

N° 382830
Mme C...

5ème et 4ème sous-sections réunies
Séance du 15 décembre 2014
Lecture du 30 décembre 2014

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Pharmacien titulaire d'une officine au Tampon, commune du département de La Réunion, Mme C... a été condamnée par un jugement du tribunal correctionnel de Saint-Pierre du 5 avril 2012, devenu définitif dans ses dispositions pénales, à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis, assortie d'une mise à l'épreuve de trois ans, pour des faits d'escroquerie et de mise à disposition du public de médicaments à usage humain collectés auprès du public et inutilisés, qui se sont déroulés entre octobre 2007 et octobre 2010. Le tribunal correctionnel a retenu que, d'une part, Mme C... avait trompé la Caisse générale de sécurité sociale de La Réunion en la conduisant à lui rembourser des factures de prestations servies aux assurés sociaux pour des montants supérieurs aux sommes réellement dues, par diverses méthodes (application de codes de la liste des produits et prestations remboursables à des dispositifs médicaux non codifiés et non remboursables, substitution de codes à d'autres, surfacturation de préparations magistrales, facturation comme préparations magistrales remboursables de spécialités pharmaceutiques remboursables, double facturation de prestations d'hospitalisation à domicile) et que, d'autre part, Mme C... avait remis en vente des médicaments inutilisés rapportés à son officine par ses clients en vue de leur destruction dans le cadre du dispositif Cyclamed.

Pour les mêmes faits, la chambre de discipline du conseil central de la section E de l'ordre des pharmaciens a prononcé à l'encontre de Mme C... la sanction de l'interdiction définitive de la pharmacie. Estimant que les faits retenus par le juge pénal constituaient des manquements d'une extrême gravité, en raison de leur nature, de leurs conséquences possibles pour la santé publique et de leur persistance sur une longue période de trois ans, aux devoirs de probité et de dignité du pharmacien ainsi qu'à ses obligations à l'égard des régimes de protection sociale, le conseil national de l'ordre des pharmaciens, constitué en chambre de discipline, par décision du 18 mars 2014, a rejeté son appel, et fixé au 1^{er} septembre 2014 la date à compter de laquelle cette sanction prenait effet.

A l'appui de son pourvoi dirigé contre cette décision, Mme C..., par un mémoire distinct, conteste également la décision préalable que la chambre

disciplinaire nationale avait prise le 12 novembre 2013 pour refuser de transmettre au conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité qu'elle soulevait.

Cette question prioritaire de constitutionnalité est le plus sérieux des moyens du pourvoi. Elle tend à contester la conformité aux principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions des dispositions législatives permettant à deux fonctionnaires qui représentent les ministres chargés de la santé et de l'outre-mer de participer, avec voix consultative, aux délibérations du conseil national de l'ordre des pharmaciens prises en matière disciplinaire.

La composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens est fixée à l'article L. 4231-4 du code de la santé publique. Le conseil national se compose de trente-trois membres, parmi lesquels (2°) le directeur général de la santé ou le pharmacien inspecteur de santé publique que le directeur général désigne à cet effet, représentant le ministre chargé de la santé, et (3°) un pharmacien du service de santé représentant le ministre chargé de l'outre-mer. Le treizième alinéa de l'article prévoit que les pharmaciens fonctionnaires représentant les ministres assistent à toutes les délibérations avec voix consultative.

Or l'article L.4234-7 donne au conseil national de l'ordre une fonction juridictionnelle, en prévoyant que les sanctions prononcées par les conseils régionaux de la section A et par celles des conseils centraux des sections B, C, D, E, G et H sont susceptibles d'appel devant lui. Le conseil national, siégeant comme chambre disciplinaire nationale, est alors, en application de l'article L.4234-8, présidé par un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat. Les conseils régionaux et les conseils centraux comportent eux aussi la présence de représentants de l'Etat, qui siègent même en chambre de discipline. Une seule disposition, en effet, adapte la composition des différents conseils de l'ordre à l'exercice de leur fonction de juridiction d'appel : c'est l'article L.4234-10, qui prévoit que lorsqu'ils statuent en matière disciplinaire sur saisine du ministre chargé de la santé ou du directeur général de l'agence régionale de santé, les représentants de l'Etat n'y siègent pas. Cette disposition confirme *a contrario* que les représentants de l'Etat siègent normalement dans tous les cas où les conseils sont saisis en matière disciplinaire autrement que sur la demande d'un représentant de l'Etat.

Les dispositions de l'article L.4231-4 CSP s'appliquent bien au litige, le conseil national ayant statué sur l'appel de Mme C... avec la participation des deux représentants des ministres. Elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le conseil constitutionnel.

Or la question de leur constitutionnalité paraît sérieuse, contrairement à ce qu'a estimé le conseil national de l'ordre des pharmaciens.

Ainsi que le rappelle le commentaire aux cahiers du conseil constitutionnel de la décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, le conseil constitutionnel a jugé les principes d'indépendance et d'impartialité

indissociables de l'exercice de fonctions judiciaires ou juridictionnelles (décision n°92-305 DC du 21 février 1992, loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, cons. 64 ; décision n°2002-462 DC du 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 15). S'agissant des juges non professionnels, il a rattaché ces exigences à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 (décision n°2003-466 DC du 20 février 2003, loi relative aux juges de proximité, cons. 23), duquel découle aussi sur le plan constitutionnel, au-delà des seules garanties figurant aux articles 64 et 66 de la Constitution. l'ensemble des exigences qui garantissent le droit à une procédure juste et équitable (pour l'impartialité et l'indépendance des juridictions : décision n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 24), dans des conditions qui ne sont pas sans rappeler les obligations résultant, sur le plan conventionnel, de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Par trois décisions récentes, le conseil constitutionnel, saisi par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, a censuré des dispositions législatives prévoyant la participation de fonctionnaires à des juridictions. Il a ainsi jugé contraires à la Constitution les dispositions qui prévoyaient que parmi les cinq membres du tribunal maritime commercial, deux d'entre eux, voire trois si le prévenu n'était pas un marin, avaient la qualité soit d'officier de la marine nationale, soit de fonctionnaire ou d'agent contractuel de l'Etat, tous placés en position d'activité de service et donc soumis à l'autorité hiérarchique du Gouvernement, alors qu'aucune disposition législative applicable à cette juridiction n'instituait les garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance (décision n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010). Il a jugé que méconnaissaient les principes d'indépendance et d'impartialité les dispositions en vertu desquelles la commission départementale d'aide sociale comprenait trois fonctionnaires de l'Etat en activité ou à la retraite, désignés par le représentant de l'Etat, en l'absence de dispositions instituant les garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance des fonctionnaires siégeant dans cette juridiction et faisant obstacle à ce que des fonctionnaires puissent siéger lorsque cette juridiction connaît de questions relevant des services à l'activité desquels ils ont participé (décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011). Il a enfin censuré pour les mêmes motifs les dispositions permettant au ministre chargé de l'aide sociale de nommer des fonctionnaires de son ministère à la commission centrale d'aide sociale comme rapporteurs chargés d'instruire les dossiers ou comme commissaires du gouvernement chargés de prononcer leurs conclusions sur les dossiers (décision n°2012-250 QPC du 8 juin 2012).

Il ressort de ces décisions que la présence de fonctionnaires dans une juridiction n'est pas, par elle-même, de nature à faire douter de son indépendance ou de son impartialité, conformément à votre propre jurisprudence (CE sect. 6 déc 2002, *A...*, n°221319, p. 430). Mais il faut que

leur soient apportées des garanties appropriées d'indépendance et d'impartialité.

Au vu de ces décisions, et en faisant abstraction de toute interrogation sur l'indépendance des personnes appelées à siéger au conseil national de l'ordre des pharmaciens, vous pourriez, avec quelque effort, regardé comme satisfaisantes les garanties apportées à leur impartialité.

Dans le cas en effet du tribunal maritime commercial, pour lequel le conseil constitutionnel a relevé qu'une disposition faisait obstacle à ce que l'administrateur des affaires maritimes désigné pour faire partie du tribunal ait participé aux poursuites ou à l'instruction de l'affaire, le conseil constitutionnel n'a censuré la loi que sur le terrain de la méconnaissance du principe d'indépendance, non sur celui de l'impartialité.

Or, comme nous l'avons vu, l'article L.4234-10 du code de la santé publique interdit aux représentants de l'Etat de siéger lorsque les conseils statuent en matière disciplinaire sur saisine du ministre ou du directeur général de l'agence régionale de santé. Cette règle a été introduite pour tirer les conséquences de votre décision du 8 décembre 2000, *M...* (n°198372, t. 997) par laquelle vous avez jugé que la participation du pharmacien représentant le ministre chargé de la santé à la séance au cours de laquelle le conseil national de l'ordre examinait en appel une affaire disciplinaire introduite sur plainte du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, placé sous l'autorité du ministre, portait atteinte à l'équité du procès en méconnaissance de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Et si les articles L. 4234-3 et L. 4234-4 interdisant aux membres d'une formation disciplinaire de siéger lorsqu'ils ont eu connaissance des faits de la cause à raison de l'exercice d'autres fonctions ordinaires ne sont rédigés que pour les conseils régionaux et conseils centraux, l'effort d'interprétation ne serait pas très grand à considérer que le législateur a entendu rendre applicable cette règle aux membres du conseil national, même si l'interprétation en ce sens et au soutien de cette thèse des dispositions de l'article R. 4234-17, lequel interdit au président de la chambre disciplinaire nationale de choisir comme rapporteur, parmi les membres du conseil national, une personne qui aurait pu connaître de l'affaire en première instance, est fragile.

Il reste qu'aucune disposition législative ne garantit expressément que s'abstiennent de siéger des fonctionnaires lorsque le conseil national de l'ordre connaît de questions relevant des services à l'activité desquels ils ont participé, comme l'exige la décision 2012-250 QC du 8 juin 2012.

Certes, par votre décision du 1^{er} février 2012, *Mme G...* (n°353829, inéd.), pour refuser de renvoyer au conseil constitutionnel la question de la conformité à la constitution des dispositions prévoyant que siège à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des médecins avec voix consultative le médecin inspecteur régional de santé publique, vous vous êtes appuyés sur les règles générales, non écrites, de procédure, qui s'opposent à ce

qu'un membre d'une juridiction administrative puisse participer au jugement d'un recours relatif à une décision dont il est l'auteur ou prise par une personne avec laquelle il se trouverait dans un lien de subordination, à ce que l'auteur d'une plainte puisse participer au jugement rendu à la suite du dépôt de celle-ci et à ce qu'un fonctionnaire puisse siéger lorsqu'il aurait été amené à connaître dans l'exercice de ses fonctions des faits soumis à la juridiction dans laquelle il est appelé à siéger. Mais il faut constater que le conseil constitutionnel n'a pas tenu compte de ces règles non écrites pour apprécier le caractère approprié des garanties d'impartialité attachées à la présence de fonctionnaires au sein des commissions départementales d'aide sociale et de la commission centrale d'aide sociale.

En tout état de cause, il est bien plus difficile encore de trouver dans la loi ou même dans des règles non écrites des garanties appropriées à l'indépendance des fonctionnaires siégeant au sein du conseil national. A vrai dire, il n'en apparaît aucune. L'avant-dernier alinéa de l'article L.4231-4 fixe une durée déterminée de six ans au mandat des membres élus ou nommés du conseil national de l'ordre. Mais la rédaction des alinéas relatifs aux pharmaciens fonctionnaires représentant le ministre chargé de la santé et le ministre chargé de l'outre-mer implique en principe, selon une jurisprudence discrète mais correspondant à une pratique quotidienne des administrations, non la nomination de représentants des ministres pour tout un mandat, mais la faculté pour chacun de ces ministres de se choisir à tout moment le représentant opportun, sans formalité préalable. Du reste, l'idée d'une nomination sur un mandat irrévocable de six ans est incompatible avec la participation de droit, pour représenter le ministre chargé de la santé, du directeur général de la santé.

Et aucune autre règle de composition ou de fonctionnement du conseil national de l'ordre ne peut se réclamer d'un objectif d'indépendance des représentants des ministres à l'égard de l'autorité hiérarchique de ces ministres. C'est en réalité tout naturel : une telle indépendance serait antinomique avec leur rôle de représentants des ministres. Si le législateur a prévu qu'ils les représentent, c'est pour qu'ils s'en fassent les porte-voix, qu'ils expriment les positions des ministres conformément à leurs instructions.

Cette fonction de représentation du ministre, expressément prévue par la loi, exclut qu'il puisse être tenu compte du statut protecteur du pharmacien inspecteur de santé publique, comme vous l'avez fait dans votre décision *G...* du 1^{er} février 2012 déjà mentionnée à propos du médecin inspecteur de santé publique. Cette protection ne vaudrait d'ailleurs ni pour le directeur général de la santé publique, qui occupe un poste à la discrétion du gouvernement, ni pour le pharmacien du service de santé représentant le ministre chargé de l'outre-mer.

Et les écarts qui caractérisent la position des représentants des ministres au sein du conseil national de l'ordre, par rapport aux précédents censurés par le conseil constitutionnel, paraissent insuffisants à écarter le même risque de censure

D'une part, la circonstance que ces fonctionnaires n'aient pas voix délibérative, mais seulement consultative, ne paraît pas d'un secours déterminant. Vous n'en avez d'ailleurs pas tenu compte dans votre décision du 1^{er} février 2012 *G....*. Alors que demeure en fonction, devant la commission départementale d'aide sociale, même après la décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, un commissaire du Gouvernement désigné par le préfet, sans voix délibérative, l'alinéa de l'article L134-6 du code de l'action sociale et des familles qui le prévoit ayant été déclaré conforme à la constitution, le conseil constitutionnel a censuré par sa décision n°2012-250 QPC du 8 juin 2012 même la disposition permettant de nommer des fonctionnaires du ministère chargé des affaires sociales comme commissaires du Gouvernement, chargés de fonctions comparables à celles du rapporteur public devant les juridictions administratives ordinaires, consistant à prononcer leurs conclusions sur les affaires qui leur sont confiées. Si le commentaire de la décision de 2012 aux cahiers du conseil constitutionnel soutient qu'elle s'inscrit dans la droite ligne de la décision de 2011, force est de constater qu'elle est montée d'un cran dans les exigences d'indépendance et d'impartialité, tant en ce qui concerne les participants à la fonction juridictionnelle avec voix délibérative qu'avec voix consultative. Or, l'atteinte au principe d'indépendance de la juridiction que constitue la voix consultative accordée à des représentants des ministres est aggravée dans le cas du conseil national de l'ordre des pharmaciens par l'absence de publicité de la position exprimée par ces fonctionnaires, qui empêche la personne poursuivie comme les plaignants d'y réagir, soit lors de la séance, soit par une note en délibéré.

D'autre part, il n'est pas assuré que l'on puisse se satisfaire de garanties d'ordre purement quantitatif.

Certes, les fonctionnaires siègent au sein de la chambre disciplinaire nationale à raison d'un rapport de deux membres sur trente-quatre qui n'est pas comparable au rapports de deux ou trois sur cinq et de trois sur sept qui caractérisaient les tribunaux maritimes commerciaux et les commissions départementales d'aide sociale, respectivement. Par ailleurs, en ne censurant que partiellement les dispositions de l'article L134-6 du code de l'action sociale et des familles relatives à la composition de la commission départementale d'aide sociale, et en laissant intacts les alinéas relatifs à la désignation de rapporteurs parmi les fonctionnaires, le conseil constitutionnel paraît avoir admis la constitutionnalité d'une formation de jugement qui n'est plus composée, pour chaque affaire, que d'un fonctionnaire, rapporteur, et d'un magistrat, dès lors que ce magistrat a voix prépondérante. Mais cette question de proportion est tout à fait absente des considérations qui ont conduit le conseil constitutionnel à censurer également la composition de la commission centrale d'aide sociale, dont les effectifs ne sont pas déterminés par la loi. Et l'on comprend bien qu'un ou deux membres, minoritaires mais écoutés, puissent à eux seuls influencer de manière déterminante sur le délibéré d'une juridiction.

L'absence d'indépendance d'une minorité des membres de la juridiction peut donc être regardée comme entachant l'indépendance de toute cette juridiction. Et si son indépendance n'est pas suffisamment garantie, la question de son impartialité ne se pose même pas : le soupçon ne peut que s'étendre à celle-ci.

Les objections à la constitutionnalité du dispositif paraissent donc difficiles à surmonter. Il ne paraît en tout cas pas du ressort du juge administratif de les écarter.

Aucun des autres moyens du pourvoi ne devrait entraîner l'annulation de la décision rendue au principal le 18 mars 2014 par le conseil national de l'ordre, qui est suffisamment motivée et n'est entachée d'aucun vice de procédure.

Mais à ce stade, si vous êtes convaincus par ces motifs, vous annulerez la décision du 7 octobre 2013 du conseil national de l'ordre des pharmaciens, vous renverrez au conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L4231-4 du code de la santé publique et, dans l'attente de sa décision, vous surseoierez à statuer sur le pourvoi de Mme C....

Dès le stade de la réponse à la question prioritaire de constitutionnalité, le conseil national de l'ordre des pharmaciens vous présente des conclusions sur le fondement de l'art L761-1 du code de justice administrative, mais ces conclusions sont irrecevables, cette personne morale ne pouvant être regardée comme partie aux instances disciplinaires dont elle est juge.