

Le titre professionnel de pharmacien ne suffit pas à protéger la santé publique !

*Commentaire sous CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio
, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125*

Adrien Pech

Doctorant en droit de l'Union Européenne

IRDEIC

Université Toulouse I Capitole

En 2017, le président du Conseil national français de l'ordre des pharmaciens s'enorgueillissait d'être à la tête d'un ordre professionnel composé des premiers garants de la santé publique¹. L'arrêt en date du 19 décembre 2019 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat italien est pourtant de nature à nuancer les propos de Jean-Pierre Paccioni. En effet, si le pharmacien et la pharmacie sont respectivement une profession et une structure fondamentales dans le cadre d'une offre de soin de qualité sur le territoire de l'Union², il n'en reste pas moins que le seul titre professionnel ne permet pas de présumer d'une protection optimale de la santé publique dans le cadre de la gestion d'une officine. Il doit s'accompagner d'une réelle aptitude à exercer la profession, fondée *in concreto* sur l'expérience acquise. La Cour de justice, sans opposer frontalement la théorie à la pratique, offre une analyse pragmatique visant à valoriser l'expérience professionnelle par rapport à la catégorie juridique déterminée par le seul titre professionnel obtenu lors d'études universitaires.

En l'espèce, une commune italienne a ouvert une procédure d'appel d'offre aux fins de la cession d'une pharmacie municipale³, selon certaines conditions⁴. AV et BU forment l'offre la plus avantageuse économiquement. Dès lors, ils ont été désignés comme adjudicataires provisoires⁵. Néanmoins, *in fine*, sur le fondement du droit de préemption inconditionnel posé

¹ PACCIONI, J-P, « Edito », Les cahiers de l'ordre national des pharmaciens, Juin 2017, N° 11, p. 2.

² Le fonctionnement et la gestion des pharmacies sont régulés par le droit de l'Union, tout comme le titre professionnel de pharmacien V. par exemple CJUE, 13 février 2014, Sokoll-Seebacher, affaire C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 ; CJUE, 5 décembre 2013, Venturini e.a., affaires C-159/12 à C-161/12, EU:C:2013:791 ; CJUE, 16 décembre 2010, Commission c/ France, affaire C-89/09, ECLI:EU:C:2010:772 ; CJUE, 1^{er} juin 2010, Blanco Pérez et Chao Gómez, affaires jointes C-570/07 et C-571/07, EU:C:2010:300 ; CJCE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes E.A., affaires jointes C-171/07 et 172/07, Rec. I. 4171 ; CJCE, 19 mai 2009, Commission c/ Italie, affaire C-531/06, Rec. I. 4103 ; Directive 2013/55/UE du Parlement européen et du Conseil 20 novembre 2013, modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOUE 28.12.2013 L 354/132.

³ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 9.

⁴ *Ibid.* points 10 et 11.

⁵ *Ibid.* point 12.

par la législation italienne, l'adjudication a été attribuée à CT, un pharmacien employé de l'entreprise municipale, n'ayant pourtant pas participé à l'appel d'offre⁶. L'adjudicataire évincé a contesté cette décision devant les juridictions administratives internes au moyen que le droit national servant de fondement à la préemption-attribution du marché à CT est contraire aux principes de libre concurrence et de liberté de traitement prévus par le droit de l'Union⁷. L'affaire étant portée devant le Conseil d'Etat, ce dernier s'interroge sur la conformité du droit italien permettant la préemption inconditionnelle, par l'un des pharmaciens employés d'une pharmacie municipale, lors de sa cession, au regard des principes de liberté d'établissement, de non-discrimination, d'égalité de traitement, de protection de la concurrence et de libre circulation des travailleurs, visés aux articles 45, 49 à 56 et 106 TFUE ainsi qu'aux articles 15 et 16 de la Charte, ainsi que le principe de proportionnalité et du caractère raisonnable qui en découle⁸. La nature apparemment interne de l'affaire a imposé à la Cour de revenir sur la notion de « *situation purement interne* », confirmant ainsi sa jurisprudence constante visant à ouvrir le champ d'application des libertés de circulation en particulier et du droit de l'Union européenne en général (I). Sur le fond, la Cour indique que le droit de préemption inconditionnel prévu par le droit italien au profit de l'employé de la pharmacie est contraire aux exigences de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (II).

I. La conception dynamique de l'exigence d'une « situation purement interne » visant à appliquer l'article 49 TFUE

L'arrêt commenté a précisément relevé l'attention de la doctrine pour son apport relatif à la notion de « situation purement interne »⁹. Anne Rigaux n'hésite pas à affirmer que la « *demande d'interprétation se déploie dans le cadre d'une situation purement interne.* »¹⁰. La Cour rappelle que les dispositions du traité en matière de libre circulation ne sauraient s'appliquer à des situations purement internes¹¹. Cependant, de façon expressément paradoxale, mais selon une formule déjà éprouvée, elle indique que « *bien que tous les éléments d'un litige*

⁶ *Ibid.* point 13.

⁷ *Ibid.* point 14.

⁸ Anne Rigaux a qualifié de « fourre-tout » les éventuelles violations questionnées par la juridiction de renvoi. V. RIGAUX, A., « Situations purement internes », Europe n° 2, Février 2020, comm. 53. A titre liminaire, la Cour précise que seul l'article 49 TFUE est susceptible d'être pertinent afin de trancher le litige au principal. En effet, l'acquisition d'une pharmacie consiste en l'exercice d'une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. Dès lors, conformément à une jurisprudence constante, une telle activité entre dans le champ d'application de l'article 49 TFUE.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 32 ; CJUE, 15 novembre 2016, Ullens de Schooten, affaire C-268/15, EU:C:2016:874, point 47.

*soient cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre, une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation des dispositions du Traité relatives aux libertés fondamentales peut être déclarée recevable au motif qu'il ne saurait être exclu que des ressortissants établis dans d'autres États membres aient été ou soient intéressés à faire usage de ces libertés pour exercer des activités sur le territoire de l'État membre ayant édicté la réglementation en cause et, partant, que cette réglementation, indistinctement applicable aux ressortissants nationaux comme à ceux des autres États membres, soit susceptible de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à cet État membre »¹². En l'espèce, la valeur de la cession de la pharmacie s'élève à un montant de 580 000 euros. La cession est ouverte à tous les citoyens de l'Union disposant du titre de pharmacien. D'ailleurs, la profession entre dans le champ d'application de la directive 2005/36, telle que modifiée par la directive 2013/55 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles¹³. Dès lors, la Cour juge que la demande de question préjudicielle formée par le Conseil d'Etat est recevable¹⁴. Avec Anne Rigaux, nous ne pouvons que regretter le « *silence pudique* » de la Cour lorsqu'il s'agit d'exposer les raisons l'ayant conduite à appliquer le droit de l'Union européenne ici, alors même que la situation est, comme l'indique justement l'auteure « italo-italienne ». A notre sens, il convient de rattacher l'absence de systématisation explicite des contours de la notion de « situation purement interne » à la volonté pragmatique et certainement quelque peu politique de la Cour d'étendre le champ d'application du droit de l'Union européenne.*

A ce titre, la jurisprudence de la Cour concernant l'étendue du champ d'application du traité est, selon les matières, relativement superposables. En effet, la Cour adopte une approche souple des notions lui permettant d'accroître les potentialités d'application du droit de l'Union. Pour s'en convaincre, il suffit de ne relever que trois exemples. D'abord, en matière d'aide d'Etat, pour être contraire au droit de l'Union, l'intervention étatique « *doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres.* »¹⁵. En pratique, la jurisprudence se révèle « *très souple* »¹⁶ dans l'appréciation de cette condition. En effet, l'incidence réelle de l'aide sur

¹² CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 33 (Souligné par nous) ; CJUE, 15 novembre 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, point 50 ; CJUE, 5 décembre 2013, Venturini e.a., affaires C-159/12 à C-161/12, EU:C:2013:791, points 25 et 26 ; CJUE, 1^{er} juin 2010, Blanco Pérez et Chao Gómez, affaires jointes C-570/07 et C-571/07, EU:C:2010:300, point 40.

¹³ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 35.

¹⁴ *Ibid.* point 36.

¹⁵ TUE, 22 mai 2019, Real Madrid Club de Fútbol, affaire T-791/16, EU:T:2019:346, point 37 ; CJUE, 6 mars 2018, Commission/FIH Holding et FIH Erhvervsbank, affaire C-579/16 P, EU:C:2018:159, point 43.

¹⁶ PICOD, F., *Synthèse Aides d'Etat*, Paris, Lexis 360, J.C.L. Europe Traité, § 9.

les échanges n'a pas à être démontrée¹⁷. Même une aide de faible montant peut affecter les échanges entre les Etats membres¹⁸. Plus simplement encore, la Cour considère que l'aide peut justement être le moyen lui permettant de pénétrer le marché d'un Etat membre voisin¹⁹.

Ensuite, en droit de la commande publique, si la Cour a estimé que les dispositions du traité ne s'appliquent pas dans les situations purement internes²⁰, l'étude de la jurisprudence démontre que cette position est isolée. Cela peut tout à fait se comprendre en ce que cette décision restrictive aurait pu avoir pour effet de cantonner l'application du droit de l'Union à quelques situations de contrats de la commande publique transnationaux. A ce titre, la jurisprudence *Telaustria* est éclairante. La Cour ne suit pas son précédent arrêt *R.I.S.A.N. Srl*. En effet, alors que l'espèce est une situation purement interne, que les parties proviennent d'un même Etat membre, à savoir l'Autriche, la Cour n'a pas hésité à se prononcer en admettant la recevabilité de la question préjudicielle posée par le juge interne²¹. Dans des arrêts plus récents²², elle précise qu'il est nécessaire qu'il existe un « *intérêt transfrontalier certain* » pour que les principes fondamentaux du droit de la commande publique trouvent à s'appliquer. En pratique, son analyse est relativement souple de sorte qu'un maximum de situations est soumis au droit de l'Union. Enfin, en droit du marché intérieur, concernant les taxes d'effet équivalent, la tendance est à l'extension du champ d'application du droit de l'Union²³. Concernant les mesures d'effet équivalent, la jurisprudence semble préférer la notion d'« *entrave potentielle au*

¹⁷ CJUE, 5 mars 2015, *Banco Privado Português*, affaire C-667/13, ECLI:EU:C:2015:151, point 46 ; CJUE, 8 mai 2015, *Libert e.a.*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, point 76 ; TUE, 12 décembre 2014, *Banco Privado Português*, affaire T-487/11, ECLI:EU:T:2014:1077, point 62 ; CJCE, 30 avril 2009, *Commission c/ Italie et Wam*, affaire C-494/06 P, Rec. CJUE 2009, I, p. 3639, point 50.

¹⁸ CJCE, 17 juillet 2008, *Rechtbank Groningen*, affaire C-206/06, Rec. CJCE 2008, I, p. 5497, point 76 ; CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission*, affaires jointes C-278/92 à C-280/92, Rec. CJCE 1994, I, p. 4103, point 42.

¹⁹ CJUE, 27 juin 2017, *Congregacion de Escuelas Pias Provincia Betania*, affaire C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496, point 79 ; CJUE, 8 mai 2015, *Libert e.a.*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, point 78 ; CJUE, 16 avril 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias*, affaire C-690/13, ECLI:EU:C:2015:235, point 25.

²⁰ V. notamment CJCE, 9 septembre 1999, *R.I.S.A.N. Srl contre Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA.*, affaire C-108/98, ECLI:EU:C:1999:400, Rec. CJCE 1999 I-05219., où l'attribution par une commune italienne du service de collecte des déchets à une société italienne est une situation purement interne. En conséquence de quoi le droit de l'Union ne trouve pas à s'appliquer.

²¹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, en présence de *Herold Business Data AG*, affaire C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, Rec. CJCE 2000, I, p. 10745.

²² V. not. CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, affaire C-507/03, Rec. CJCE 2007 I-09777, ECLI:EU:C:2007:676 ; CJCE, 15 mai 2008, *SECAP SpA*, affaires jointes C-147-06 et C-148/06, Rec. CJCE 2008 I-03565, ECLI:EU:C:2008:277.

²³ V not. le mouvement initiée par la jurisprudence CJCE, 16 juillet 1992, *Legros E.A.*, affaire C-163/90, Rec. I. 4625 CJCE, 9 août 1994, *Lancry E.A.*, affaires jointes C-363/93 et autres, Rec. I. 3957 ; CJCE, 14 septembre 1995, *Simitzi*, affaires jointes C-485/93 et C-486/93, Rec. I. 2655 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Ayuntamiento de Ceuta*, affaire C-45/94, Rec. I. 4385. V. en doctrine LAGONDET, F., SIMON, D., « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, chron. 9, p. 7 ; PAPAPOPOULOU R-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 95 et s., spéc. p. 106.

commerce intracommunautaire », abandonnant ainsi l'exigence d'un lien de rattachement avéré avec le commerce intracommunautaire²⁴.

Face au constat du manque de systématisation, par la Cour, de sa jurisprudence, une seule constante résiste : celle de la régularité avec laquelle la Cour permet l'accroissement du champ d'application du droit de l'Union, en ne se fondant parfois que sur de simples potentialités de rattachement. Au contraire, sur le fond, lorsqu'il s'agit d'analyser si une législation nationale est conforme au droit de l'Union, la Cour se montre bien moins souple et procède à un contrôle concret et fouillé des effets de ladite législation (II).

II. Le refus de consacrer une présomption abstraite de compétence au profit des pharmaciens

En appliquant un raisonnement classique, la Cour se prononce d'abord sur l'incompatibilité du droit de préemption inconditionnel avec le droit de l'Union puis sur l'absence de justification de l'objectif poursuivi par la législation en cause, ne permettant pas de neutraliser l'entrave constatée.

En effet, dans un premier temps, la Cour rappelle que l'article 49 TFUE s'oppose à toute mesure nationale, [qui] « *même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les ressortissants de l'Union de la liberté d'établissement* »²⁵. En l'espèce, le droit de préemption inconditionnel accordé aux pharmaciens salariés d'une pharmacie municipale est susceptible de dissuader les pharmaciens en provenance d'autres Etats membres de se porter candidat pour l'acquisition²⁶, d'autant plus que, même dans l'hypothèse où le candidat étranger présente l'offre économiquement la plus avantageuse, il ne possède aucune garantie de remporter l'appel d'offre²⁷. Dès lors, le droit de préemption italien étant de nature à dissuader, voire empêcher les pharmaciens, en provenance d'autres États membres, d'acquérir un établissement stable dédié à l'exercice de leur activité professionnelle sur le territoire italien²⁸, il est contraire à l'article 49 TFUE.

²⁴ En ce sens, V. not. CJCE, 25 mars 2004, Karner, affaire C-71/02, ECLI:EU:C:2004:181, point 20 : Europe mai 2004, n° 131, obs. A. Rigaux.

²⁵ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 39 ; CJUE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., affaires jointes C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 22

²⁶ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 40.

²⁷ *Ibid.* point 41.

²⁸ *Ibid.* point 42.

Dans un second temps, la Cour se demande si la mesure nationale poursuit un objectif légitime²⁹. En l'espèce, la réglementation italienne vise « à assurer une meilleure gestion du service pharmaceutique, d'une part en garantissant la continuité de la relation de travail des pharmaciens salariés et, d'autre part, en valorisant l'expérience de gestion acquise par ces derniers »³⁰. Or, cet objectif rejoint celui de protection de la santé publique visé à l'article 52, paragraphe 1, TFUE, permettant ainsi de justifier une restriction à la liberté d'établissement. Par conséquent, la restriction à la liberté d'établissement est légitime.

La Cour recherche classiquement ensuite si la restriction à la liberté d'établissement « est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et, le cas échéant, si cette restriction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »³¹. Autrement dit, les juges vérifient s'il n'existe pas de mesures moins restrictives permettant d'atteindre de manière aussi efficace l'objectif poursuivi. En l'espèce, l'objectif de la réglementation est double : d'une part, garantir la continuité de la relation de travail des pharmaciens salariés et, d'autre part, valoriser l'expérience de gestion acquise par ces derniers. La Cour estime que la continuité de la relation de travail des pharmaciens salariés ne peut être considérée comme permettant de garantir l'objectif de protection de la santé publique³². Dans le même sens, elle juge que le droit de préemption instaure une présomption irréfragable selon laquelle les anciens employés sont les mieux à même de gérer, en tant que propriétaires, ladite pharmacie³³. En effet, le droit de préemption n'est fondé sur aucune évaluation concrète et objective de l'expérience acquise par l'employé de sorte qu'il ne soit pas possible de déduire de son seul statut de son aptitude à assurer, en tant que propriétaire d'une officine, un haut niveau de protection de la santé publique. Dès lors, il aurait été loisible au législateur italien de prévoir un système de valorisation de l'expérience fondé, par exemple, sur un système de points. L'idée étant que les candidats démontrant avec le plus d'acuité leur expérience professionnelle pourraient être dotés de points supplémentaires dans la procédure d'appel d'offre³⁴.

Par cet arrêt, la Cour rejette un système automatique et abstrait, en faisant la promotion d'un système très concret fondé sur la reconnaissance de l'expérience professionnelle des

²⁹ V. CJUE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., affaires jointes C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 25.

³⁰ CJUE, 19 décembre 2019, AV et BU c/ Comune di Bernareggio, affaire C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, point 45.

³¹ *Ibid.* point 47

³² *Ibid.* point 48.

³³ *Ibid.* point 50.

³⁴ *Ibid.* point 51.

candidats³⁵. Dès lors, le droit de préemption inconditionnel accordé aux pharmaciens employés d'une pharmacie municipale en cas de cession de cette dernière par voie d'adjudication, en ce qu'il vise à assurer une meilleure gestion du service pharmaceutique, à supposer qu'il poursuive effectivement un objectif tenant à la protection de la santé publique, n'est pas propre à garantir la réalisation de cet objectif et, en tout état de cause, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif.

³⁵ RIGAUX, A., « Situations purement internes », Europe n° 2, Février 2020, comm. 53.