

Décision rendue publique par lecture de son dispositif le 20 mai 2008 et par affichage dans les locaux de l'Ordre des pharmaciens le 20 juin 2008

La chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens réunie le 20 mai 2008 en séance publique ;

Vu l'acte d'appel présenté par M. A et Mme B, pharmaciens co-titulaires, à l'époque des faits, de la Pharmacie K, au centre commercial de..., enregistré au secrétariat du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 10 mai 2007 et dirigé contre la décision de la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin du 5 avril 2007 ayant prononcé à leur encontre respectivement la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de 18 mois pour M. A (sans sursis) et une durée de 12 mois dont 6 mois assortis du sursis pour Mme B; leur conseil, Me MOUDOULAUD sur le cumul d'activité, rappelle que M. A a été gérant de la SARL G ayant une activité de VPC de novembre 2001 au 31 décembre 2004 (date de cessation d'activité de ladite société) et que cette gérance ne s'est exercée qu'en dehors des heures d'ouverture de son officine ; il avait été conforté dans la régularité de cette activité par les renseignements qu'il avait pris auprès du conseil de l'Ordre à Paris ; de plus, le pharmacien inspecteur qui avait constaté les opérations de VPC dans sa précédente pharmacie de ... à l'automne 2001, lui avait simplement suggéré de séparer cette activité de celle de l'officine et de constituer une société distincte ; Me MOUDOULAUD ajoute qu'en tout état de cause, la décision rendue par la chambre régionale de discipline ne justifie pas, dans son contenu, en quoi M. A aurait commis une infraction en raison de sa gérance de la SARL G; l'importance du chiffre d'affaires réalisé ne constitue pas en soi une preuve d'infractions aux règles du non cumul dès lors qu'il n'est pas démontré que le chiffre d'affaires de G résultait de l'activité personnelle de M. A ; quant à Mme B, elle n'est pas concernée par ce grief, dès lors qu'il est indiqué dans la décision critiquée qu'elle n'a eu aucune fonction ou activité dans la SARL G; Me MOUDOULAUD s'insurge que la décision de première instance ait visé une ordonnance du juge des libertés du TGI ... du 22 février 2006 ainsi que diverses pièces provenant de la procédure de perquisition intervenue dans le cadre d'une procédure d'ordre exclusivement fiscale et concernant seulement M. A et nullement son épouse, ce qui démontre que le Conseil régional a été mis en possession de documents confidentiels sans les autorisations légales et qui donc ne sauraient être utilisés à des fins de poursuites disciplinaires ; le conseil de M. A et de Mme B estime également que c'est à tort que l'on a reproché à ses clients d'avoir exercé une activité de « grossiste » puisqu'aucun texte, en ce qui concerne la rétrocession de produits parapharmaceutiques, qui sont les seuls concernés dans cette affaire, ne définit un seuil à partir duquel on deviendrait grossiste rappelant que l'infraction à l'article R 4235-26 du code de la santé publique n'avait pas été retenue en première instance, Me MOUDOULAUD affirme que celle concernant l'article R 4235-67 du code de la santé publique (mise à disposition des locaux de l'officine), n'est pas davantage constituée ; qu'aucune activité autre que celle de la pharmacie n'a été exercée dans les locaux de l'officine ; que l'inspection de la pharmacie faite en 2005 n'a mis en évidence ni la présence de stock de produits, ni la présence de colis, ni la présence de personnel affecté à la VPC ; une salariée a certes été embauchée en CDI le 1^{er} septembre 2001 par la pharmacie, mais c'était dans l'attente des formalités de création de la SARL G et, dès le mois de

novembre 2001, cette salariée a été basculée sur le registre du personnel de G dont le siège social était à ... et le lieu de stockage à ... ; la chambre de discipline ne pouvait, comme elle l'a fait, fonder sa décision sur de simples « présomptions » ; le conseil de M. A et de Mme B conclut à la relaxe de ses clients ou, à tout le moins, à la réduction des peines prononcées en première instance, tout particulièrement en ce qui concerne Mme B;

Vu la décision attaquée ;

Vu la plainte formée le 5 décembre 2005 par le président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin visant les infractions aux articles R 4234-4, R 4235-26 et R 4235-67 du code de la santé publique ; la pharmacie de M. A et de Mme B a été inspectée le 11 octobre 2005 à la demande du président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens; à la date de l'inspection, M. A n'était plus titulaire, mais pharmacien adjoint à temps partiel dans cette officine ; en effet, M. A et de Mme B ont exploité cette pharmacie sous forme de SARL (dénommée Pharmacie AB) du 15 juin 2002 au 28 février 2005, M. A et de Mme B possédant chacun la moitié des parts ; cette SARL a été cédée à la SNC « K » (constituée le 18 décembre 2004) et dont les parts étaient réparties à égalité entre Mme A et M. C; la SNC « K » a débuté son exploitation le 1^{er} mars 2005 ; précédemment, du 16 février 1994 au 15 juin 2002, M. A et de Mme B exerçaient déjà en SNC, dans une pharmacie située ... ; parallèlement, M. A a été gérant d'une société de vente par correspondance dénommée G dont le siège était ... Selon les déclarations faites aux pharmaciens inspecteurs par M. A, l'idée de créer un site Internet remonte à 1999 ; ce site dénommé G.fr sur lequel il recevait des commandes de produits commercialisés dans la pharmacie a rapidement rencontré le succès ; ce succès a conduit M. A à créer en 2001 une société de vente par correspondance à laquelle il donna le même nom que le site Internet ; par la suite, malgré un chiffre d'affaires conséquent, cette société, en raison de difficultés financières (64 954 euros de perte sur l'exercice 2002) fut cédée à M. J, dirigeant de la société « J » située en Après cette cession, M. A a rétrocédé à la société précitée des produits commercialisés dans son officine. Les pharmaciens inspecteurs ont relevé que le montant des rétrocessions de la Pharmacie AB s'était élevé à 339 937,99 euros (HT) pour l'exercice clos au 30 juin 2003 et à 591 526,85 euros (HT) pour celui clos au 30 juin 2004. Les bénéficiaires de ces rétrocessions ont été principalement la société J et une parapharmacie sise ... ; parmi les produits rétrocédés, certains auraient figuré sur la liste de ceux dont la vente était réservée aux pharmaciens ; cependant, sur les copies de facture de rétrocession fournies par M. A et de Mme B ne figurait aucun produit à taux de TVA égal à 2,10 % sur les copies de facture d'achat auprès des grossistes répartiteurs des produits devant être rétrocédés, les pharmaciens ayant noté la présence de quelques médicaments à usage humain ou vétérinaire, de test de grossesse de plante en gélules etc. et le montant de certaines de ces factures étant exactement le même que la facture de rétrocession correspondante, les pharmaciens inspecteurs ont considéré que M. A et de Mme B avaient bien rétrocédé à une société exerçant une activité de vente par correspondance des produits dont la vente était réservée aux pharmaciens enfin le contrat de recrutement par la Pharmacie AB de Mme I chargée de l'administration et du traitement des ventes par correspondance attestait bien, pour les inspecteurs, que l'activité VPC de la société G.fr avait été réalisée par une personne salariée de l'officine;

Vu le courrier de M. JAUBERT, ancien président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du limousin, plaignant, enregistré le 28 juin 2007, réfutant l'argumentation de M. A développée dans sa requête d'appel; M. JAUBERT affirme que la présence

permanente de M. A à l'officine s'expliquait tout naturellement par le fait que l'activité reprochée à M. A (passage de commandes, réception de commandes, expédition, facturation, suivi sur Internet) s'exerçait en totalité à ladite officine ;

Vu le courrier de M. A, en date du 27 janvier 2008, dans lequel celui-ci refait l'historique du site de vente de cosmétiques sur Internet et de la société G et dénonce les pressions qu'il a subies de la part du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin, faisant remonter l'origine du conflit à la création par son prédécesseur de la Pharmacie K qui avait mécontenté, à l'époque, les confrères voisins, notamment Mme N dont le témoignage avait directement influencé la décision de première instance; M. A souligne qu'il a vendu son officine et déménagé pour trouver un emploi dans une autre région, que son ex-épouse a également dû vendre ses parts et trouver un autre emploi et estime avoir été victime de la jalousie de confrères voisins, gênés du développement qu'avait connu la Pharmacie K depuis qu'il l'avait reprise avec son épouse ;

Vu le procès verbal d'audition par le rapporteur de Mme B assistée de son conseil au siège du Conseil national le 11 février 2008 ; sur les critiques concernant la procédure de première instance, Mme B a confirmé n'avoir jamais eu, avant ce jour, communication des pièces 1 à 20 annexées au rapport d'inspection ayant déclenché la procédure disciplinaire ; elle conteste les conditions dans lesquelles l'ordonnance en date du 22 février 2006 du juge des libertés et de la détention près le TGI ...a été insérée puis sortie du dossier ; Mme B critique également la présence à l'audience de première instance du pharmacien inspecteur régional qui, bien que n'ayant pas participé au délibéré final, a fortement influencé avant celui-ci les conseillers par ses nombreuses interventions orales; sur le fond, Mme B a réaffirmé ne pas être responsable de l'activité créée par son mari ; elle rappelle qu'à ce jour, la société G n'existe plus et qu'elle n'est plus titulaire depuis le 24 janvier 2008, condamnée à la vente par ces circonstances ; ayant perdu son mari et ayant deux enfants à charge, elle souhaite pouvoir reprendre une activité en qualité de pharmacien adjoint

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique et notamment ses articles L 5125-2 ; R 4235-4 ; R 4235-26, R 423567

Après lecture du rapport de M. R ;

Après avoir entendu :

les explications de Mme B

les observations de Me MOUDOULAUD, conseil de Mme B, représentant également M. A absent ;

Les intéressés s'étant retirés, Mme B ayant eu la parole en dernier ;

APRES EN AVOIR DELIBÉRÉ;

Considérant que M. A, régulièrement convoqué à l'audience, ne s'est pas présenté à celle-ci ; qu'il avait pu faire valoir ses moyens de défense à travers ses mémoires écrits, tant en première instance qu'en cause d'appel ;

Sur la régularité de la procédure de première instance

Considérant que Mme B a critiqué la présence à l'audience de première instance du pharmacien inspecteur régional qui aurait influencé les membres de la juridiction, avant le délibéré, par ses interventions orales ; que, toutefois, il résulte des mentions mêmes de la décision de première instance que le pharmacien inspecteur régional n'a pas siégé au sein de la chambre de discipline et n'a pas participé au délibéré ; que la procédure suivie lors de l'audience de première instance doit donc être regardée comme régulière ;

Au fond :

Considérant que M. A et de Mme B ont été poursuivis, en premier lieu, pour avoir facilité la commission par des tiers du délit d'exercice illégal de la pharmacie ; que se trouvait ainsi en cause l'activité de rétrocession de produits de parapharmacie exercée par les intéressés au profit notamment de la société J ; que, selon le plaignant, des produits relevant du monopole pharmaceutique auraient en effet été également l'objet d'une telle rétrocession ; que, toutefois, au vu des pièces du dossier, et notamment des factures relatives à l'activité de rétrocession, la juridiction de première instance a pu décider, à bon droit, qu'il existait un doute sur la réalité du grief qui devait profiter à C ;

Considérant que M. A et de Mme B se voient également reprocher un manquement aux dispositions de l'article R 4235-67 du code de la santé publique interdisant de mettre à disposition de personnes étrangères à l'officine tout ou partie des locaux professionnels pour l'exercice de toute autre profession ; que cette infraction serait constituée par le recrutement, en septembre 2001, de Mme I chargée de l'administration et du traitement des commandes par VPC ; que, toutefois, à cette date, l'activité de vente par correspondance de produits de parapharmacie ne se faisait pas par le truchement d'une société indépendante de l'officine mais par un site Internet ; que c'est seulement en novembre 2001 que la société « G.fr » a été constituée pour reprendre l'activité de vente par correspondance et que Mme I a été inscrite sur le registre du personnel de ladite société quelques mois après son recrutement ; que, dès lors, la mise à disposition des locaux de l'officine à un tiers pour l'exercice d'une autre profession n'est pas établie ;

Considérant que M. A et de Mme B sont enfin poursuivis pour avoir exercé, parallèlement à leur activité de pharmacien d'officine, une autre profession ; qu'aux termes de l'article L 5125-2 visé notamment par le rapport d'inspection figurant au dossier, « l'exploitation d'une officine est incompatible avec l'exercice d'une autre profession [...] ; qu'une telle disposition s'oppose à ce qu'un pharmacien titulaire d'officine soit gérant en droit ou en fait d'une société exerçant une autre activité commerciale ; qu'il est, à cet égard, établi que M. A a assuré les fonctions de gérant de la SARL « G.fr » du 26 novembre 2001 au 31 décembre 2004, alors qu'il était dans le même temps co-titulaire de la pharmacie du centre commercial de ... ; que, dès lors, de ce seul chef, la responsabilité de M. A est engagée ;

Considérant que si les activités de la S.A.R.L. « G.fr » n'ont pu se développer à l'insu de Mme B, celle-ci était moins impliquée que son époux dans ces activités ; qu'en tolérant ainsi le cumul d'activité illicite de son époux et co-titulaire, Mme B, certes dans une moindre mesure, a également engagé sa responsabilité ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les juges de première instance n'ont pas fait une application excessive des sanctions prévues par la loi en prononçant à l'encontre de M. A la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant 18 mois ; qu'il convient, en revanche de ramener de 12 mois à 6 mois la durée de la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie prononcée à l'encontre de Mme B et d'assortir celle-ci du sursis dans son intégralité ;

DÉCIDE:

Article 1: La sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de 18 mois prononcée le 5 avril 2007 à l'encontre de M. A par la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin est confirmée ;

Article 2 : La sanction prévue à l'article 1er s'exécutera du 1er janvier 2009 au 30 juin 2010 inclus ;

Article 3 : La sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie prononcée le 5 avril 2007 à l'encontre de Mme B est ramenée d'une durée de 12 mois assortie du sursis pour moitié à une durée de 6 mois assortie en totalité du sursis

Article 4: La décision, en date du 5 avril 2007 par laquelle la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin a infligé à M. A la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de 18 mois et à l'encontre de Mme B la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de 12 mois dont 6 mois avec sursis est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision ;

Article 5: Le surplus des conclusions de la requête en appel de M. A et de Mme B est rejeté

Article 6 : La présente décision sera notifiée à :

- à M. A;
- à Mme B
- au président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Limousin ;
- au président du conseil central de la section D de l'Ordre des pharmaciens - aux présidents des autres conseils centraux de l'Ordre des pharmaciens
- à la Ministre de la santé, de la jeunesse et des sports ;

Affaire examinée et délibérée en la séance du 20 mai 2008 à laquelle siégeaient :

Avec voix délibérative

Mme DENIS-LINTON — Conseiller d'Etat — Président,
M. AUDHOUÏ — Mme BALLAND - M. BENDELAC — M. CASOURANG - M.
CHALCHAT — M. COATANEA - M. DEL CORSO - Mme DEMOY - Mme DERBICH

— M. DOUARD — Mme DUBRAY — M. FERLET — M. FORTUIT — M. FOUCHER
— Mme GONZALEZ — M. GILLET — Mme LENORMAND - Mme MARION — M.
NADAUD — Mme QUEROL-FERRER — M. TRIVIN- M. TROUILLET — M.
ANDRIOLLO — M. VIGNERON.

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
Président suppléant de la
chambre de discipline du
Conseil national de l'Ordre des
pharmaciens
MARTINE DENIS LINTON
Signé