

COUR D'APPEL DE NOUMÉA

RG : 06/349

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Michelle FONTAINE, Présidente de Chambre

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Christian MESIERE, Conseiller

Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller

Michaëla NIUMELE Greffier

ARRÊT du 31 mars 2008

Décision attaquée rendue le : 12 Juin 2006

Juridiction : Tribunal de première instance de NOUMEA

Date de la saisine : 10 Juillet 2006

Ordonnance de clôture : 30 novembre 2008

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR

APPELANT

LE SYNDICAT DES PHARMACIENS DE NOUVELLE-CALEDONIE, prise en la personne de son représentant légal 302, rue Jacques IEKAWE - BP. 4175 - 98846 NOUMEA CEDEX

représenté par la SELARL JURISCAL, avocats

INTIMÉS

1 - LA SOCIETE MUTUALISTE DES FONCTIONNAIRES ET AGENTS DES SERVICES PUBLICS dénommée "Mutuelles des Fonctionnaires", agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux 28 rue Olry, Vallée du Génie - 98800 NOUMEA

2 - L'UNION DES SOCIETES MUTUALISTES DE NOUVELLE- CALEDONIE, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux 12, Route du Sud, Normandie - BP. 1729 - Pont-des-Français - 98874 MONT-DORE

3 - LA MUTUELLE DU COMMERCE, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux 195, rue Roger Gervolino - 98800 NOUMEA

4 - LA MUTUELLE SLN, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux
Pointe Doniambo - BP. 776 - 98845 NOUMEA CEDEX

Les 4 représentées par la SELARL DUMONS & ASSOCIES, avocats

Débats : le 28 février 2008 en audience publique où Christian MESIERE, Conseiller, a présenté son rapport,

A l'issue des débats, la Présidente a déclaré que l'affaire était mise en délibéré et que le dossier avec l'arrêt serait remis au greffe le 31 mars 2008 en application de l'article 451 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Le dossier avec l'arrêt a été remis au greffe à la date susdite et signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Cécile KNOCKAERT, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par un jugement rendu le 12 juin 2006 auquel il est renvoyé pour l'exposé de l'objet du litige, le rappel des faits et de la procédure, les prétentions et les moyens des parties, le Tribunal de Première Instance de NOUMEA, statuant :

1) sur les demandes formées par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie à l'encontre de la Société Mutualiste des Fonctionnaires et Agents des Services Publics dite "Mutuelle des Fonctionnaires", l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie, la Mutuelle du Commerce et la Mutuelle SLN, aux fins d'obtenir :

- l'arrêt de pratiques anticoncurrentielles non justifiées par des contreparties réelles au moyen de la conclusion d'accords de tiers payant intégral avec les officines libérales identiques aux pratiques constatées entre les Mutuelles et les pharmacies mutualistes, sous astreinte de 20.000 FCFP par jour de retard, par Mutuelle et par officine, à compter du prononcé de la décision à intervenir,

- le bénéfice de l'exécution provisoire,

- la condamnation "in solidum" des défenderesses à lui payer la somme de 120.000.000 FCFP à titre de dommages- intérêts, et celle de 800.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

2) sur les demandes reconventionnelles formées par les défenderesses aux fins d'obtenir la condamnation du Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie à leur payer la somme de 1.000.000 FCFP à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et celle de 800.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

a :

- rejeté le moyen tiré de la nullité de la requête introductive d'instance,

- débouté le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie de toutes ses demandes,

- débouté la Société Mutualiste des Fonctionnaires et Agents des Services Publics dite "Mutuelle des Fonctionnaires", l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie, la Mutuelle du Commerce et la Mutuelle SLN de leur demande de dommages- intérêts pour procédure abusive,

- condamné le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie à verser à la Société Mutualiste des Fonctionnaires et Agents des Services Publics dite "Mutuelle des Fonctionnaires", à l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie, à la Mutuelle du Commerce et à la Mutuelle SLN la somme de 300.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie,

- condamné le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie aux dépens, avec distraction.

PROCÉDURE D'APPEL

Par un acte enregistré au greffe de la Cour le 10 juillet 2006, le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie a déclaré relever appel de cette décision, signifiée le 19 juin 2006.

Dans son mémoire ampliatif d'appel et ses conclusions postérieures, il sollicite l'infirmerie du jugement en ce qu'il l'a débouté de toutes ses demandes et renouvelle l'intégralité de ses prétentions initiales.

Il relève une contradiction dans la motivation du premier juge, puisque celui-ci, après avoir constaté l'existence d'actes de concurrence entre les officines libérales et les pharmacies mutualistes, a rejeté ses demandes au motif qu'il ne rapportait pas la preuve d'un préjudice, alors même que ce préjudice est contenu dans la faute reprochée aux sociétés mutualistes, à savoir :

- la mise en place de pratiques discriminatoires ou anticoncurrentielles non justifiées par des contreparties réelles : prestations de ventes conditionnelles ou différenciées, refus de signature de conventions de tiers payant,

- l'exercice de leurs activités en violation des dispositions de la Loi du 1er avril 1898, du Code de la Santé Publique et du Code de déontologie.

Il demande à la Cour de condamner les défenderesses à lui payer la somme de 120.000.000 FCFP à titre de dommages-intérêts, outre celle de 800.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie.

Il reprend et développe les arguments et moyens contenus dans sa requête introductive d'instance.

Il rappelle que par un arrêté du 11 août 1975, l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie a été autorisée à exploiter, pour son usage particulier, une officine de pharmacie située à NOUMEA.

Il ajoute que par un arrêté du 07 octobre 1997, la Mutuelle des Fonctionnaires a été autorisée à créer dans la commune de POUEMBOUT une seconde pharmacie mutualiste.

Enfin, par un arrêté des 18 et 19 février 2004, la Mutuelle des Fonctionnaires a été autorisée à exploiter une autre pharmacie mutualiste à NOUMEA.

Il précise que dans ce dernier cas, il s'agit de la cession d'une officine libérale au profit d'une mutuelle.

Il soutient que la création de cette troisième pharmacie mutualiste a fait l'objet d'une contestation devant le Tribunal Administratif et donné lieu à la saisine de la juridiction civile.

Il soutient que les conditions dans lesquelles les pharmacies mutualistes exercent leurs activités portent atteinte aux règles de concurrence, de telle sorte que la distribution pharmaceutique des médicaments risque d'en être profondément affectée, au détriment des officines libérales et donc, de la majeure partie de la population.

Il fait valoir que l'une des caractéristiques essentielles des pharmacies mutualistes, à savoir le fait de ne pas appartenir à un pharmacien mais à une mutuelle, leur permet de s'affranchir de certaines règles contraignantes ce qui constitue une première distorsion de concurrence.

Il précise qu'il en va ainsi en ce qui concerne la responsabilité civile et pénale du pharmacien.

Il rappelle qu'en métropole, les avantages offerts à leurs adhérents par les pharmacies mutualistes, notamment en ce qui concerne le remboursement en une seule opération (part de la sécurité sociale et part mutualiste) ou la suppression de l'avance des frais, ont disparu avec la signature de conventions de délégation de paiement conclues entre les syndicats de pharmaciens et les mutuelles, ce qui a permis aux pharmacies libérales d'offrir aux adhérents des mutuelles les mêmes avantages que ceux qu'ils obtenaient auprès des pharmacies mutualistes.

Il fait valoir qu'en Nouvelle Calédonie, les organismes mutualistes ont toujours refusé de signer de telles conventions (notamment en ce qui concerne le tiers payant intégral).

Il ajoute que pour ce faire, elles invoquent leur rôle social, sans expliquer en quoi il consiste ni en quoi leur situation différerait des mutuelles métropolitaines pour lesquelles un tel comportement a été considéré comme anticoncurrentiel.

Il soutient que ce refus constitue une atteinte à la concurrence.

Il soutient encore que le développement des pharmacies mutualistes concurrence directement les officines libérales et porte atteinte au secteur de la distribution pharmaceutique de médicaments.

En ce qui concerne l'existence et le montant du préjudice, il fait valoir que les officines de NOUMEA ont évalué les pertes à venir consécutives à l'ouverture d'une troisième pharmacie mutualiste, en fonction du chiffre d'affaires réalisé avec les titulaires d'une des mutuelles.

Selon les officines, le préjudice est évalué à 8 %, 15,51 %, 22,18 % et 36,38 % du chiffre d'affaires total.

Il considère que le préjudice lié à l'ouverture de pharmacies mutualistes est donc clairement établi.

Il soutient qu'il appartenait au tribunal de déterminer l'existence ou non de pratiques discriminatoires et, dans un second temps, de déterminer le préjudice subi par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie, étant précisé qu'en tout état de cause, si la juridiction ne dispose pas d'éléments suffisants pour lui permettre de quantifier le préjudice, elle peut toujours recourir d'office à une mesure d'instruction.

Par divers jeux de conclusions, la Société Mutualiste des Fonctionnaires et Agents des Services Publics dite "Mutuelle des Fonctionnaires", l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie, la Mutuelle du Commerce et la Mutuelle SLN sollicitent la confirmation du jugement entrepris sauf en ce qu'il a rejeté leur demande de dommages-intérêts.

Elles forment un appel incident sur ce point et demandent à la Cour de condamner le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie à payer à chacune d'entre elles la somme de 1.000.000 FCFP à titre de dommages- intérêts pour procédure et appel abusifs.

Elles sollicitent la somme de 200.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Elles font valoir que l'appelant ne produisant aucun élément nouveau par rapport à ses écritures de première instance, elles reprennent également les moyens développés devant le premier juge.

Elles soutiennent que la présente instance ne vise qu'à accroître les profits des officines privées au détriment de l'action sociale menée par les sociétés mutualistes.

Elles rappellent la différence entre le "numerus clausus" mis en place en métropole, une officine pour 2.500 habitants et celui qui prévaut en Nouvelle Calédonie, soit une officine pour 4.000 habitants.

Elles font valoir que sept pharmacies ont été créées dans le "grand NOUMEA" depuis 1995 et d'autres dans les communes de la grande terre et des îles.

Elles demandent au Syndicat de préciser quelle est la part du chiffre d'affaires réalisée par les officines traditionnelles sur la somme de 6.200.000.000 FCFP correspondant aux dépenses pharmaceutiques enregistrées pour l'année 2004, précisant qu'en y ajoutant les produits parapharmaceutiques, le chiffre total doit représenter entre 10 et 12.000.000.000 FCFP.

Elles soutiennent que la réaction tardive du Syndicats des Pharmaciens, la première pharmacie mutualiste ayant été autorisée à NOUMEA en 1975, résulte de la mise en place des mesures relatives aux médicaments génériques et des réductions de chiffres d'affaires qui y sont attachées.

Elles rappellent le contexte ayant présidé à la création des Sociétés de Secours à la fin du 19^{ème} siècle et ajoutent que la possibilité pour une mutuelle d'être propriétaire d'une pharmacie n'est pas obsolète puisqu'elle a été confirmée et maintenue par l'article L. 577 du Code de la Santé Publique et par la Délibération no 113 du 20 mars 2003.

Elles contestent les affirmations de l'appelant concernant de prétendu avantages exorbitants et le prétendu non respect des textes, ainsi que celles relatives aux accusations visant

la Mutuelle des Fonctionnaires : prestations de vente conditionnelles ou différenciées, taux de cotisations différenciés, prestations proposées à des non-fonctionnaires, avantages sélectifs.

Elles rappellent que c'est la loi qui fait obligation aux sociétés mutualistes de réserver leurs prestations à leurs adhérents ou bénéficiaires.

Elles soutiennent que l'article 71 de la Délibération no 14 du 06 octobre 2004 exclut les sociétés mutualistes et leurs pharmacies du champ d'application des articles 68 et 69, et que les articles 77 et 78 s'appliquent aux seuls "producteur, commerçant, industriel ou artisan", ce qui n'est pas le cas des mutuelles.

Elles ajoutent que le Syndicat des Pharmaciens n'est pas un "partenaire économique" des mutuelles, ce qui rend de plus fort inapplicable l'article 77 invoqué par l'appelant.

Enfin, elles considèrent que le préjudice allégué est purement éventuel et soutiennent que la demande d'indemnisation ne se fonde que sur un risque très incertain, ce qui, au vu d'une jurisprudence constante, ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance.

Elles fondent leur demande incidente sur le caractère manifestement abusif de la présente procédure, fondée sur aucun élément sérieux, sauf à admettre comme sérieuse une réaction corporatiste voulant privilégier l'intérêt de ses membres par rapport à l'intérêt social et collectif.

L'ordonnance de clôture et de fixation de la date d'audience a été rendue le 30 novembre 2007.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1) Sur la recevabilité des appels

Attendu que l'appel principal et l'appel incident, formés dans les délais légaux, doivent être déclarés recevables ;

2) Sur les demandes formées par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie

a) Sur l'application des règles de concurrence aux pharmacies mutualistes

Attendu que c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter, que le premier juge a exactement retenu :

Que les pharmacies mutualistes créées par les sociétés mutualistes de Nouvelle Calédonie procèdent par la commercialisation de médicaments à une activité de production, de distribution et de services ;

Que les sociétés mutualistes qui exploitent des pharmacies mutualistes sont des concurrentes des officines libérales et par voie de conséquence, leur partenaire économique ;

Que les règles de concurrence leur sont applicables ;

Attendu qu'en vertu de ce constat, le premier juge a indiqué que l'activité des pharmacies mutualistes entraine dans le champ d'application de la Délibération n° 14 du 06

octobre 2004 définissant les règles en matière de concurrence et les pratiques anticoncurrentielles ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point ;

b) Sur les activités des pharmacies mutualistes

Attendu qu'il résulte des pièces versées et des débats que la Loi du 1er avril 1898 a autorisé les sociétés de secours mutuels à être propriétaires de pharmacies dont le bénéfice d'utilisation est réservé à leurs adhérents ;

Qu'il n'est pas contesté que les sociétés de secours mutuels sont à l'origine des sociétés mutualistes contemporaines ;

Que celles-ci ont un rôle social indéniable ;

Que la création de pharmacies mutualistes exploitées par les sociétés mutualistes a pour but de faire baisser le coût des médicaments et d'améliorer leurs conditions de remboursement, au bénéfice de leurs adhérents ;

Que leur exploitation s'inscrit donc dans le cadre de la Loi et de leurs propres statuts ;

Que l'argumentation présentée par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie, si elle était retenue, conduirait à remettre en cause le principe même du système mutualiste ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter, que le premier juge a exactement retenu :

Que les faits présentés par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie comme étant constitutifs de pratiques anticoncurrentielles, relèvent précisément du statut des pharmacies mutualistes, de leurs particularités et de leur mode de fonctionnement, tels qu'ils ont été instaurés par la Loi du 1er avril 1898 ;

Que l'argumentation exposée par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie n'est pas de nature à démontrer des atteintes à la concurrence commises par les sociétés mutualistes défenderesses dès lors que les griefs allégués ne résultent que de l'application des textes législatifs ou réglementaires dont il n'est pas possible de remettre en cause la légalité dans le cadre de la présente instance ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie de ses demandes visant à faire cesser de prétendues pratiques anticoncurrentielles ;

c) Sur les demandes concernant les griefs résultant du non respect des textes

Attendu que le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie reproche aux sociétés mutualistes et plus particulièrement à la Mutuelle des Fonctionnaires, de ne pas respecter les dispositions de la Délibération du 06 octobre 2004, de la Loi du 1er avril 1898 relative au statut des Mutuelles, du Code de la Santé Publique et du Code de Déontologie, en procédant à des pratiques discriminatoires sans aucune contrepartie réelle ;

Qu'il s'agit pour l'essentiel des griefs suivants : offre de prestations de vente conditionnelles ou différenciées, refus de signer des conventions de tiers-payant avec les officines libérales équivalentes à celles signées avec les pharmacies mutualistes ;

Attendu que c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter, que le premier juge a exactement retenu :

Que le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie ne saurait valablement reprocher aux sociétés mutualistes de réserver leurs prestations à leurs adhérents dans la mesure où, ce faisant, elles ne font que respecter le principe de base du système mutualiste;

Qu'il ne peut davantage leur reprocher de capter une clientèle dans la mesure où les adhérents des sociétés mutualistes ne sont pas obligés de s'approvisionner auprès d'une pharmacie mutualiste puisqu'ils ont la possibilité de se rendre dans une officine libérale offrant une meilleure proximité ;

Que le système du tiers-payant intégral ne présente pas des avantages exorbitants, le différentiel se situant à hauteur de 25 % et étant remboursé à l'assuré dans un délai de dix jours ;

Que la différence existant entre les deux systèmes se limite à une dispense d'avance des frais qui n'est pas de nature à drainer et rendre captifs tous les adhérents des sociétés mutualistes dans la mesure où ils savent qu'en s'approvisionnant auprès d'une pharmacie libérale de proximité, le différentiel leur sera remboursé dans les dix jours qui suivent, donc très rapidement ;

Qu'en vertu du principe de libre échange de consentement entre parties contractantes, on ne saurait imposer aux sociétés mutualistes de signer des conventions contre leur gré ;

Que le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie ne rapporte aucun fait précis qui serait imputable aux sociétés mutualistes, propriétaires de pharmacies qui restent tenus aux mêmes règles déontologiques que leurs homologues privés ;

Que les sociétés mutualistes justifient, par leur contribution, assurer un progrès économique et réserver à leurs adhérents une partie équitable de leurs profits, ce qui constitue une contrepartie réelle ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie de ses demandes visant à faire cesser de prétendues pratiques anticoncurrentielles et à conclure des accords de tiers payant intégral ;

d) Sur la demande de dommages-intérêts présentée par le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie

Attendu que le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie soutient que la création d'une troisième pharmacie mutualiste concurrence directement les officines libérales ;

Qu'il fait état d'un "risque" et de "pertes à venir " évaluées par les officines ;

Qu'au regard des développements qui précèdent, aucune faute ne peut être reprochée aux sociétés mutualistes ;

Qu'en outre, le syndicat ne rapporte pas la preuve d'un préjudice né et actuel ;

Qu'enfin, en ce qui concerne la mesure d'instruction invoquée il convient de rappeler qu'il n'appartient pas à la juridiction de suppléer à la défaillance du demandeur dans le rapport de la preuve ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie de sa demande aux fins de dommages-intérêts ;

e) Sur la demande reconventionnelle aux fins de dommages-intérêts pour procédure abusive

Attendu que sur ce point, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour de Cassation selon laquelle l'usage d'un droit dégénère en abus pouvant donner lieu à dommages-intérêts dès lors qu'il est établi que celui qui a fait usage de ce droit l'a fait de mauvaise foi, ou par une erreur telle qu'elle est assimilable à la mauvaise foi ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que dans ces conditions, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter, que le premier juge a exactement retenu que les sociétés mutualistes ne démontrent pas en quoi la procédure dirigée à leur encontre aurait dégénéré en abus de droit et les a déboutées des demandes présentées à ce titre ;

Que le jugement entrepris sera confirmé sur ce point également, ce qui revient à le confirmer en toutes ses dispositions ;

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare les appels recevables en la forme ;

Confirme en toutes ses dispositions le jugement rendu le 12 juin 2006 par le Tribunal de Première Instance de NOUMEA ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires comme mal fondées ;

Vu les dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie, condamne le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie à payer à chacune des sociétés mutualistes en cause : la Société Mutualiste des Fonctionnaires et Agents des Services Publics dite "Mutuelle des Fonctionnaires", l'Union des Sociétés Mutualistes de Nouvelle Calédonie, la Mutuelle du Commerce et la Mutuelle SLN, la somme de quatre vingt mille (80.000) FCFP ;

Condamne le Syndicat des Pharmaciens de Nouvelle Calédonie aux dépens de la procédure d'appel, avec distraction d'usage au profit de la SELARL d'avocats DUMONS et Associés ;

Et signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Cécile KNOCKAERT, Greffier présent lors de la remise du dossier avec l'arrêt au greffe.

Décision attaquée : Tribunal de première instance de Nouméa du 12 juin 2006