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments relatives à la protection des données de santé, aux fonctionnalités des sites et aux modalités de présentation des médicaments.

En application de l'article L.5125-39, ces règles techniques ont été définies à l'annexe de l'arrêté du 28 novembre 2016 modifié par un arrêté du 14 mai 2021 afin de tenir compte de l'arrêté du Conseil d'Etat du 17 mars 2021 qui a enjoint au ministre chargé de la santé d'abroger l'annexe de cet arrêté en ce qu'elle interdit la recherche de référencement payant dans les moteurs de recherche ou des comparateurs de prix contre rémunération.

L'article L.5125-25 du code de la santé publique dispose qu' il est interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public.

Il est interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments et autres produits ou objets mentionnés à l'article L. 4211-1 par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments, produits ou objets précités, dont la commande leur serait ainsi parvenue.

L'article L.5125-26 de ce code issu de cette même directive prévoit qu'est interdite la vente au public de tous médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L. 4211-1 par l'intermédiaire de maisons de commission, de groupements d'achats ou d'établissements possédés ou administrés par des personnes non titulaires de l'un des diplômes, certificats ou autres titres mentionnés à l'article L. 4221-1.

La solution de l'arrêt de la CJUE du 20 décembre 2017 selon laquelle le service

d'intermédiation proposé par la société Uber bien qu'en principe distinct du service de transport de personnes ou de biens qui implique un déplacement physique, ne devait pas répondre à la qualification de service de société de l'information mais faisait partie intégrante d'un service global de transport, a été dégagée après une analyse *in concreto* des éléments de l'espèce tenant au fait qu'en l'absence de l'application Uber pour téléphone intelligent, les chauffeurs non professionnels n'auraient pas été amenés à fournir des services de transport à des particuliers qui n'auraient pas fait appel à eux et à l'influence décisive qu'exerce Uber sur les conditions de prestations de ces chauffeurs, caractéristiques qui ne se retrouvent pas dans l'espèce soumise à la cour, les pharmaciens d'officine étant déjà des professionnels de la vente de médicaments, dont la vente à distance par voie électronique n'est que le prolongement et n'apparaissant pas que la société Doctipharma intervienne dans l'établissement du prix des médicaments vendus par voie électronique. La société Doctipharma réfute que la solution qu'elle propose, porte atteinte au monopole des pharmaciens dans la vente de médicament.

Les questions transmises à la CJUE dans le cadre de l'affaire Shop Apotheke portaient sur la compatibilité des restrictions françaises en matière de publicité des médicaments avec l'article 85 quater de la directive 2001/83, point qui n'intéresse pas le litige en cause.

Enfin, il est relevé que par la troisième branche du second moyen soumis à la Cour de cassation, l'UDGPO soutenait elle-même que la conformité du texte national prohibant l'entremise habituelle d'un courtier dans la vente de médicaments, au droit de l'Union n'avait pas été remise en cause.

Il est donc retenu que les questions que la société Doctipharma demande de transmettre à la CJUE sont nouvelles.

Les juges du tribunal de commerce devant lesquels était produit un constat d'huissier effectué à la requête de la société Doctipharma, décrivent le service proposé par cette dernière, à partir du fonctionnement du site www.doctipharma.fr qu'elle a créé et qu'elle exploite. Ce constat n'ayant pas été produit devant la cour, il y a lieu de se référer aux éléments figurant dans le jugement pour décrire et comprendre le service fourni par la société Doctipharma sur et à partir de ce site ; ce constat porte sur le parcours d'achat d'un médicament par un consommateur auprès d'un pharmacien exploitant son site internet de commerce à partir de la solution technique Doctipharma et ayant obtenu une autorisation de l'ARS.

Il en résulte que le fonctionnement du site est le suivant : l'internaute remplit un formulaire lui permettant de créer un compte client en fournissant des informations personnelles qui permettront de l'identifier et de lui faciliter l'accès aux sites des pharmaciens de son choix ; la création de ce compte comporte nécessairement la désignation d'un pharmacien auprès duquel il réalisera ses achats et rattachera son compte ; le site www.doctipharma.fr propose des médicaments sans ordonnance sous forme de catalogue pré-enregistré de médicaments que le client peut saisir en vue d'une commande ; il est possible à toute personne de commander des médicaments par ce procédé, étant précisé que c'est le site Doctipharma.fr qui présente les médicaments sans ordonnance proposés par les pharmacies, sous forme de gammes de produits avec leur prix et transmet la commande aux pharmaciens dont le site est hébergé sur ce site ; le paiement du prix de la vente se fait à travers un système de paiement unique commun à l'ensemble des pharmacies à partir d'un compte dédié ; la finalisation de la commande se termine par un message au libellé suivant « *merci de votre commande. Votre commande n°51844 d'un montant de 12,34 € a été transmise aux pharmaciens. Vous recevrez un message sur ce compte et à l'adresse la finalisation de la vente Henripignerol@gmail.com vous confirmant au plus tôt le déroulé de votre commande* ».

La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel au motif qu'elle n'avait pas tiré les conséquences de ses propres constatations selon lesquelles l'activité de la société Doctipharma sur son site consistait notamment à mettre en relation des pharmaciens

d'officine et des clients pour la vente de médicaments, alors qu'il en résultait que cette société avait un rôle d'intermédiaire et participait de la sorte au commerce électronique de vente de médicaments bien que n'étant pas pharmacien, malgré les interdictions énoncées aux articles L.5125-25 et L.5125-26 du code de la santé publique.

Les questions dont la société Doctipharma demande la transmission à la CJUE sous-tendent une autre interprétation que celle retenue par la Cour de cassation des dispositions des articles L.5125-25 et L.5125-26 du code de la santé publique, sur la prohibition du courtage et plus généralement de l'intervention d'un tiers dans la vente de médicaments non soumis à prescription, induite par l'interprétation de l'article 85 quarter de la directive 2011/62/CE selon lequel les médicaments sans ordonnance doivent pouvoir être vendus à distance au public.

La CJUE étant compétente pour interpréter les actes émanant des organes de l'Union Européenne, il apparaît nécessaire à la solution du litige de soumettre à la CJUE les questions préjudicielles énoncées au dispositif de la présente décision.

Dans l'attente de la décision de la CJUE, il est sursis à statuer.

PAR CES MOTIFS :

Dit que les deux jeux de conclusions remises le 20 décembre 2019 par l'UDGPO sont irrecevables ;

Avant dire droit :

Soumet à la Cour de justice de l'Union Européenne les questions préjudicielles suivantes:

- L'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt exercée sur, à partir de son site www.doctipharma.fr doit-elle être qualifiée de « service de la société de l'information », au sens de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 ?
- Dans cette hypothèse, l'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt exercée sur et à partir de son site www.doctipharma.fr entre-t-elle dans le champ d'application de l'article 85 quarter de la directive européenne du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011 ?
- L'article 85 quarter de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce que constituerait une restriction justifiée par la protection de la santé publique l'interdiction, issue d'une interprétation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, l'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt exercée sur et à partir de son site www.doctipharma.fr ?
- Si tel n'est pas le cas, l'article 85 quarter de la directive du 6 novembre 2011, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de Doctipharma telle que décrite par le présent arrêt exercée sur et à partir de son site www.doctipharma.fr ?
- Dans cette hypothèse, l'interdiction de l'activité de Doctipharma, issue de l'interprétation par la Cour de cassation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, est-elle justifiée par la protection de la santé publique au sens de l'article 85 quarter de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011 ?
- Si tel n'est pas le cas, l'article 85 quarter de la directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de « service de la société de l'information » proposée par Doctipharma ?

Sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée ;

Dit que le greffe de cette cour transmettra la présente décision et le dossier de l'affaire par lettre recommandée avec accusé de réception à la Cour de justice de l'Union Européenne, Greffe de la Cour, rue du Fort Niedergrünewald, L-2925 Luxembourg ;

Dit que l'affaire sera rétablie du rôle et rétablie à la demande de la partie la plus diligente dès la survenance de l'évènement sus-visé ;

Réserve les dépens.

Le Greffier

La présidente