

CONSEIL NATIONAL DE
L'ORDRE DES PHARMACIENS

Affaire M. X
et M. Y
Décision n°337-D

Décision rendue publique par lecture de son dispositif le 13 décembre 2010 et par affichage dans les locaux du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 24 janvier 2011 ;

La chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens réunie le 13 décembre 2010 en séance publique ;

Vu l'acte d'appel présenté par MM. X et Y, pharmaciens co-titulaires de la Pharmacie X-Y sise..., enregistré au secrétariat du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 26 février 2009, et dirigé contre la décision de la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne, en date du 22 janvier 2009, ayant prononcé à leur encontre la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de six mois dont cinq mois assortis du sursis ; sur la forme, MM. X et Y contestent la participation, avec voix consultative, du pharmacien inspecteur au délibéré de la chambre de discipline de première instance, au motif qu'il avait inspecté leur officine au cours de la procédure disciplinaire et déposé plainte devant le conseil de l'Ordre ; ils rappellent que cette plainte n'a pas abouti et soutiennent que sa présence constitue une violation de l'article 6§1 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) ; ils demandent l'annulation de la décision du 22 janvier 2009 ; sur le fond, MM. X et Y considèrent que cette décision est insuffisamment motivée et entachée d'une erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation ; en effet, sur le grief tiré de la vente de produits réservés au monopole pharmaceutique, ils soutiennent qu'ils pouvaient vendre en toute légalité ces produits et s'appuient sur la jurisprudence communautaire ; ils insistent sur le fait qu'aucun des produits désignés comme relevant du monopole ne nécessitaient une ordonnance médicale pour être délivrés et soulignent que la proportion des produits concernés par le litige ne représentaient que 0,7% du catalogue ; sur les autres griefs, MM. X et Y maintiennent leurs précédentes écritures ; enfin, ils déclarent la décision infligée disproportionnée au regard de la régularisation des vices initiaux présents sur le site Internet XYC et demandent, à défaut de la décharge de toute pénalité, la réduction de la sanction qui ne pourra consister en une interdiction temporaire d'exercer ;

Vu la décision attaquée, en date du 22 janvier 2009, par laquelle la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne a prononcé à l'encontre de MM. X et Y la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de six mois dont cinq mois assortis du sursis ;

Vu la plainte en date du 23 novembre 2007, formée par M. A, M. B et M. Z à l'encontre de leurs confrères MM. X et Y ; les plaignants ont porté à la connaissance du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne les agissements de la société XYC, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession pharmaceutique ; ils ont indiqué que cette société, au capital de 15.000€ et domiciliée ..., était co-gérée à la fois par MM. X et Y, co-titulaires de la Pharmacie X-Y, et par M. C, non pharmacien ; les plaignants ont précisé que chacun des co-gérants possédaient le même nombre de parts et que la société portait le nom

commercial de « G » ; ils ont soutenu que l'objet de cette société était la vente au détail sur Internet de produits cosmétiques, pharmaceutiques et paramédicaux ; les plaignants ont constaté que MM. X et Y avaient fait le choix de s'associer à un non pharmacien pour la création de leur site de vente sur Internet, dans une société juridique distincte de leur officine ; selon eux, ce choix résultait de leur volonté de s'exonérer des contraintes législatives, réglementaires, éthiques, déontologiques et de compétence qui auraient découlé de la création de ce site dans le cadre d'une activité officinale réglementée ; la forme choisie aurait donc permis de proposer à la vente des articles de parapharmacie non soumis à réglementation particulière, de faire de la publicité et d'accueillir un associé non pharmacien ; en conclusion, les plaignants ont précisé que le site Internet de XYZ ne pouvait proposer ou faire la promotion de produits dont la vente est réservée aux pharmaciens, ni faire état de leur qualité de pharmacien en tant que profession réglementée ; une liste des produits vendus par XYZ était jointe à la plainte, consistant en des médicaments, produits, articles ou appareils entrant dans le champ d'activité de la pharmacie et dont la vente est réglementée ; en conséquence, les plaignants ont reproché à MM. X et Y l'exercice illégal de la pharmacie par la société XYZ, la contrainte financière à laquelle ils sont soumis due au contrat les liant à XYZ, l'unicité de l'adresse de l'officine X-Y et de la société XYZ, la sollicitation de clientèle et la présence, sur le site Internet, de produits soumis à une autorisation de mise sur le marché, de produits pour lentilles réservés aux opticiens et pharmaciens, d'aliments lactés et de tests de grossesse ;

Vu le mémoire produit par les plaignants et enregistré comme ci-dessus le 14 avril 2009 ; sur la forme, ils contestent la recevabilité de l'appel, au motif que la requête, adressée par télécopie le 26 février 2009, porte la date du 26 février 2008 (soit antérieurement à la décision du conseil régional, rendue le 22 janvier 2009) ; de même, les plaignants considèrent l'appel insuffisamment motivé, en ce qu'il se borne à reproduire le mémoire en défense du 5 novembre 2008 sans apporter d'élément nouveau ; ils invoquent également une communication tronquée, les pièces à l'appui de l'appel étant uniquement citées et non jointes à celui-ci ; sur le fond, les plaignants estiment que MM. X et Y étaient pleinement informés de la position de l'Ordre concernant la vente sur Internet ; ils affirment qu'en aucune façon MM. X et Y ont procédé au retrait de la plupart des produits incriminés ; les plaignants ajoutent que leurs deux confrères ont menti au rapporteur de première instance en produisant des déclarations mensongères, des documents suspects, trompeurs ou antidatés et qu'ils ont refusé de communiquer des pièces qui leur étaient pourtant réclamées ; ils considèrent qu'il serait profondément injuste que la sanction décidée en premier lieu ne soit pas confirmée ;

Vu le procès verbal de l'audition de MM. X et Y au siège du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, le 12 janvier 2010, par le rapporteur ; les intéressés affirment avoir abandonné, au cours de l'instruction, la gérance de XYZ, dont l'objet est devenu la création, le développement et la maintenance d'applications informatiques ; MM. X et Y annoncent le déménagement du siège social de la SARL, puis l'acquisition du fonds de commerce de vente au détail en ligne de produits cosmétiques et paramédicaux, par leur officine exploitée en SNC ; ce fonds était auparavant exploité par XYZ ; l'objet de la SNC est aujourd'hui le suivant : pharmacie et vente de détail en ligne de produits cosmétiques et paramédicaux ; MM. X et Y font état d'une situation pharmaceutique locale abominable, due à une attitude agressive permanente de la part des plaignants en raison de l'excellent développement de l'officine X-Y ; ils dénoncent l'absence totale de confraternité, la volonté de destruction et le harcèlement qu'ils subissent régulièrement ; MM. X et Y rappellent qu'en 2006, il existait une absolue méconnaissance de l'environnement juridique de la vente au détail sur Internet ; ils déclarent avoir recherché des conseils en consultant les informations existantes et en se rapprochant de leur expert comptable, qui les avait incités à dissocier les deux sociétés ; ils soutiennent qu'à l'époque, la position ordinale était hostile aux sites de vente au sein des officines et signalent que leur volonté initiale

était de vendre les produits cosmétiques de parapharmacie et les compléments alimentaires présents dans leur officine par le biais du site XYC ; ils assurent que leur objectif était de filtrer les produits à AMM et les autres ; ils déplorent l'inefficacité de ce tamisage, dans la mesure où étaient présents sur ce site 149 boîtes avec AMM, 95 médicaments vétérinaires et 1 seul produit à prescription médicale obligatoire ; MM. X et Y relatent les tentatives des plaignants de leur tendre des pièges à la suite de ces erreurs de référencement et insistent sur les mesures correctives apportées, notamment le transfert du siège et la « dépublication » de tous les produits litigieux ; enfin, ils expliquent que c'est bien la pharmacie qui approvisionnait la société XYC et facturait les produits cédés ; ils affirment également qu'aucun lien n'apparaissait entre les deux entités sur le site, à l'exception de l'adresse commune, et précisent que seuls les produits référencés pouvaient être commandés ; ils rappellent qu'à l'origine, deux plaintes avaient été déposées, celle en cours et une émanant du pharmacien inspecteur général ; cette dernière ayant été, ajoutent-ils, classée sans suite par le conseil régional ;

Vu le courrier des plaignants, enregistré comme ci-dessus le 29 novembre 2010, par lequel ceux-ci constatent que la communication de pièces, demandée aux poursuivis et restée sans réponse, a également été rappelée par le M. le Procureur « en temps utile », au cours de l'audience correctionnelle qui s'est tenue le 24 novembre 2010 ; à titre d'information, parallèlement à la procédure disciplinaire, MM. X et Y ont été cités devant la juridiction correctionnelle des chefs d'exercice illégal de la pharmacie, ouverture d'un établissement pharmaceutique sans autorisation, exploitation d'une officine par un pharmacien malgré une incompatibilité professionnelle, non-respect des conditions minimales d'installation des officines de pharmacie et exploitation d'une officine par un pharmacien titulaire sans exercer personnellement sa mission ; les plaignants souhaitent que MM. X et Y communiquent spontanément, en temps utile et conformément au principe du contradictoire les éléments de preuve dont ils disposent, à la fois dans le dossier pénal et dans le dossier disciplinaire ; ils précisent que toute opposition de leur part ne permettrait plus de garantir une procédure loyale, juste et équitable ;

Vu le mémoire produit par MM. X et Y et enregistré comme ci-dessus le 6 décembre 2010 ; ces derniers dénoncent la violation du principe d'impartialité par la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne et demandent l'annulation de la décision de première instance ; ils déclarent que 8 des 9 membres du conseil régional ayant décidé d'engager une poursuite disciplinaire à leur encontre ont également participé aux délibérations de la chambre de discipline ; l'arrêt ... rendu par le Conseil d'Etat le 18 juin 2010 est cité à l'appui de cet argument ; dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait annulé la décision du Conseil National pour irrégularité de la procédure disciplinaire liée au défaut d'impartialité des membres de la chambre de discipline de première instance, en raison de la participation de certains d'entre eux à la séance administrative ayant décidé la traduction du poursuivi en chambre de discipline. ;

Vu le mémoire produit par les plaignants et enregistré comme ci-dessus le 8 décembre 2010, tendant aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique et notamment ses articles L.4211-1, L.4221-1, L.5125-2, R.4235-26 et R.4235-67 ;

Après avoir entendu :

- les explications de M. Y et X ;
- les observations de Me CHEMLA, conseil de MM. Y et X ;

- les explications de MM., A et B, plaignants ;
les intéressés s'étant retirés, MM. Y et X ayant eu la parole en dernier ;

APRES EN AVOIR DÉLIBÉRÉ ;

Sur la recevabilité de l'appel :

Considérant que les plaignants contestent la recevabilité de l'appel interjeté par MM. X et Y, aux motifs que ces derniers auraient mentionné une date erronée sur leur requête en appel, que celle-ci serait insuffisamment motivée et qu'elle ne serait pas conforme à l'article R.412-2 du code de justice administrative relatif aux pièces accompagnant les mémoires ;

Considérant toutefois que si la requête en appel de MM. X et Y, adressée initialement par télécopie le 26 février 2009, porte la date erronée du 26 février 2008, cette erreur a été corrigée sur le mémoire en appel transmis le lendemain par courrier au secrétariat du Conseil national de l'Ordre ; qu'en tout état de cause, une simple erreur de date de cette nature ne présente aucun caractère substantiel et n'emporte aucune conséquence sur la recevabilité de l'appel ; que, contrairement à ce qui est allégué, l'appel est motivé dans la mesure où, sur 12 pages, sont développés des moyens portant tant sur la procédure que sur le fond et visant à une annulation de la décision attaquée ; qu'enfin, dans la mesure où les appelants n'ont joint aucune pièce à leur mémoire d'appel mais se sont contentés de faire référence aux pièces déjà produites en première instance, les dispositions de l'article R.412-2 du code de justice administrative n'ont pu être méconnues ; que, dès lors, l'appel de MM. X et Y est bien recevable ;

Sur la régularité de la procédure :

Considérant, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de procédure présentés par les requérants, que, par sa décision du 31 janvier 2008, le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne Ardenne, statuant sur la plainte de MM., A et B, a décidé de traduire MM. X et Y devant sa chambre de discipline ; que les membres du conseil régional ayant participé à cette décision administrative doivent être regardés comme ayant pris parti sur les faits reprochés aux intéressés ; que, toutefois, huit d'entre eux, à savoir Mmes BOUSCATEL, GILLET, LANGINY et LEPELTIER, MM. BUND, FLIRDEN, KALTENBACH et PETITJEAN, ont également siégé au sein de la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne Ardenne qui a prononcé la décision attaquée ; que, par suite, MM. X et Y sont fondés à soutenir, dans leurs dernières écritures, qu'il a ainsi été porté atteinte au principe d'impartialité et aux stipulations de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, dès lors, MM. X et Y sont également fondés à demander l'annulation de la décision attaquée ;

Considérant que, l'affaire étant en état, il y a lieu de l'évoquer au fond ;

Au fond :

Considérant qu'il est établi par les pièces du dossier et non contesté que MM. X et Y ont exercé à l'époque des faits des fonctions de gérant au sein d'une société XYZ dont l'objet était la vente au détail sur Internet de produits cosmétiques et de parapharmacie, sous le nom commercial de « G » ; que le troisième co-gérant de la société était M. C qui ne possédait pas la qualité de pharmacien ; que la société XYZ était domiciliée ..., à la même adresse que l'officine de MM. X et Y ; que les produits proposés à la vente en ligne par la société XYZ étaient fournis et facturés à celle-ci par l'officine de MM. X et Y ; que des produits relevant du monopole pharmaceutique figuraient parmi les produits proposés à la vente par la société XYZ, notamment des

médicaments avec AMM, des produits destinés à l'application des lentilles de contact et des tests de grossesse ;

Considérant que MM. X et Y se défendent en arguant de leur bonne foi ; qu'ils font valoir qu'à l'époque des faits, il existait un certain flou juridique en ce qui concernait les possibilités de vente sur Internet pour les pharmaciens d'officine et qu'ils s'étaient conformés aux recommandations de leur expert-comptable pour dissocier leur site de vente à distance et leur activité officinale ; qu'ils ajoutent que, contrairement à ce qui est allégué par les plaignants, cette dissociation ne découlait pas d'une volonté de leur part de s'affranchir des règles strictes encadrant l'exercice de la pharmacie d'officine ou des règles de déontologie ; qu'ils soulignent qu'au regard de la jurisprudence communautaire il est possible pour des pharmaciens de vendre sur Internet des médicaments non soumis à prescription médicale obligatoire, ce qui était le cas de tous les médicaments proposés à la vente par XYZ ; qu'ils précisent enfin que cette présence de produits relevant du monopole pharmaceutique sur le site de XYZ ne résultait pas d'un acte délibéré de leur part mais d'une déficience des filtres informatiques mis en place au moment du référencement et qu'en tout état de cause, l'ensemble des produits litigieux ne représentaient que 0,7% du catalogue de XYZ ;

Considérant toutefois que la société XYZ n'était pas un établissement pharmaceutique ni une officine de pharmacie et que M. C ne possédait pas la qualité de pharmacien ; que, dès lors, la vente par ceux-ci de produits relevant du monopole pharmaceutique constituait bien un exercice illégal de la pharmacie ; qu'en étant gérants de la société XYZ et en ayant fourni à celle-ci les produits litigieux, MM. X et Y ont méconnu les dispositions de l'article R.4235-26 du code de la santé publique aux termes duquel : « il est interdit aux pharmaciens de consentir des facilités à quiconque se livre à l'exercice illégal de la pharmacie » ; qu'à cet égard, les premiers juges ont estimé à bon droit que MM. X et Y ne pouvaient se prévaloir de la jurisprudence communautaire qui a admis le commerce en ligne de médicaments non soumis à prescription mais uniquement par une société pharmaceutique exerçant par ailleurs une activité officinale traditionnelle ; qu'en l'espèce, l'activité de vente en ligne n'a été rattachée à l'officine de MM. X et Y qu'à compter du 1^{er} août 2008 ; que les intéressés ne peuvent non plus s'exonérer de leur responsabilité en arguant qu'ils n'ont fait que mettre en œuvre les recommandations de leur expert-comptable ; qu'il leur appartenait en effet en leur qualité de pharmaciens, avant d'envisager les conditions d'une vente en ligne de produits pharmaceutiques, de s'entourer de conseils juridiques appropriés ou de solliciter l'avis préalable de leur conseil régional de l'Ordre ; qu'en localisant le siège social de XYZ à la même adresse que leur officine, MM. X et Y ont par ailleurs méconnu les dispositions de l'article R.4235-67 du code précité en vertu desquelles : « il est interdit au pharmacien de mettre à la disposition de personnes étrangères à l'officine, à quelque titre que ce soit, onéreux ou gratuit, tout ou partie de ses locaux professionnels pour l'exercice de toute autre profession » ; que les manquements de MM. X et Y justifient que soit prononcée à leur encontre une sanction disciplinaire ;

Considérant que, pour fixer le quantum de cette sanction, il convient de prendre en compte la circonstance que les produits relevant du monopole représentaient une très faible part du catalogue des produits proposés à la vente en ligne et que MM. X et Y ont abandonné la gestion de la société XYZ et rattaché l'activité de vente en ligne à leur officine, remédiant ainsi aux dysfonctionnements constatés ; qu'il sera fait, dès lors, une juste application des sanctions prévues par la loi en prononçant à leur encontre la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant quatre mois dont trois mois avec sursis ;

DÉCIDE :

ARTICLE 1 - La décision, en date du 22 janvier 2009, par laquelle la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne a prononcé à l'encontre de MM. X et Y la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de six mois dont cinq mois assortis du sursis, est annulée.

ARTICLE 2 – Il est prononcé à l'encontre de M. X et de M. Y la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant quatre mois dont trois mois assortis du sursis ;

ARTICLE 3 – La partie ferme de la sanction prononcée à l'encontre de MM. X et Y s'exécutera du 1^{er} mai au 31 mai 2011 inclus ;

ARTICLE 4 – Le surplus des conclusions de la requête en appel de MM. X et Y est rejeté.

ARTICLE 5 – La présente décision sera notifiée à :

- M. X ;
 - M. Y ;
 - M. Z ;
 - M. A ;
 - M. B ;
 - M. le Président du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne ;
 - à MM. les Présidents des autres Conseils centraux de l'Ordre des pharmaciens ;
 - à M. le Ministre du travail, de l'emploi et de la santé ;
- et transmise à M. le Pharmacien inspecteur régional de santé de Champagne-Ardenne.

Affaire examinée et délibérée en la séance du 13 décembre 2010 à laquelle siégeaient :

Avec voix délibérative :

M. CHERAMY - Conseiller d'Etat Honoraire

Mme ADENOT – M. CASAURANG - M. CHALCHAT — M. COURTEILLE – M. DELMAS –
Mme DELOBEL - Mme DEMOUY - M. DESMAS - Mme DUBRAY - Mme ETCHEVERRY -
M. FERLET – M. FORTUIT - M. FOUASSIER – M. GILLET – Mme MICHAUD –
M. LAHIANI – Mme LENORMAND - Mme MARION – M. NADAUD - M. RAVAUD -
Mme SARFATI – Mme SURUGUE – M. TRIVIN -M. TROUILLET - M. VIGNERON – M.
VIGOT.

Avec voix délibérative :

Mme BOUNY, représentant le Ministre du travail, de la santé et des sports ;

M. Le Pharmacien général inspecteur CHAULET, représentant le Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales et de l'immigration.

La présente décision, peut faire l'objet d'un recours en cassation – Art L. 4234-8 Code de la santé publique – devant le Conseil d'Etat dans un délai de deux mois à compter de sa notification. Le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation est obligatoire.

Le Conseiller d'Etat Honoraire
Président de la chambre de discipline
du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens
Bruno CHÉRAMY