CONSEIL NATIONAL DE
L'ORDRE DES PHARMACIENS

Affaire M. A
Décision n° 916-D

Décision rendue publique par lecture de son dispositif le 28 janvier 2013 et par affichage dans les locaux du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 1er mars 2013 ;

La chambre de discipline du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens réunie le 28 janvier 2013 en séance publique ;

Vu l'acte d'appel présenté par M. A, enregistré le 13 janvier 2012 au greffe du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, et dirigé contre la décision de la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Picardie, en date du 8 novembre 2011, ayant prononcé à son encontre la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de trois mois ; l'intéressé soutient, en premier lieu, que les faits de l'espèce ont été dénaturés par la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Picardie ; selon lui, le courrier litigieux du 2 juin 2010 s'inscrit dans le cadre des campagnes d'information développées par le groupement « ... », visant à favoriser la coopération entre professionnels de santé, conformément aux objectifs de la loi « Hôpital, Patients, Santé et Territoires » du 21 juillet 2009 ; il précise que ce courrier n'a pas été diffusé auprès de plusieurs médecins, contrairement aux affirmations des plaignants, et qu'il s'agit en réalité d'une réponse faite à un médecin, comme le confirme le groupement « ... » en ces termes : « après information du groupement, certains professionnels ont demandé des informations complémentaires ; après demande expresse, ces informations ont été transmises » ; selon lui, l'un des plaignants aurait affirmé, lors de son audition en première instance, qu'il ignorait si tous les médecins de ... et des environs étaient destinataires de ce courrier et il aurait précisé que le médecin voisin de sa pharmacie ne l'avait pas reçu ; M. A considère en outre que la chambre de discipline du conseil régional a inventé « une théorie juridique, la responsabilité de l'affilié du fait de l'affiliant » ; il reproche à celle-ci de reconnaître qu'il n'a pas pris part à la rédaction et à l'envoi du courrier du 2 novembre 2010, tout en considérant qu'il devrait répondre de la politique de communication de son groupement ; il ajoute que « la responsabilité ordinale du fait d'autrui » n'existe pas et que la responsabilité disciplinaire du pharmacien est nécessairement personnelle ; il en déduit que sa responsabilité ne saurait être engagée, dès lors qu'il n'avait pas connaissance du courrier adressé par le groupement, que le fait d'adhérer à un tel groupement ne peut caractériser une faute et que le pharmacien membre d'un réseau conserve son indépendance, aussi bien dans la gestion de son officine que dans sa politique de prix ou sa communication ; sur la qualification de compérage, M. A affirme que la décision de première instance ne démontre pas que ce dernier aurait fait acte d'intelligence avec un médecin en vue d'obtenir un avantage indu au détriment d'un patient ou d'un tiers, comme l'exigent les dispositions de l'article R. 4235-27 du code de la santé publique ; pour justifier cette affirmation, M. A précise que le courrier litigieux a été adressé à son insu ; il considère alors que la qualification de compérage est exclue dans cette hypothèse par la

jurisprudence du Conseil d'Etat ; il ajoute que le Conseil d'Etat sanctionne régulièrement les qualifications de compérage non fondées sur la démonstration d'un profit ; il considère en l'espèce que les plaignants n'ont pas apporté la preuve du profit retiré par lui ou de la perte subie par les plaignants ; il invoque notamment le procès verbal d'audition de Mme I ; cette dernière aurait indiqué qu'elle ne pouvait mesurer précisément le préjudice éventuel causé par l'envoi du courrier du 2 novembre 2010, estimant que sa perte de clientèle était plutôt due à d'autres pratiques commerciales ; au regard de l'ensemble de ces éléments, M. A demande donc à la chambre de discipline du Conseil national d'infirmer la décision rendue le 8 novembre 2011 en première instance et, à titre subsidiaire, de réduire la sanction prononcée qui s'avère disproportionnée au vu des circonstances de l'espèce ;

Vu la décision attaquée, en date du 8 novembre 2011, par laquelle la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Picardie a décidé de joindre les plaintes soumises à son examen et a prononcé la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de trois mois à l'encontre de M. A ;

Vu les plaintes formées à l'encontre de M. A, pharmacien titulaire de l'officine « A », sise …, et de la SELAS « A », le 16 juin 2010 par M. C et Mme D, pharmaciens titulaires au moment des faits à ..., le 21 juin 2010 par M. B, pharmacien titulaire à …, Mme E, pharmacien titulaire au moment des faits à ..., Mme F, pharmacien titulaire à ..., Mme H, pharmacien titulaire à ..., Mmes I et J, pharmaciens titulaires à ..., et le 2 juillet 2010 par Mme K, pharmacien titulaire à ... ; les plaignants mettent en cause un courrier en date du 2 juin 2010, adressé aux médecins de la région de ... par le groupement « ... », société commerciale fournissant des prestations aux pharmaciens adhérents, qui décrit les avantages tarifaires et services proposés par l'ensemble de ses adhérents tels que :

- la réalisation de « piluliers à la semaine ou en sachets doses gratuitement pour [leurs] patients pour une meilleure observance des traitements » ;
- l'enregistrement du groupement comme « Centre de récupération des déchets pour les professionnels de santé et cela gracieusement ainsi que pour [leurs] clients diabétiques, avec traçabilité et justificatifs de destruction » ;
- l'existence d'un « espace spécifique Professionnel de santé » disponible au sein des officines adhérentes, « qui permet aux professionnels de santé d'acheter 30% moins chers que par correspondance leurs draps d'examens et autres » ;

les plaignants estiment que M. A, seul titulaire d'une officine exerçant sous l'enseigne du groupement « ... » de la région, bénéficiait directement de la démarche commerciale entreprise auprès des médecins par le biais de ce courrier ; selon eux, ces faits caractérisent un manquement aux obligations déontologiques qui s'imposent à M. A et peuvent être qualifiés de compérage, dès lors que l'envoi du courrier précité avait pour finalité d'orienter des patients vers l'officine de ce dernier ;

Vu la plainte formée le 21 juin 2010 par Mme G, pharmacien titulaire à ..., à l'encontre de M. A, tenant aux mêmes fins et par les mêmes moyens que ceux développés dans les plaintes visées ci-dessus ;

Vu les décisions de traduction en chambre de discipline de M. A, en date du 18 octobre 2010;

Vu les décisions de non traduction en chambre de discipline de la SELAS A, en date du 18 octobre 2010 ;

Vu le mémoire de M. C et de Mmes D, F, G, H, I et J, enregistré comme ci-dessus le 5 mars 2012 ; ces derniers affirment que « M. A a aliéné son indépendance à l'égard du groupement puisqu'il prétend ne pas avoir été informé des courriers envoyés par son groupement » ; ils estiment également que le courrier litigieux ne s'inscrit pas dans une mission d'information des professionnels de santé, comme le prétend M. A, et ne constitue pas non plus une coopération entre les professionnels de santé ; selon eux, il s'agit seulement « d'un démarchage commercial prohibé tant par le Code de la santé publique que le Code de déontologie des pharmaciens d'officine » ; ils considèrent également que M. A avait parfaitement connaissance du courrier envoyé par le groupement, comme précisé lors de son audition par le rapporteur ; ils ajoutent que le courrier en question a fait l'objet d'une large diffusion auprès du corps médical et que plusieurs médecins de la région en ont été destinataires ; ils en concluent que M. A a aliéné son indépendance pour des motifs financiers ; selon eux « c'est bien M. A qui a donné au groupement ... le ciblage des médecins destinataires des courriers » ; ils précisent que l'associé de M. A, titulaire d'une officine à ..., elle-même adhérente du groupement ..., a indiqué au rapporteur, que « du fait des plaintes, il avait demandé au groupement de surseoir à statuer à l'envoi des courriers sur ..… et que leur envoi (des courriers) était une proposition faite par le groupement, les adhérents ayant toute latitude pour adhérer ou refuser à la proposition qui leur est faite » ; le fait que l'associé de M. A conteste aujourd'hui le contenu du procès verbal d'audition sur ce point et prétende ne pas l'avoir relu avant de le signer, caractérise, selon eux, la mauvaise foi de ce dernier qui « n'hésite pas à travestir ses propres propos et mettre en cause l'intégrité du rapporteur pour défendre la cause de son associé » ; en outre, les plaignants affirment que M. A a personnellement distribué, « sur le parking de la Grande surface commerciale jouxtant son officine », des tracts publicitaires édités par le groupement « ... », intitulés « notre sélection du mois » et présentant des tarifs promotionnels ; selon eux, ces éléments sont de nature à établir que le pharmacien poursuivi était informé des actions du groupement avant leur mise en œuvre ; sur le grief relatif au compérage, ils estiment que ce manquement déontologique est parfaitement établi dès lors que M. A a cautionné le démarchage du groupement « ... » auprès des médecins du secteur de ... ; ils ajoutent que les informations tarifaires du courrier avaient en réalité pour objectif d'orienter les patients vers la seule pharmacie portant l'enseigne ... dans le secteur de ... ; ils prétendent également que M. A aurait anormalement augmenté son chiffre d'affaires à une époque où la pharmacie d'officine « subit le marasme économique » et, qu'au contraire, certains des plaignants ont subi une baisse de leur chiffre d'affaires de 7% l'année de l'installation de ce dernier et de 10% en 2010/2011 ; ils affirment enfin que M. A, qui aurait déjà fait l'objet de poursuites disciplinaires auparavant, a violé les dispositions des articles R. 4235-21, R. 4235-22 et R. 5125-29 du code de la santé publique en tirant profit de la publicité émise par son groupement avec son accord et en diffusant lui-même ladite publicité, notamment par tract, et ciblage des médecins ;

Vu le mémoire de M. A, enregistré comme ci-dessus le 2 avril 2012, tenant aux mêmes fins et par les mêmes moyens que ceux précédemment développés ; l'intéressé conteste notamment les attestations produites par les plaignants ; selon lui, ces attestations, produites deux ans après les faits, sont très imprécises et ne permettent pas de démontrer sa participation, de concert avec le groupement « ... », à une opération de démarchage de médecins par voie de circulaire ; il considère également que les propos tenus au rapporteur lors de son audition en première instance, ne sont pas de nature à établir l'existence d'une faute, comme le soutiennent les plaignants, mais confirment au contraire qu'il n'est ni l'auteur, ni l'instigateur

du courrier incriminé ; sur la distribution de tracts publicitaires « sur le parking de la Grande surface commerciale jouxtant son officine », invoquée par les plaignants, il soutient que cette allégation est mensongère et n'est étayée par aucune preuve ; selon M. A, le tract en question était mis à la disposition de la clientèle dans son officine ; sur les précédentes poursuites disciplinaires invoquées par les plaignants, M. A précise que les plaintes, qui émanaient de deux d'entre eux, n'ont pas donné lieu à une décision de traduction en chambre de discipline ; M. A considère également que les plaignants affirment à tort qu'il était seul titulaire d'une officine à l'enseigne du groupement « ... » dans les environs, alors que « 6 pharmacies à proximité de la pharmacie A (…) ont adhéré au groupement ... (centrale de référencement ou centrale de référencement + enseigne) » comme en attesterait le responsable de la centrale d'achat ; concernant la baisse du chiffre d'affaires de certains pharmaciens plaignants, il relève que cet argument ne concerne qu'un seul de ceux-ci et qu'aucun élément ne permet de démontrer que cette diminution serait due à l'envoi du courrier litigieux ;

Vu le mémoire de MM. C et B et de Mmes D, F, G, H, I et J, enregistré comme ci-dessus le 4 mai 2012, par lequel ces derniers maintiennent leurs précédentes écritures ; ils précisent que le Dr L, dont l'attestation est versée aux débats, a reçu le courrier litigieux après avoir appelé l'officine de M. A pour obtenir un renseignement précis sur les substituts nicotiniques ; selon eux, il « a immédiatement assimilé le courrier d'..., à la pharmacie de M. A, seule pharmacie portant l'enseigne du groupement, dans le secteur » ; ils considèrent alors que la diffusion du courrier litigieux, selon des critères déterminés et indiqués par M. A, est parfaitement établie ; s'agissant de la distribution de tracts, ils relèvent qu'« il est mensonger de prétendre que ces tracts n'étaient disponibles que dans l'officine, alors que celui versé aux débats a été tout simplement ramassé sur le parking de ladite surface commerciale par l'un des concluants ! » ; les plaignants indiquent enfin que si M. A n'a pas fait l'objet d'une décision de traduction en chambre de discipline dans le cadre des poursuites disciplinaires initiées à son encontre, « il lui a néanmoins été rappelé en ces occasions que certains usages devaient être respectés, et que toutes démarches publicitaires devaient être considérées avec tact et mesure » ;

Vu le mémoire de M. A, enregistré comme ci-dessus le 4 juin 2012, tenant aux mêmes fins et par les mêmes moyens que ceux précédemment développés ; il précise que le courrier litigieux était adressé aux médecins, à leur demande préalable, et qu'il ne mentionnait pas les prix pratiqués dans son officine ; il affirme avoir indiqué au rapporteur de première instance « ne pas vendre certains des produits visés, ou à un tarif différent du prix générique indicatif » ; sur le grief relatif à l'orientation des patients vers son officine, ce dernier indique que le courrier litigieux a seulement pour finalité de permettre au médecin qui en est destinataire de connaître les prix et services proposés par le groupement et de renseigner un patient « qui l'interrogerait sur la possibilité de se procurer tel ou tel médicament », tout en respectant son libre choix ; M. A en conclut qu'un médecin peut, à sa demande, être informé des tarifs proposés par le groupement, sans que ces agissements soient qualifiés de compérage ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique et notamment ses articles R.4235-18, R.4235-21, R.4235-22 et R.4235-27 ;

Après lecture du rapport de M. R ;

Après avoir entendu :

- les explications de M. A ;
- les observations de Me BEAUGENDRE, conseil de M. A ;
- les observations de Me CACHEUX, représentant les plaignants ;

les intéressés s'étant retirés, M. A ayant eu la parole en dernier ;

APRÈS EN AVOIR DÉLIBÉRÉ ;

Considérant qu'aux termes de l'article R.4235-18 du code de la santé publique : « *Le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, commerciale, technique ou morale, de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de sa profession, notamment à l'occasion de la conclusion de contrats, conventions ou avenants à objet professionnel* » ; qu'aux termes de l'article R.4235-21 du même code : « *Il est interdit aux pharmaciens de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle. Ils doivent s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale* » ; qu'aux termes de l'article R.4235-22 du même code : « *Il est interdit aux pharmaciens de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de la profession* » ; que l'article R.4235-27 du code de la santé publique interdit toute forme de compérage entre pharmaciens et médecins, tout en définissant celui-ci comme « *l'intelligence entre deux ou plusieurs personnes en vue d'avantages obtenus au détriment du patient ou de tiers* » ;

Considérant qu'en l'espèce les plaignants reprochent à M. A d'avoir pris une part active et d'avoir tiré indûment profit de l'envoi, à certains médecins de la région de ..., d'un courrier à l'en-tête du groupement ... ; qu'ils font valoir que M. A est membre de ce groupement et que son officine est la seule des environs immédiats de ... arborant l'enseigne ... ; qu'ils ajoutent que ce courrier ne présente pas un simple caractère informatif, mais fait état d'avantages tarifaires et de services proposés gracieusement par l'ensemble des adhérents, ce qui s'apparente à une publicité en faveur des officines de l'enseigne ; qu'ils affirment que ces faits constituent une sollicitation illicite de clientèle, un acte de concurrence déloyale et une forme de compérage entre M. A et les médecins concernés ; qu'ils font également grief à M. A d'avoir personnellement distribué des tracts publicitaires édités par le même groupement sur le parking de la grande surface jouxtant son officine ;

Considérant que, pour sa défense, M. A soutient que le courrier litigieux s'inscrivait dans le cadre d'une campagne d'information développée par le groupement ... afin de favoriser la coopération entre professionnels de santé ; que, selon lui, ce courrier n'aurait pas été adressé spontanément aux médecins mais constituerait une réponse apportée à certains professionnels ayant demandé des informations complémentaires sur les services proposés par le groupement ; qu'il affirme n'avoir pris aucune part dans l'envoi de ce courrier, n'en avoir pas eu connaissance au préalable et ne pouvoir être tenu disciplinairement responsable pour des faits relevant de la politique de communication d'un groupement dont il n'est qu'un simple adhérent ; qu'il remet en cause la qualification de compérage avancée par les plaignants dans la mesure où ces derniers n'ont pu démontrer l'existence d'avantages indus, obtenus à leur détriment ou à celui de tiers ; qu'il conteste enfin s'être livré à une distribution de tracts en dehors de son officine et souligne que cette affirmation des plaignants n'est étayée par aucune preuve ;

Considérant qu'aux termes de l'article R.4235-27 du code de la santé publique le compérage suppose une intelligence entre plusieurs personnes en vue d'obtenir des avantages au détriment de patients ou de tiers ; qu'en l'espèce, aucune pièce du dossier ne permet d'affirmer que les faits reprochés à M. A lui auraient permis de retirer un profit au détriment des patients ou des plaignants ; qu'en particulier aucun élément ne permet de démontrer que la baisse de chiffre d'affaires invoquée par certains de ces derniers serait directement liée à l'envoi de la lettre litigieuse ; que le grief de compérage doit donc être écarté ; qu'aucune pièce du dossier ne permet non plus d'établir que M. A se serait livré à une distribution de tracts publicitaires en dehors de son officine ; qu'en particulier, le seul fait que l'un des plaignants ait pu ramasser un de ces tracts sur le parking de la grande surface jouxtant l'officine de M. A n'apparaît pas déterminant et ne permet pas de contredire la version de celui-ci selon laquelle lesdits tracts étaient uniquement mis à la disposition de la clientèle dans son officine ; qu'en tout état de cause, ce grief soulevé pour la première fois en cause d'appel ne saurait être retenu ;

Considérant qu'en ce qui concerne la nature du courrier litigieux, il convient de relever que celui-ci fait état de prix garantis sur certains médicaments dits « à mémoire », de remises commerciales sur certains matériels, de services proposés à titre gratuit ; qu'il ne saurait dès lors être assimilé à une simple information visant à favoriser la coopération entre professionnels de santé, mais constitue un document publicitaire incitant les médecins destinataires à orienter leurs patients vers les pharmacies du groupement ... ; que la circonstance que M. A ne vendait pas certains des produits visés dans son officine ou pratiquait des tarifs différents est sans influence sur le caractère manifestement publicitaire du courrier litigieux ; que toutefois M.A ne peut être tenu responsable, sur un plan disciplinaire, que de faits auxquels il a apporté son concours actif ; qu'à cet égard, il convient de relever qu'auditionné par le rapporteur de première instance, M. M, associé non exploitant au sein de la pharmacie de M. A, a expressément reconnu qu'il savait que ce type de courrier allait être envoyé sur ..., que leur envoi était une proposition faite par le groupement, les adhérents ayant toute latitude pour adhérer à la proposition qui leur était faite ou la refuser ; que M. M a également indiqué que compte tenu de la plainte formée à l'encontre de son associé, il avait lui-même demandé au groupement de surseoir à l'envoi de ces courriers sur la région d'... où se trouve l'officine dont il est lui-même titulaire ; que ces affirmations du propre associé de M. A démontrent clairement que la campagne promotionnelle orchestrée par le groupement ... se faisait avec l'accord exprès des pharmaciens adhérents ; que la circonstance que M. M soit revenu dans un second temps sur ses affirmations alors qu'il a librement signé le procès-verbal de son audition apparaît comme une tentative dérisoire d'occulter tardivement la vérité ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. A doit être regardé comme ayant pris une part active dans l'envoi, par le groupement ... dont il est adhérent, de courriers manifestement publicitaires visant à inciter les médecins proches de son officine à orienter leurs patients vers celle-ci ; que de tels faits constituent des actes de concurrence déloyale et une sollicitation illicite de clientèle contraires aux dispositions des articles R.4235-21 et R.4235-22 du code de la santé publique ; qu'il sera fait toutefois une plus juste application des sanction prévues par la loi en réduisant la durée de la sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie prononcée en première instance, de trois mois à deux mois, tout en assortissant celle-ci du sursis pour une durée d'un mois ;

DÉCIDE :

Article 1 : Il est prononcé à l'encontre de M. A la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant deux mois, dont un mois avec sursis ;

Article 2 : La partie ferme de la sanction prononcée à l'encontre de M. A s'exécutera du 1er juin 2013 au 30 juin 2013 inclus ;

Article 3 : La décision, en date du 8 novembre 2011, par laquelle la chambre de discipline du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Picardie a prononcé à l'encontre de M. A la sanction de l'interdiction d'exercer la pharmacie pour une durée de trois mois, est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision ;

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête en appel de M. A est rejeté ;

Article 5 : La présente décision sera notifiée à :
- M. A;
- Mme E;
- Mme F;
- Mme G ;
- Mme H;
- Mme I ;
- Mme J;
- Mme K ;
- Mme D ;
- M. C ;
- M. B ;
- M. le Président du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Picardie ;
- MM. les Présidents des conseils centraux de l'Ordre des pharmaciens ;
- Mme la Ministre des Affaires sociales et de la santé ;

et transmise au Pharmacien Inspecteur régional de la santé de Picardie.

Affaire examinée et délibérée en la séance du 28 janvier 2013 à laquelle siégeaient :

Avec voix délibérative :
M CHÉRAMY, Conseiller d'Etat, Président
Mme ADENOT – Mme D'HAVELOOSE– Mme AULOIS-GRIOT – M. COATANEA – M. CORMIER – M. DELMAS – M. DES MOUTIS – M. DESMAS - Mme ETCHEVERRY – M. FAUVELLE – M. FORTUIT – M. FOUASSIER - M. GAVID – M. GILLET – M. MANRY – Mme HUGUES – M. LABOURET – Mme MINNE-MAYOR – M. MAZALEYRAT – M. PARIER – M. RAVAUD – Mme SALEIL – Mme SARFATI – M. TROUILLET – Mme VAN DEN BRINK – M. VIGOT.

Avec voix consultative :

- Mme BOUNY, représentant le Ministre des Affaires Sociales et de la Santé.
- M. le Pharmacien général inspecteur BURNAT, représentant le Ministre chargé de l'Outre-mer.

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.

signé

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