

N° 322305

SELARL Grande Pharmacie G...,  
M. Christian G... et Mme Isabelle P...

Section du contentieux

Séance du 19 mars 2010

Lecture du 7 avril 2010

## CONCLUSIONS

**M. Jean-Philippe THIELLAY, rapporteur public**

***(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Thiellay en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)***

Le 31 décembre 1990, deux lois importantes ont été publiées au Journal officiel pour réformer certaines professions libérales et donner aux professionnels du droit et aux avocats en particulier les moyens de se développer et d'investir, dans un contexte de concurrence et de libre marché. Parallèlement à la loi n°90-1259 réformant l'exercice de certaines professions judiciaires et juridiques, la loi n°90-1258 a ouvert la possibilité à certaines professions libérales assurées traditionnellement par des personnes physiques individuelles ou par des sociétés civiles professionnelles (SCP), de constituer des sociétés commerciales à capitaux, les sociétés d'exercice libéral (SEL). Près d'une trentaine de professions, dans le domaine technique (architectes, experts-comptables, géomètres experts, experts agricoles, forestiers et fonciers), de la santé (médecins, sages-femmes, pharmaciens...) et du droit (avocats, huissiers, notaires...), sont dans le champ d'application de la loi, identique à celui de la loi du 29 novembre 1966 sur les SCP. Postérieurement à ce texte, une vague de décrets d'application, précisant le cadre profession par profession, est intervenue entre juin 1992 et août 1994<sup>1</sup>. Ceux relatifs aux professions de santé sont codifiés.

---

<sup>1</sup> Avocats : Décret n°93-492 du 25 mars 1993 – Experts agricoles et fonciers ou experts forestier : Décret n°92-789 du 4 août 1992 – Directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses médicales de biologie médicale : Décret n°92-545 du 17 juin 1992 – Géomètres experts : Décret n°92-618 du 6 juillet 1992 – Architectes : Décret n°92-619 du 6 juillet 1992 – Sages-femmes : Décret n°92-739 du 20 juillet 1992 – Chirugiens-dentistes : Décret n°92-740 du 29 juillet 1992 – Professions paramédicales : Décret n°92-741 du 29 juillet 1992 – Commissaire aux comptes : Décret n°92-764 du 3 août 1992 – Vétérinaires : Décret n°92-788 du 4 août 1992 – Experts comptables : Décret n°92-1124 du 2 octobre 1992 – Huissiers : Décret n°92-1448 du 30 décembre 1992 – Commissaire priseur : Décret n°92-1449 du 30 décembre 1992 – Notaires : Décret n°93-78 du 13 janvier 1993 – Greffier de tribunal de commerce : Décret n°93-86 du 21 janvier 1993 – Avoués : Décret n°93-362 du 16 mars 1993 – Administrateurs judiciaires : Décret n°93-892 du 6 juillet 1993 – Conseil en propriété intellectuelle : Décret n°93-1105 du 17 septembre 1993 – Mandataire judiciaire : Décret n°93-78 du 1112 septembre 1993 – Médecins : Décret n°94-680 du 3 août 1994

Ces sociétés d'exercice libéral constituent un mélange entre les sociétés commerciales et les professions ayant un objet civil, avec l'idée, clairement exposée lors des débats parlementaires, de concilier les professions libérales et le capital. Le recours à cette forme de sociétés permet aux associés de mutualiser les investissements, de bénéficier d'un régime fiscal particulier, avec une imposition à l'impôt sur les sociétés et une déductibilité des frais et intérêts d'emprunts pour l'achat des droits sociaux, et aussi de partager, dans certains domaines, une responsabilité limitée aux apports de chacun. Dans le domaine de la pharmacie, environ 20% des officines sont exploitées sous statut de SEL, pourcentage beaucoup plus élevé encore pour les laboratoires d'analyse médicale.

Cette nature hybride, relevée par la doctrine<sup>2</sup>, pose des questions délicates lorsque se confrontent plusieurs logiques différentes : d'une part, le caractère collectif de cette forme d'exercice, avec des associés ; d'autre part, le principe d'indépendance des professionnels et la dimension *intuitu personae* des rapports avec les patients ou les clients, comme de la responsabilité individuelle des professionnels.

Vous n'avez guère eu l'occasion d'éclairer par vos décisions cette matière quasi vierge<sup>3</sup> de toute jurisprudence. La solution que vous adopterez aujourd'hui pour une SELARL de pharmaciens vaudra pour l'ensemble des professionnels exerçant en société d'exercice libéral.

Les faits peuvent être exposés en quelques mots : M. G... et Mme P... ont constitué une SELARL afin d'exploiter une officine pharmaceutique à Nîmes. Le président du conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Languedoc-Roussillon a déposé une plainte visant les deux associés et la société elle-même, à cause de pratiques publicitaires méconnaissant plusieurs dispositions du code de la santé publique. La chambre de discipline de ce conseil régional leur a infligé une sanction à tous trois : un mois d'interdiction d'exploiter la pharmacie, dont trois semaines avec sursis pour la société ; trois mois d'interdiction, dont deux avec sursis pour M. G... et son associée. En appel, la chambre de discipline du conseil national de l'ordre a confirmé le principe de la sanction, en réduisant le *quantum* seulement pour Mme P... à trois mois avec sursis, compte tenu de sa moindre implication dans les faits. La sanction a été exécutée.

La décision du conseil national de l'ordre pose deux problèmes qui sont autant de questions qui ont justifié le renvoi :

- Le juge ordinal a interdit à la société d'exploiter la pharmacie pendant une semaine alors que, dans le même temps, un des deux associés n'a été condamné qu'à une sanction assortie de sursis : est-ce possible ?

- Ensuite, la décision fixe la période d'exécution de la sanction au 1<sup>er</sup> décembre 2008 et elle a été notifiée le 24 octobre, soit 5 semaines avant le début de son exécution : est-ce

---

<sup>2</sup> Voir le commentaire de la loi par Durand-Lépine, jurisc. civil

<sup>3</sup> Un pourvoi en cassation formé par une SEL exploitant 5 laboratoires, et sanctionnée d'une interdiction d'exercer sur l'ensemble des laboratoires à raison d'une faute commise par un directeur d'un des laboratoires seulement a approché la question. Mais les moyens présentés ne justifiaient pas l'admission du pourvoi, non admis par la 5<sup>ème</sup> SSJS, le 3 février 2010 (décisions n°334 243 et 334 308, SELAFA Biofrance).

légal, notamment au regard du droit de demander le sursis à exécution d'une décision juridictionnelle, prévu par l'article R. 821-5 du code de justice administrative ?



### **I. Nous commencerons par la question de fond, sur l'articulation de la sanction frappant la SEL et celle touchant un des associés, assortie du sursis.**

La société invoque trois séries d'arguments :

- d'abord, il ne serait tout simplement pas possible de sanctionner une SEL, dès lors que le pouvoir réglementaire s'est abstenu de préciser les modalités d'application de la loi ;

- ensuite, en cas de sanction, la société ne pourrait pas se faire remplacer, contrairement à d'autres pharmaciens d'officine sanctionnés, ce qui représenterait une rupture d'égalité, entacherait d'illégalité le décret et priverait de base légale la décision du conseil national ;

- enfin, la conséquence, pour l'associé non sanctionné d'une peine ferme mais concrètement empêché d'exercer sa profession, serait contraire au principe de la personnalité des peines et des sanctions.

1. La réponse à ces moyens étant délicate, nous croyons nécessaire de vous décrire au préalable certaines des **caractéristiques essentielles des sociétés d'exercice libéral**.

Immatriculées au registre du commerce, elles peuvent prendre plusieurs formes : les SELARL (sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée), les SELAFA (sociétés d'exercice libéral à forme anonyme), les SELCA (sociétés en commandite par action), la loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, ayant ajouté les SELAS (société par actions simplifiées). Elles présentent un caractère indéniablement commercial, à la différence des sociétés civiles professionnelles (SCP) ou de moyens (SCM) et ce n'est que sur les points expressément traités par la loi du 31 décembre 1990, que leur statut déroge au code de commerce. Toutefois, le caractère civil des activités professionnelles qu'elles conduisent, avec leurs associés, a aussi conduit le législateur à confier aux tribunaux civils la compétence pour connaître de tout litige dans lequel une SEL est partie (art. 15 de la loi dérogeant au code de commerce et repris à l'article L. 721-5 de ce code), à l'exception de la matière disciplinaire.

La loi a posé le cadre général, tout en renvoyant au pouvoir réglementaire le soin, profession par profession, de prévoir des règles particulières.

Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail des modes de fonctionnement de ces sociétés, nous voudrions insister sur quelques caractéristiques qui nous semblent essentielles, en particulier pour les SEL de pharmaciens d'officine.

a. D'abord, les SEL présentent la caractéristique d'être liées de manière très étroite aux associés qui exercent en leur sein. C'est un des éléments permettant d'écartier le risque d'une prise de contrôle extérieure et de garantir leur indépendance.

Ce lien concerne d'abord le capital<sup>4</sup>: les associés doivent posséder plus de la moitié du capital social (art. 5), le complément pouvant le cas échéant être détenu par des tiers, mais des tiers connus comme des confrères, des anciens associés ayant exercé au sein de la société ou une autre société du même type<sup>5</sup>. La faculté pour des associés de détenir des parts dans d'autres SEL est elle-même limitée (R. 5125-18 pour des pharmaciens).

De plus, afin en particulier de tenir compte du lien *intuitu personae* qui existe entre le praticien et son client, ces sociétés ne peuvent accomplir les actes de la profession que par l'intermédiaire des membres qui ont qualité pour l'exercer (art. 1<sup>er</sup> de la loi). Elles sont inscrites au tableau de l'ordre professionnel en cause, conformément au principe posé par l'article 3 de la loi, dont vous avez fait application dans une décision du 6 mai 1998, *Conseil départemental de l'Ordre des Médecins des Yvelines (aux Tables p. 1179, n° 186450)*<sup>6</sup> en jugeant que, du point de vue de l'inscription, les mêmes exigences s'imposaient aux praticiens et à la société. Il s'agit d'une condition suspensive de leur constitution même (art. R. 5125-15 CSP). Il y a donc non seulement une inscription individuelle à l'ordre pour les pharmaciens et l'inscription de la société elle-même, qui relève de la section A de l'ordre<sup>7</sup>, les sociétés comme les individus s'acquittant d'une cotisation à l'ordre. Pour les avocats, les mêmes principes figurent dans le décret du 25 mars 1993 : l'article 20 prévoit que l'avocat exerçant au sein d'une SEL ne peut exercer sa profession à titre individuel en qualité de membre associé d'une autre société ou en qualité de salarié ; l'article 21 dispose en outre que chaque avocat associé dans une SEL exerce ses fonctions au sein de la SEL<sup>8</sup>.

Outre ce lien constitutif, les textes prévoient un lien fonctionnel très fort : comme pour les SEL de médecins, sauf exceptions (R. 4113-3), une SEL ne peut exploiter plus d'une officine de pharmacie (R. 5125-16), alors que pour certaines professions, comme les laboratoires d'analyses biologiques et médicales ou même les cabinets dentaires, une pluralité de lieux d'exploitation est possible. Ensuite, s'agissant des associés, l'article R. 5125-17, pris conformément à l'article 21 de la loi, prévoit une exclusivité : un pharmacien associé au sein d'une SEL ne peut exercer sa profession qu'au sein de cette société et s'il veut exercer dans un autre cadre, cela implique qu'il la quitte. De telles restrictions existent pour d'autres professions : ainsi pour les médecins, pour les directeurs de laboratoires<sup>9</sup>, pour les vétérinaires<sup>10</sup>, il n'est pas possible de cumuler l'exercice au sein d'une SEL avec un exercice individuel ou au sein d'une SCP<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Un projet de loi adopté en Conseil des ministres le 17 mars 2010 modifie certaines de ces règles en ce qui concerne les SEL d'avocats.

<sup>5</sup> La Commission européenne a saisi la CJCE à l'encontre de la France le 27 février 2009, à cause de ces règles, sur des points qui ne nous intéressent pas directement.

<sup>6</sup> Voir aussi pour un contentieux lié à une demande d'inscription au tableau de l'ordre 29 oct 2007, *SELARL de directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale Bidegain et autres*, 284 036, T. p. 1051

<sup>7</sup> L. 4232-1 du CSP. L'administration de l'ordre des pharmaciens est complexe : il y a plusieurs sections, avec un conseil central qui administre chacune et un conseil régional, pour la section A seulement, qui assure le respect des règles professionnelles. Les décisions des conseils régionaux de la section A et des conseils centraux des autres sections sont susceptibles d'appel devant le conseil national (L. 4234-7).

<sup>8</sup> Voir pour une application jurisprudentielle : CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. Sect A, 20 nov 1997, M. c/ Urssaf de Paris, Jurisdata n°2007-346183 ; BRDA 23/2007 n°10 p. 6; JCP E 2007 act 557; JCP E 2008, 1045, note Lebel; D. 2007 p. 3074, obs Lienhard; RJDA 2/2008 n°170; JCP G 2008, I, obs Martin.

<sup>9</sup> R. 6212-88

<sup>10</sup> R. 241-102

<sup>11</sup> CE, 21 sept 2001, Simoni et Sarracco, 202806, C

Enfin, et nous n'y insisterons guère tant cela nous paraît évident, comme à l'ensemble de la profession, depuis la promulgation de la loi de 1990, les SEL de pharmaciens d'officine ne disposent pas non plus de la faculté de se faire remplacer en tant que sociétés. Elles peuvent engager des pharmaciens salariés, les associés peuvent se faire remplacer, mais pas la société en tant que telle. Le code ne prévoit du reste pas le statut de sociétés dont la spécialité serait d'assurer le remplacement d'autres SEL et les articles relatifs aux remplacements sont rédigés de telle manière que seuls les pharmaciens individuels sont dans le champ. Personne ne le conteste devant vous, ni les requérants, ni le conseil national. Si, pour une raison telle qu'une sanction, la société doit cesser son activité, une autre société ne peut venir la remplacer en utilisant son officine et ses moyens.

b. Deuxième série d'éléments, en matière de responsabilité. L'article 16 de la loi pose le principe que « *chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit* » et que « *la société est solidairement responsable avec lui* ». En matière de dettes sociales de la société, les associés ne sont tenus que dans les limites de leurs apports, à la différence des associés d'une SCP qui sont responsables sans limites, sur l'ensemble de leur patrimoine.

En matière pénale, la société d'exercice libéral peut naturellement être déclarée responsable des infractions commises pour son compte par ses organes ou par ses représentants, en application de l'article 121-2 du code pénal. L'amende mais aussi l'interdiction d'exercer une profession ou la dissolution font partie des sanctions possibles (articles 131-37 à 39), dissolution qui entraîne la liquidation de la société (art. 1844-8 du code civil). On trouve par exemple des condamnations de SEL de laboratoire d'analyses biologiques et médicales pour escroqueries à la sécurité sociale<sup>12</sup>.

En matière de discipline, la loi ne prévoit aucune disposition particulière. C'est l'article R. 5125-23 du CSP, pour les pharmaciens, qui affirme que « *la SEL est soumise aux dispositions disciplinaires applicables à la profession* », c'est-à-dire au chapitre 4 du livre consacré aux pharmaciens (art. L. 4234-1 et suiv). L'éventail des sanctions, avec ou sans sursis, est donc le même que pour les pharmaciens d'officine (L. 4234-6) : avertissement, blâme, interdiction temporaire ou définitive d'exercer la pharmacie. La possibilité de sanctionner est liée à l'inscription au tableau d'un ordre (*Section, 31 mai 1963, K...*, p. 337 ; *29 juillet 1994, A...*, p. 406, n° 144081). La société est en réalité un véritable sujet de droit disciplinaire et cela se comprend : certaines pratiques, par-delà les praticiens, peuvent engager la responsabilité de la personne morale, comme du reste en matière pénale. Pour la majorité des professions (les professions médicales<sup>13</sup>, les vétérinaires<sup>14</sup>, mais aussi les avocats<sup>15</sup>...), le décret a posé un principe, ou du moins une règle, d'interdépendance *des poursuites*. Pour certaines professions libérales, comme pour les experts agricoles et fonciers ou experts forestiers, ou pour les architectes, le décret statutaire est muet et il est possible de poursuivre disciplinairement une société, et donc de la sanctionner, indépendamment des associés.

Aucun texte ne pose toutefois de règle d'interdépendance *des sanctions*.

---

<sup>12</sup> voir CA Rennes, Ch correctionnelle, 14 avril 2005, n°04/01518, jurisdata 2005-279949

<sup>13</sup> R. 4113-18

<sup>14</sup> R. 241-99 du code rural

<sup>15</sup> Art. 27 du décret du 25 mars 1993

S'il va de soi qu'un associé sanctionné d'une interdiction temporaire doit cesser d'exercer sa profession au sein de la société, le code organise assez précisément l'hypothèse où l'associé fait l'objet d'une sanction disciplinaire d'interdiction *définitive* d'exercer la pharmacie : il perd alors l'ensemble de ses droits d'associé et ses parts lui sont remboursées (R. 5125-24). Une interdiction temporaire *de plus d'un an* peut aboutir au même résultat mais alors il faut que les autres associés décident de son exclusion selon les procédures particulières, également applicables de manière plus générale en cas de violation des règles de fonctionnement de la société (R. 5125-21).

En revanche, la partie réglementaire du code de la santé publique n'apporte pas de précision sur le cas dans lequel c'est la société qui est sanctionnée plus lourdement que ses associés, et en particulier avec une interdiction d'exercer<sup>16</sup>. Dans un tel cas de figure, la société ferme ses portes et elle ne peut se faire remplacer (R. 5125-40). Le dispositif est fait ainsi et du reste personne – conseil national, requérants - ne le conteste : l'article R. 5125-39, qui fixe les règles sur le remplacement, s'applique au pharmacien titulaire d'une officine et le remplacement peut être effectué par des confrères, dans certaines conditions. Une SEL n'est pas un pharmacien titulaire d'une officine. Les pharmaciens personnes physiques interdits d'exercice peuvent, eux, se faire remplacer et il a même été jugé que la fermeture d'une pharmacie avant que le titulaire de la licence ait eu la possibilité de se faire remplacer constitue une faute de l'administration (*TA Marseille, 14 février 1962, L..., Rec CE p. 731*).

2. Le premier terrain de contestation de la décision du juge ordinal porte sur **l'applicabilité du dispositif en tant qu'il permet de sanctionner une SEL.**

Pour les requérants, il fallait que le pouvoir réglementaire, expressément habilité par le législateur, imagine les conséquences de sanctions touchant la société, par exemple en indiquant que la société ne peut être sanctionnée plus sévèrement que le moins sanctionné des associés. En l'absence de toute disposition de ce type, la loi ne serait pas entrée en vigueur et la sanction manquerait de base légale.

Vous jugez de manière constante qu'une loi entre en vigueur dès sa publication, à moins qu'elle n'en dispose elle-même autrement (V. par exemple, *Assemblée 10 mars 1961, Union départementale des associations familiales de la Haute Savoie, p. 172 ; Assemblée., 16 juin 1967, M..., p. 256 ; V. aussi le cours du Président Odent, p. 418*). Mais c'est sous réserve qu'il ne soit pas « manifestement impossible » de l'appliquer tant que ne sont pas intervenues les mesures réglementaires nécessaires (V., récemment, *Sect., Avis, 4 juin 2007, L... et consorts G..., Rec p. 228, n° 303422, 304214*). A cet égard, la circonstance que la loi elle-même ait prévu l'intervention de mesures réglementaires d'application constitue un indice de ce que de telles mesures pourraient être nécessaires, mais sans être par elle-même décisive (*Sect., 23 mai 1958, Ministre de l'Education Nationale c/ Sieur Weber, p. 293*). La présence d'une habilitation du pouvoir réglementaire ne vaut pas à nos yeux « présomption de non applicabilité ».

---

<sup>16</sup> Le cas de figure n'est pas rare : voir, pour un autre exemple une décision du Conseil national de l'ordre des pharmaciens de 2007, publiées au Bulletin de l'ordre n°394 d'avril 2007, p. 9.

Nous nous sommes interrogés un instant sur la lecture qu'il convient de donner de l'article 1<sup>er</sup> du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. En effet, la deuxième phrase de cet article prévoit que l'entrée en vigueur des lois est repoussée à celle des mesures d'application qui sont nécessaires. Mais votre jurisprudence, y compris postérieure à ce texte, a maintenu la notion d'impossibilité manifeste, qui démontre la primauté accordée au principe de l'application immédiate. C'est par rapport à elle que nous raisonnerons.

Pour écarter l'applicabilité, la disposition réglementaire qui fait défaut doit, par exemple, fixer le champ d'application d'une disposition législative (voir pour une loi qui renvoyait à un décret ou à un arrêté le soin de déclarer l'utilité publique de certains travaux, dès lors qu'en l'absence de précision, il n'était pas possible d'identifier l'autorité compétente *24 octobre 2005, Sté du tertre rouge, 272657, Rec CE T p. 721* ; voir aussi *27 juin 2005, G... de M..., 262028, Rec CE T. p. 722*) ou donner les modalités précises d'application d'une procédure administrative et son financement (*Avis, 7 décembre 2009, L... et B..., 329466, à publier au Recueil*).

La société requérante invoque ici l'exemple des professions médicales (médecins, chirurgiens dentistes, sages femmes...), l'article R. 4113-18 à elles applicable étant plus disert que l'article relatif aux pharmaciens : ainsi, pour ces professions, en cas d'interdiction de la société ou de tous les associés, un ou plusieurs administrateurs sont désignés pour accomplir les actes nécessaires à la gestion de la société et on imagine qu'il s'agit des commandes et du paiement des marchandises, de la gestion du personnel salarié qui, au moins en principe, n'a pas à subir les conséquences de la sanction par exemple pour le paiement des salaires. Un dispositif comparable, avec désignation d'un administrateur, est prévu pour les SEL de vétérinaires<sup>17</sup> ou d'architectes<sup>18</sup>. Pour les avocats, la rédaction précisant les fonctions de l'administrateur provisoire semble plus large puisqu'il est chargé d'accomplir « tous actes professionnels relevant des fonctions de la société et des associés interdits » (art. 29), ce qui va peut-être au-delà de la seule gestion quotidienne<sup>19</sup>.

Il n'en reste pas moins que l'argumentation est inopérante : la question de la désignation d'un administrateur, qui manque effectivement dans le décret sur les pharmaciens, ne réglerait en tout état de cause pas la question de l'applicabilité de la procédure de sanction puisque, même avec un administrateur, la société ne pourrait pas exercer la profession pour laquelle elle est inscrite au tableau de l'ordre.

Il est exact que le législateur ou surtout le pouvoir réglementaire auraient pu prévoir le cas de figure qui justifie l'inscription de l'affaire au rôle de votre formation de jugement. Poursuivant le principe de l'interdépendance des poursuites, il aurait pu introduire un lien entre le niveau des sanctions prononcées contre la SEL et contre les associés. Afin d'éviter le découplage générateur d'incertitudes et de difficultés, il aurait pu prévoir une forme de

---

<sup>17</sup> (R. 241-102 du code rural).

<sup>18</sup> L'article 6 du décret du 6 juillet 1992 prévoit qu'en cas de suspension de tous les associés, l'exécution des actes professionnels et la gestion de la société sont assurées par un architecte désigné par le conseil régional de l'ordre

<sup>19</sup> Article 29 du décret du 25 mars 1993

sanction plafond : la SEL, en cas d'interdiction d'exercer, ne pourrait, au maximum, être sanctionné que de la sanction la plus faible qui touche un des associés.

Toutefois, au final, l'absence de ce dispositif ne nous paraît pas empêcher l'application de la loi. Le décret n°92-909 du 28 août 1992 n'a certes traité qu'une partie de la question, centrée sur la sanction frappant le pharmacien. Mais il n'est pas manifestement impossible d'appliquer la loi. En outre, nous relevons que le rapporteur à l'Assemblée nationale, le député Philippe Marchand, avait introduit un amendement pour permettre que des décrets déterminent « en tant que de besoin » les conditions d'application du présent titre, précisément « pour permettre l'application de la loi sans qu'elle soit subordonnées à la publication de décrets en Conseil d'Etat » (AN, 2<sup>ème</sup> séance 20 juin 1990 p. 2747). Il nous semblerait délicat, vingt ans après, de venir juger que l'ensemble du dispositif n'est pas applicable à toutes les SEL, dans les vingt-six professions concernées, faute de disposition réglementaire sur le point précis qui nous intéresse. Dans aucun décret pris en application de la loi, nous n'avons trouvé de dispositif qui permettrait de dire que le pouvoir réglementaire aurait pu et dû faire différemment pour les pharmaciens. Nous vous proposerons, dans quelques minutes, une construction jurisprudentielle permettant, sans grand effort, de sortir de ce pas.

3. Pour soutenir que le dispositif n'est pas applicable, le pourvoi avance un dernier moyen tiré de **l'illégalité du dispositif**, à cause de l'impossibilité pour une SEL de se faire remplacer en cas de sanction, qui serait constitutive d'une **rupture d'égalité** entre les pharmaciens.

Comme nous l'avons vu, le pharmacien exerçant individuellement, lorsqu'il est sanctionné d'une interdiction d'exercer, peut effectivement se faire remplacer (R. 5125-40) ; il n'est pas obligé de se faire remplacer, mais s'il veut maintenir son officine en activité, il n'a que cette solution là (*2 décembre 1960, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, p. 664*). Elle lui permet de maintenir son officine ouverte en la confiant à un confrère, même s'il subit une perte de revenus du fait de la sanction. Or, d'une part, le remplacement est relatif aux pharmaciens titulaires d'une officine et n'est pas applicable aux SEL ; d'autre part le pharmacien non sanctionné mais associé d'une SEL qui, elle, fait l'objet d'une interdiction, ne peut pas non plus se faire remplacer puisque le rideau de l'officine est fermé. La rupture d'égalité serait telle que le dispositif serait illégal.

Vous pourrez répondre d'abord que les professionnels exerçant indépendamment et ceux exerçant en société d'exercice libéral sont placés dans une situation distincte. Vous l'avez expressément affirmé à propos de médecins dans une décision du *30 avril 1997, Syndicat des médecins d'Aix et région et B...*, n° 173044, *Rec p. 94* : la rupture d'égalité invoquée à l'encontre du code de déontologie des médecins portait précisément sur certaines facilités qui étaient réservées aux uns et pas aux autres et vous l'avez écartée. Ensuite, pour le pharmacien non sanctionné, c'est moins l'impossibilité de se faire remplacer qui est en cause, que l'impossibilité concrète d'exercer sa profession, et c'est le moyen suivant que nous examinerons dans quelques minutes. Quant à l'impossibilité pour la société exploitant la SEL de se faire remplacer, elle va de soi, compte tenu de l'objet même de la sanction : si une société sanctionnée pouvait se faire remplacer par une autre personne morale et si les associés pouvaient continuer à percevoir une rémunération, leur SEL devenant transparente, l'objet de la sanction serait vidé de tout contenu.



4. Si vous nous suivez pour estimer que le dispositif est applicable, alors **deux possibilités existent**.

L'adoption de l'une ou de l'autre dépend de la lecture que vous retiendrez de la clause d'exclusivité et de l'article R. 5125-17 du code de la santé publique qui dispose que, sauf exception – limitée au cas où un pharmacien exerce concurremment sa profession avec une autre profession libérale -, « *un pharmacien associé au sein d'une société d'exercice libéral exploitant une officine de pharmacie ne peut exercer sa profession qu'au sein de cette société* ».

L'alternative est la suivante : soit vous estimez que la fermeture de la SEL pour la période d'exécution de la sanction doit nécessairement aussi frapper le pharmacien associé, alors même qu'il n'aurait pas été sanctionné personnellement ; soit vous estimez au contraire que, par exemple en raison du principe de la personnalité des peines, ce pharmacien doit pouvoir continuer à exercer sa profession.

Cette alternative n'a, quelle que soit l'hypothèse retenue, aucune conséquence sur le fait que le pharmacien non associé n'est, en droit, pas sanctionné. En cas de sanction ultérieure qui lui serait infligée à lui personnellement, il ne pourra lui être reproché une récidive et une sanction qui aurait touché par le passé la SEL. Mais il reste que la fermeture de l'officine, quelle que soit la situation de l'associé d'un point de vue disciplinaire, empêche l'exercice de la profession.

4.1. Nous avons, dans un premier mouvement, été tenté de vous proposer de juger que l'associé doit assumer toutes les conséquences de la fermeture de la société et ce alors même qu'il n'aurait pas été sanctionné personnellement. Nous pensons que plusieurs arguments peuvent militer pour une telle solution.

D'abord, on l'a vu, un des motifs qui ont conduit le législateur à instituer des SEL pour ces professions est précisément de permettre un mode d'exercice collectif et il ne serait pas anormal de prévoir une responsabilité étendue y compris en matière disciplinaire.

De plus, le décret a institué un lien très fort entre les associés et la SEL qui n'exerce que par eux. La sanction du comportement de la société jette nécessairement une ombre sur le mode d'exercice de l'ensemble des associés qui participent aux décisions de gestion et constituent ses organes, à tel point que le juge civil a pu affirmer que le professionnel associé dans une SEL avait perdu son indépendance. La clause d'exclusivité qui interdit à un professionnel d'exercer en dehors de la SEL en est aussi une manifestation. Non seulement il ne serait pas logique de ne poursuivre que la société, d'une manière abstraite, mais il pourrait même être cohérent de faire peser sur l'ensemble des associés les conséquences concrètes d'une sanction et de fait, lorsque la société cesse d'exercer, c'est bien la rémunération des associés qui en pâtit. Et les professionnels peuvent déjà subir les conséquences d'actes professionnels commis par un de leurs associés, qui auraient des répercussions sur leurs dettes sociales. C'est la logique même de l'association constitutive de société définie par l'article 1832 du code civil. L'associé non sanctionné pourrait ainsi se voir rapprocher de l'auteur indirect en matière pénale, qui, par ses pouvoirs, aurait pu éviter la survenance du dommage ou en empêchant les agissements de l'auteur principal.

Dans d'autres domaines que la pharmacie, le déconventionnement qui peut frapper une SEL de médecins, de chirurgiens dentistes ou de sages-femmes en application de l'article R. 4113-21 du CSP, a nécessairement des conséquences lourdes pour le médecin associé, alors même qu'il n'aurait pas été sanctionné personnellement. Le décret relatif aux SEL d'experts agricoles et fonciers ou d'experts forestiers contient une disposition du même type (art. 10) : en cas de faute professionnelle grave d'un ou de plusieurs associés, la SEL peut être radiée de la liste et cela implique l'interdiction d'exercer. En droit du travail, nous relevons aussi qu'un tribunal peut mettre à la charge de l'employeur tout ou partie des amendes prononcées contre un employé qui s'est rendu coupable d'une atteinte à l'intégrité des personnes dans le cadre de son travail (L. 4741-2 du code du travail). Le juge doit tenir compte des circonstances de fait et des conditions de travail, ce qui peut aussi conduire, dans une autre matière, à mettre à la charge du commettant le paiement des amendes pour excès de vitesse prononcées contre son préposé (L. 121-1 du code de la route). Conformément aux conclusions d'Emmanuelle Prada-Bordenave, vous avez également admis que les clubs de football soient sanctionnés par la Fédération française de football à raison de désordres résultant de l'attitude des dirigeants, des joueurs ou des supporters de ces clubs (29 oct. 2007, *Sté sportive professionnelle Losc Lille Métropole*, Rec CE p. 431).

Il resterait alors à l'associé non sanctionné personnellement, et en particulier en cas d'interdiction pour la SEL d'exercer pour une longue durée – qui est possible puisque l'interdiction peut aller jusqu'à 5 ans, en application de l'article L. 4234-6 – à quitter la société, ce qu'il peut faire moyennant un préavis fixé par les statuts qui ne peut être supérieur à 6 mois<sup>20</sup>. En revanche, pour une sanction de courte durée, comme celle pesant sur la Grande Pharmacie G..., l'associé non sanctionné et non désireux de quitter la société, ne pourrait exercer sa profession.

3.2. A la réflexion, nous ne vous proposons pas de retenir cette lecture maximaliste du principe d'interdépendance des poursuites pour deux arguments inégalement importants.

D'abord, le fait qu'une sanction temporaire, même longue, pesant sur une SEL puisse en pratique conduire à une modification de son capital, voire à sa disparition, si l'associé non sanctionné décide de la quitter, pour poursuivre l'exercice de sa profession nous a arrêté : la sanction doit être proportionnée et il ne serait pas satisfaisant qu'une interdiction temporaire d'exercer la mette en péril la société du fait du départ d'un associé. Une sanction de ce type doit certes nécessairement avoir des conséquences financières avec une perte d'activité ; pousser un associé à en sortir est un pas de plus.

Pour dépasser cette difficulté, nous avons pensé possible de combiner les différentes règles en cause sur les sanctions, dans la logique des principes que nous avons décrits en commençant, c'est-à-dire les principes d'indépendance du professionnel, d'*intuitu personae*, et d'association dans la société d'exercice libéral.

Les implications du principe de personnalité des peines et des sanctions nous y encouragent et constituent le deuxième argument, plus essentiel. Admettre qu'un associé puisse être empêché d'exercer sa profession au motif que la société dans laquelle il détient des parts a été sanctionnée tangente dangereusement ce principe.

---

<sup>20</sup> Il en va de même pour les directeurs de laboratoires R. 6212-89 et les autres professions de santé

La valeur de ce principe qu'affirme l'article 121-1 du code pénal selon lequel « nul n'est pénalement responsable que de son propre fait », est clairement constitutionnelle et pour le Conseil constitutionnel, le principe de l'individualisation des peines découle des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*décision 2005-520 DC du 22 juillet 2005 – Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Rec p. 121 - Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 – Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Rec. p. 75*).

Nous relevons que le juge constitutionnel a également affirmé, alors qu'il était saisi de la question des peines planchers pour les récidivistes, que le principe de l'individualisation des peines n'impliquait pas « *que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction* », d'autres éléments pouvant être pris en compte par le juge (*décision 2007-554 DC du 9 août 2007 - Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Recueil, p. 303*). C'est le caractère automatique d'une sanction qui est condamné. Ajoutons encore que s'agissant de personnes morales, le Conseil constitutionnel a expressément admis la possibilité de leur infliger des sanctions, notamment pénales (*décision 1998-399 du 5 mai 1998*).

Le Conseil Constitutionnel a étendu le principe de l'individualisation aux sanctions administratives (voir pour la censure de la sanction automatique consistant en l'insertion d'un communiqué dans les programmes en cas de manquement à ses obligations par un éditeur de services radio-télévision la *décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000*) et vous en faites application aux sanctions (voir pour un médecin qui ne peut pas être sanctionné à raison de faits commis par son époux pharmacien : *25 nov 1987, Mme F..., Rec CE T. p. 915*) ou, implicitement, aux mesures de police de conservation du domaine public (*section, 5 juillet 2000, Min. équipement c./ C..., n° 207526, p. 294, avec les conc. J. Arrighi de Casanova*) Votre formation de jugement a fait application du principe de la personnalité des peines à une sanction prononcée par le conseil des marchés financiers contre une banque. Vous avez jugé que ce principe s'opposait à ce qu'un blâme soit infligé à une société qui avait absorbé une autre, à raison de faits commis par cette dernière. Et si vous avez admis qu'une sanction pécuniaire pouvait légalement être infligée à la société absorbante, c'était à raison de la transmission universelle du patrimoine conséquence de la fusion (*section, 22 nov 2000, Sté crédit agricole indosuez Chevreux, n° 207697 Rec CE p. 537, avec les conc. A. Seban*).

Pour régler la question de l'associé non sanctionné de la SELARL Grande Pharmacie G...<sup>21</sup>, nous pensons possible d'adopter une lecture de la clause d'exclusivité au regard de ce principe de personnalisation des peines, combiné avec le principe de l'exercice

---

<sup>21</sup> A dire vrai, la situation que présente notre affaire n'est pas la seule qu'une SEL de pharmaciens et ses associés pourraient rencontrer : ainsi, si tous les associés d'une SEL sont sanctionnés individuellement d'une interdiction d'exercice, alors que la société elle-même ne le serait pas, il nous semble qu'elle ne peut fonctionner : l'article 1<sup>er</sup> de la loi nous semble très clair sur le fait que la société ne peut accomplir les actes de la profession que par l'intermédiaire d'un de ses membres. Le recrutement de pharmaciens salariés n'entrerait pas dans ce cadre et le pharmacien associé n'est pas un pharmacien titulaire d'une officine au sens de l'article R. 5125-39 puisque c'est la société qui est titulaire de l'officine. Dans une telle hypothèse, c'est donc la société qui serait impactée, par les sanctions frappant les associés qui l'ont constituée.

individuel de la profession libérale. L'article R. 5125-17 n'aurait ainsi vocation à imposer cette exclusivité que lorsque la société fonctionne et lorsqu'il a effectivement la possibilité d'exercer sa profession. Si cela n'est pas possible, par exemple parce que la société est fermée du fait d'une interdiction, l'exclusivité doit être regardée comme « désactivée », le temps de l'interdiction. Cette lecture devrait pouvoir concerner également la matière pénale : si une société est interdite d'exercice par le juge pénal, le praticien non sanctionné devrait avoir la possibilité de trouver un autre mode d'exercice de sa profession.

Sans doute cette faculté sera-t-elle largement fictive dans l'hypothèse d'une interdiction de courte durée, comme en l'espèce. On peut imaginer qu'il sera très difficile au pharmacien de trouver à s'employer pour une durée très courte mais que pour une période plus longue, cela sera envisageable, que ce soit pour une collaboration en tant que salarié ou pour des remplacements. Il restera alors au pharmacien libéré de sa clause d'exclusivité à régler les questions préalables d'inscription au tableau selon les sept sections de l'ordre, ce qui nous paraît possible. En effet, s'agissant des remplacements, l'article R. 5125-39 encadre la possibilité pour des pharmaciens d'officine d'effectuer des remplacements, seuls les pharmaciens inscrits au tableau de la section D ayant les possibilités les plus larges. Or, les pharmaciens d'officine associés au sein d'une SEL sont inscrits au tableau de la section A. Il faudrait alors admettre que dans un tel cas de figure, le pharmacien pourra solliciter son inscription temporaire sur un autre tableau, sans que, pendant ce temps, cela ait la moindre conséquence pour la SEL interdite. Pour des remplacements allant jusqu'à quatre mois, les dispositions du code permettent au demeurant à un pharmacien qui a sollicité son inscription au tableau d'exercer ainsi sa profession.

Si vous nous avez suivi, vous écarterez donc l'argumentation du pourvoi qui conteste la décision du conseil national de l'ordre en tant qu'elle porte sur la sanction



## **II. Nous en venons à la seconde question qui a également justifié l'inscription de l'affaire au rôle de votre formation de jugement et qui n'est pas moins délicate.**

2.1. Nous commencerons par rappeler que le code de la santé publique prévoit le caractère suspensif de l'appel que les pharmaciens peuvent former devant le conseil national à l'encontre des décisions des conseils régionaux de la section A ou des conseils centraux des autres sections (L. 4234-7), dérogation au droit commun de la procédure contentieuse administrative<sup>22</sup>. Une sanction prononcée en première instance n'est donc pas mise en œuvre en cas d'appel et il en va de même pour toutes les autres professions de santé. En revanche, les décisions prises en appel « ont force exécutoire » et le pourvoi en cassation, dont on sait qu'il existe même sans texte et qui est expressément prévu par l'article L. 4234-8 du code, n'est pas suspensif. En conséquence, lorsque le conseil national prononce une peine d'interdiction d'exercer, il fixe la date de départ de la période d'interdiction.

Dans certaines hypothèses très particulières, les lois d'amnistie avaient-il est vrai conféré au pourvoi en cassation un caractère suspensif : ainsi, après le vote d'une telle loi, lorsque l'auteur d'un pourvoi présentait au Conseil d'Etat un moyen tiré précisément du bénéfice de l'amnistie, il était automatiquement sursis à l'exécution de la sanction et des

---

<sup>22</sup> Art. R. 811-14 : « le recours en appel n'a pas d'effet suspensif »

conclusions à fin de sursis étaient irrecevables<sup>23</sup> (voir l'article 13 de la loi d'amnistie du 6 août 2002 et précédemment, l'article 16 de la loi du 4 août 1981 et 17 de la loi du 20 juillet 1988). Mais cette exception n'a pas été reproduite en 2007, faute de loi d'amnistie.

Ainsi, lorsqu'un professionnel de santé souhaite bénéficier du sursis à exécution d'une décision de sanction, il lui appartient de saisir le Conseil d'Etat de conclusions à cette fin, sur le fondement de l'article R. 821-5 du code de justice administrative. Cet article pose deux conditions cumulatives : la décision doit risquer d'entraîner des conséquences difficilement réparables ; les moyens invoqués doivent paraître, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, l'infirmité de la solution retenue par les juges du fond. Il n'est pas rare que de telles conclusions soient couronnées de succès (dès avant l'entrée en vigueur du CJA : *16 avr 1966, P...*, p. 261 ; *Ass, 13 juillet 1968, T...*, n° 75835 p. 466 ; *19 décembre 1986, F...* ; *23 mars 1990, B...*, n° 90095 p. 75). La présence de conclusions à fin de sursis appelle de la part du secrétariat du contentieux une vigilance particulière pour qu'il y soit statué le plus rapidement possible et ainsi éviter que ces conclusions, après exécution de la sanction, fassent l'objet d'un non-lieu, par exemple avec la décision de non-admission du pourvoi<sup>24</sup>.

Vos formations de jugement admettent que la condition des conséquences difficilement réparables est satisfaite, pour des motifs financiers (*5<sup>ème</sup> SSJS 19 décembre 2008, E...*, n° 321954 ; *27 novembre 2009, L...*, n° 332365 ; *12 novembre 2001, F...*, n° 227427) ou à cause d'un impact plus institutionnel, comme par exemple le droit de faire partie des conseils de l'ordre, dont une sanction prive un praticien (*7 novembre 2001, V...*, n° 237107, p. 544)

L'article R. 821-5 prévoit toutefois que le sursis ne peut être octroyé que par une formation de jugement, c'est-à-dire une formation collégiale, statuant après audition des conclusions du rapporteur public. En revanche, le rejet de ces conclusions peut être prononcé le président de la section du contentieux et les présidents de sous-sections (R. 122-12), par une ordonnance. C'est ce qui s'est passé pour la SELARL Grande Pharmacie G... et M. G... : la présidente de la 5<sup>ème</sup> sous-section a rejeté par ordonnance, le 28 novembre 2008, leurs conclusions à fin de sursis, au motif qu'aucun des moyens n'était de nature à justifier l'annulation de la décision et l'infirmité de la solution.

Le moyen dirigé contre la décision du conseil national conteste le choix de la période d'exécution de la sanction qui, très rapprochée de la date de notification, ne permettait pas, structurellement, d'obtenir le prononcé du sursis. Le droit au recours serait méconnu et la décision irrégulière. Les dates sont les suivantes : la formation de jugement a délibéré et adopté la solution le 22 septembre 2008 ; la décision a été notifiée le 29 octobre 2008 et le début de l'interdiction d'exercer pour la SEL et pour M. G... a été fixée au 1<sup>er</sup> décembre. Relevons au passage que si le dispositif de la décision est en principe rendu public sur le siège et si la décision est ensuite affichée, c'est la notification qui compte et le texte prévoit qu'elle doit intervenir dans le délai d'un mois après la séance (R. 4234-24) : c'est elle qui déclenche le délai pour se pourvoir en cassation et on ne pourrait exiger d'une partie qu'elle décide d'un

---

<sup>23</sup> 25 avril 1984, Cuaz, Rec CE T. p. 502

<sup>24</sup> Sur le principe du non lieu sur les conclusions à fins de sursis lorsque la sanction a été exécutée : 6 janvier 1989, Lallemand, 101627, B

pourvoi, et même de conclusions à fins de sursis, à la seule audition du sens d'une décision sans connaître les motifs qui la fondent.

S'agissant du sursis, la SELARL fait valoir que, en cinq semaines, il n'est pas possible pour un professionnel sanctionné de transmettre le dossier à un avocat au Conseil d'Etat, de formuler des conclusions à fins de sursis convaincantes, de voir désigné un rapporteur, puis un rapporteur public qui inscrira l'affaire en séance publique, et enfin d'obtenir le cas échéant le sursis. Surtout pour des sanctions de courte durée, la démarche est vouée à l'échec ; pour des sanctions de longue durée, on pourrait imaginer que l'exécution de la sanction soit interrompue en cas d'octroi du sursis.

2.2. Nous nous sommes interrogé sur la question préalable de savoir si le moyen ne visait pas davantage les suites de la décision juridictionnelle que son contenu même. Sont en effet critiquées ici non des irrégularités procédurales ayant précédé la prise de décision, mais l'articulation des délais de recours et de certaines voies de droit.

Toutefois, le moyen porte bien sur le dispositif de la décision et sur le bien-fondé du choix de la période d'exécution, susceptible de heurter, en théorie à ce stade, le droit au recours. Sans disposer d'exemples jurisprudentiels, il nous a semblé possible de franchir ce premier obstacle : la question naît, indéniablement du dispositif de la décision et du choix de la période de sanction.

2.3. La question posée par le moyen suppose de qualifier le recours à fin de sursis.

Il est bien clair que la faculté ouverte par l'article R. 821-5 n'est pas l'expression d'un quelconque principe général du droit. Certes, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence a censuré le texte au motif que « le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constituait une garantie essentielle des droits de la défense » et que l'absence d'une telle procédure devant le juge judiciaire était un motif d'inconstitutionnalité (*Décision 86-224 DC du 23 janvier 1987 – Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Recueil, p. 8*<sup>25</sup>). Mais cette jurisprudence, confirmée ensuite, concerne des sursis demandés à l'encontre de décisions administratives telles qu'une sanction, et non à l'encontre de décisions juridictionnelles.

S'agissant de décisions administratives, la loi du 30 juin 2000 a constitué un bouleversement bienvenu mettant fin aux carences antérieures du sursis à exécution, à la fois sur le fond, sur les procédures et les délais permettant de faire obstacle au privilège du préalable (voyez pour la suspension d'une décision du comité des sanctions de l'AMF, *Ord JRCE 11 février 2005, M. B...*, n° 276376)

- Force est de constater que le sursis à exécution n'existe pas devant le juge judiciaire.

---

<sup>25</sup> Voir également pour les mesures de police des étrangers décision n°93-325 DC du 13 août 1993 ; pour les sanctions qui peuvent frapper certaines entreprises : Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992; pour les sanctions sur les entreprises audiovisuelles : Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989

Ce sont les textes qui fixent le caractère suspensif ou non des recours. En matière civile, l'appel est suspensif (1486 CPC) sauf exceptions (en matière d'autorité parentale et pour la désignation d'un administrateur ad hoc, article 1210-2). En cassation, en revanche, le pourvoi de l'est pas<sup>26</sup> : le titre XVI du livre Ier du code de procédure civile classe, de fait, le pourvoi en cassation dans les voies extraordinaires de recours et l'article 579 pose le principe d'une absence de caractère suspensif du recours, sauf exceptions (en matière de divorce voir l'article 1086 du code de procédure civile ancien, sauf en ce qui concerne les pensions alimentaires, la contribution à l'entretien et l'exercice de l'autorité parentale ; en matière de nationalité art. 1045 ; en matière de déclaration d'absence art. 1069 ; en matière de filiation 1150 ; adoption 1178-1). En matière pénale, le pourvoi en cassation est suspensif (article 569 du code de procédure pénale) au moins dans les cas de condamnations.

Ainsi, lorsque la cour de cassation est saisie par des professionnels qui ont par exemple fait l'objet d'une radiation de leur tableau, et nous pensons à l'exemple des avocats, le pourvoi n'a pas d'effet suspensif : les décisions de la cour d'appel rendues sur les décisions de première instance prises par leur conseil de discipline régional sont exécutoires et après ce double examen, la radiation est effective, alors même qu'un pourvoi en cassation aurait été formé.

Bien plus, devant la Cour de cassation, le Premier président dispose d'un outil exactement inverse du sursis à exécution : la radiation du rôle, prévue à l'article 1009-1 du code de procédure civile. Afin de rappeler la primeur du principe du caractère exécutoire des décisions de justice, le Premier président de la cour saisie d'un pourvoi en cassation peut, à la demande du défendeur qui, par construction a obtenu satisfaction en appel, suspendre l'instruction d'une affaire lorsqu'il s'avère que l'auteur du pourvoi n'a pas exécuté la décision attaquée. Si notre sursis permet de faire échec à l'exécution d'une décision juridictionnelle, la radiation du rôle prolonge l'instruction du pourvoi en cassation en quelque sorte pour moraliser la procédure et vérifier que l'auteur du pourvoi a, au moins en partie, exécuté la décision. La cour de cassation a jugé que le retrait du rôle, qui a pour effet de prolonger le délai d'examen du pourvoi en cassation pour forcer le justiciable à exécuter la décision d'appel, n'est pas contraire à la CEDH, dès lors qu'il ne fait pas obstacle à l'existence même du pourvoi en cassation (*Cass, ord 1<sup>er</sup> prés. 22 février 1995, Bull civ ord, n°6*).

- Pour la cour européenne des droits de l'homme, l'accès au juge est un des éléments du droit au procès équitable protégé par l'article 6 de la convention et le droit au recours est, on le sait, protégé, de manière autonome des autres stipulations de la convention, par l'article 13<sup>27</sup>.

Si elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation dans le domaine de l'accès aux juridictions (*CEDH, 13 juillet 1995, Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni, A n°316-B*), elle considère aussi que la complexité des modalités d'exercice du recours, notamment quant à la computation des délais, prive le requérant d'un droit d'accès effectif au juge (*12 avril 2005, Marik c./ Rép tchèque*). Elle a ainsi sanctionné un délai de recours excessivement bref à l'encontre d'une décision juridictionnelle (voir pour un délai de 5 jours pour un pourvoi en cassation en matière pénale : *10 juillet 2001, Tricard c/ France*), en affirmant que « les règles

---

<sup>26</sup> Voir par exemple l'art 996 (R. 15-1 code élect) relatif à l'inscription sur les listes électorales

<sup>27</sup> CEDH, 6 septembre 1978, Klass

en question, ou l'application qui en est faite, ne devraient pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible » (*Tricard* précité et arrêt *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne* du 28 octobre 1998, *Recueil 1998-VIII*, §§ 44-45).

Il est vrai qu'elle a aussi, à de nombreuses reprises, manifesté son attachement au caractère exécutoire des décisions juridictionnelles, « *partie intégrante du procès* » au sens de l'article 6 de la convention (19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce*, *Recueil 1997-II*). Dans le même temps, elle a aussi exprimé le souci que ce caractère exécutoire ne se traduise pas par des conséquences manifestement disproportionnées.

Ce balancement s'est manifesté à propos de la procédure de radiation du rôle que nous avons décrite. L'obligation d'exécution d'une décision juridictionnelle constitue selon elle un « but légitime » pour « assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la cour de cassation », tout en vérifiant que les conséquences de l'exécution ne sont pas disproportionnées (14 novembre 2000, *Annoni di Gussola c/France*). Le droit d'accès au juge peut être atteint dans sa substance même, lorsque les auteurs du pourvoi en cassation ont été condamnés en appel à verser des sommes très importantes alors que leur capacité contributive est modeste.

A propos de notre sursis à exécution, nous relevons qu'elle a été saisie par un vétérinaire qui se plaignait de l'absence d'effet suspensif du recours en cassation devant le Conseil d'Etat ; elle a écarté le grief en relevant très simplement que le vétérinaire n'avait tout simplement pas sollicité de sursis à exécution, sans entrer dans le détail des conditions dans lesquelles ce sursis aurait pu être ordonné (10 octobre 2006, *Bonifacio c. France*, n°18113/02).

2.4. Pour résumer, plusieurs arguments militent pour rejeter l'argumentation de la société, sans même s'interroger sur le délai qui s'est écoulé entre la notification de la décision juridictionnelle et le début de la période d'interdiction.

D'abord, le pourvoi en cassation est, nous n'y insisterons guère, une voie de recours exceptionnelle. S'agissant des juridictions ordinaires, des juges, à deux niveaux différents, ont examiné la plainte et les faits, avant de décider de la sanction. Le juge de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction et de fait, même lorsqu'il casse, il renvoie sauf exception. Et devant lui, il n'y a pas de droit au sursis, surtout que l'appel, lui, a été suspensif.

Ensuite, il y aurait quelque paradoxe à reprocher à un juge ordinal ce qui, avant tout, relève d'un défaut du code de justice administrative : si, comme en l'espèce, les règles de procédure et de compétence ne permettent pas d'examiner en temps utile des conclusions à fin de sursis, c'est le code de justice administrative qu'il faut modifier, sans que cela entache la légalité de décision en cause.

2.5. Ces arguments ne nous ont, à la fin, pas retenu de vous proposer une solution plus audacieuse, mais, croyons-nous, plus conforme aux orientations actuelles de la jurisprudence, favorables à l'effectivité du droit au recours et à une forme de « loyauté de l'instance », formule que nous empruntons aux « Grands arrêts du contentieux administratif »



publié chez Dalloz, et que certains auteurs ont qualifié de principe directeur du procès, au moins en matière civile<sup>28</sup>.

Il ne s'agit pas dans notre esprit de vous proposer un quelconque droit au sursis à exécution. Il ne s'agit pas non plus de contraindre tous les juges administratifs, spécialisés ou non, à songer en prenant une décision ayant pour effet d'imposer une sanction à un justiciable, soit directement comme les juridictions ordinales, soit indirectement pour le juge de l'excès de pouvoir saisi de la légalité d'une sanction administrative, à laisser un délai pour que le sursis à exécution puisse être recherché. Nous croyons en effet que la solution que nous préconisons peut et doit être limitée à certaines juridictions et même à certains types de contentieux, en raison des conséquences des décisions contestées.

Pour les décisions administratives, nous rappellerons que les référés d'urgence sont à la disposition du requérant, depuis la loi du 30 juin 2000. Cette réforme conduit à porter un regard tout à fait différent sur la question du sursis à exécution de la décision juridictionnelle rendue sur un recours pour excès de pouvoir. Nul n'est besoin de prévoir de contraintes particulières sur les suites d'un arrêt de cour administrative d'appel ou d'un jugement de TA rendu en dernier ressort, puisque, si l'exécution de l'acte créait une situation d'urgence, le juge des référés a pu en tirer les conséquences et le cas échéant en suspendre l'exécution.

Le problème essentiel porte donc sur les sanctions de nature non administratives mais juridictionnelles. Et, sans doute, la solution que nous proposons pour les juridictions ordinales pourrait avoir un impact sur les décisions rendues en dernier ressort par ces juridictions administratives spécialisées, telles que le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche statuant en formation disciplinaire ou encore le Conseil supérieur de la magistrature. Mais la situation nous paraît substantiellement différente : les agents publics sont placés dans une situation statutaire, qui n'est pas la même que celle d'un professionnel exerçant dans le secteur libéral comme les professionnels de santé. En revanche, lorsqu'un chirurgien dentiste, un médecin, une sage-femme ou un pharmacien se voit interdire l'exercice de sa profession, c'est une liberté fondamentale qui peut être en cause (pour un expert en automobile : *Ord JRCE, 15 décembre 2005, M..., n° 285024, Rec p. 565*).

La solution que nous vous proposerons pourra, en réalité, s'appliquer d'abord aux juridictions ordinales lorsqu'elles infligent une sanction d'interdiction d'exercer, et, sans doute à des juridictions administratives spécialisées comme la commission bancaire lorsqu'elle statue en application de l'article L. 613-21 du code monétaire et financier<sup>29</sup> et lorsque la sanction disciplinaire implique une interdiction d'effectuer certaines opérations, des limitations dans l'exercice de l'activité, ou la radiation de l'établissement de crédit.

Si nous nous sentons autorisé à franchir les obstacles que nous avons décrits, c'est pour donner aux dispositions du code de justice un caractère effectif. Il ne nous paraît en effet pas possible d'infliger une sanction disciplinaire impliquant l'interdiction d'exercer sans laisser une chance à l'article R. 821-5 du code de justice administrative de produire ses effets. Cela ne nous paraît tout simplement pas loyal. En l'espèce, certains pourront dire que la SEL n'a pas à se plaindre : il a été statué sur ses conclusions à fins de sursis, juste avant le début de la période d'exécution. C'est vrai. Mais elles ont été rejetées. Et compte tenu de la règle

---

<sup>28</sup> M-E Boursier, Le principe de loyauté en droit processuel, Dallo 2003, NBT t. 23, p. 227.

<sup>29</sup> Elle est alors une juridiction administrative (L. 623-23)

exigeant une formation collégiale, nous ne déduisons pas de l'existence de ce rejet à cette date un respect du droit au recours effectif. Le recours à fin de sursis, dans ces conditions, était fictif et nous pensons que cela n'est pas bon pour le juge administratif.

Vainement pourra-t-on objecter des considérations liées à l'urgence. Dans de telles hypothèses, si vraiment il est nécessaire de mettre un terme, au moins provisoire, à l'activité d'un professionnel, les autorités administratives disposent de leur pouvoir de police générale et même de pouvoirs spécialisés, s'agissant des professions médicales (L. 4113-14) et des pharmaciens (L. 4113-18). Le législateur a organisé des procédures efficaces, y compris pour permettre l'exercice de voies de recours : l'article L. 4113-18 du code de la santé publique permet au préfet – au directeur de l'agence régionale de santé depuis une ordonnance du 23 février 2010 -, en cas d'urgence et lorsque les activités d'un pharmacien expose les patients « à un danger grave », de prononcer « la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de 5 mois ». Le lien est établi avec les ordres professionnels : le représentant de l'Etat doit saisir sans délai le conseil régional ou le conseil central de l'ordre qui doit statuer dans les deux mois de sa saisine, à peine de dessaisissement au profit du conseil national, qui lui aussi a deux mois pour statuer. A défaut, la mesure de suspension prend fin. Parallèlement, le professionnel peut saisir le TA qui statue en référé dans les 48 h.

Dans les affaires dont sont saisis les juges disciplinaires, il est au demeurant tout à fait exceptionnel que l'ordre public et la santé des patients soient véritablement en cause. Aucun obstacle de ce genre ne nous semble pouvoir écarter l'idée qu'il faille laisser un certain laps de temps entre la décision sur le principe de la sanction et le début de la période d'exécution.

Concrètement, nous pensons qu'une juridiction ordinale, lorsqu'elle envisage d'infliger une sanction d'interdiction, doit ménager entre la date de la prise de décision et le début de la période d'exécution, un délai qui permet au professionnel de saisir utilement s'il le souhaite le juge du sursis en cassation. Dans ce délai, entre d'abord le mois de notification prévu à l'article R. 4234-24. Cette notification déclenche le délai de recours contentieux et il ne nous paraît pas possible que le début de la sanction commence avant l'expiration de ce délai. Il nous paraîtrait raisonnable, en l'état actuel des textes, de laisser un délai de l'ordre de trois mois entre la prise de décision et le début de la sanction.

Dans ces trois mois, il appartient, d'une part, à la juridiction de procéder à la notification dans le délai prévu par les textes et, d'autre part, au justiciable de faire le nécessaire pour que le juge du sursis soit saisi le plus rapidement possible afin de pouvoir se prononcer utilement avant le début de la période d'exécution. Naturellement, une saisine du juge quelques jours avant le début de la période de sanction manifesterait, à l'inverse, une forme de comportement déloyal du requérant dont le juge pourrait tenir compte.

Pour terminer, nous vous indiquons aussi qu'une telle règle ne bouleverserait en rien les pratiques les plus courantes des juges ordinaires : dans les affaires où le sursis à exécution a été récemment sollicité, les sanctions décidées par les juges ordinaires commencent à courir entre 3 et près de 6 mois après la décision (voyez pour un délai de 3 mois et une semaine : *19 décembre 2008, E...* précité ; pour un délai de 5 mois et demi : *1<sup>er</sup> mars 2010, C... et SELAS Laboratoires du littoral, n° 334309*).

Nous relevons que la décision que vous prendrez, si vous nous suivez, s'inscrira dans un mouvement jurisprudentiel qui donne au droit au recours, aux droits des requérants, des avancées nouvelles. Ainsi, lorsque votre formation de jugement a défini la voie de droit que les professionnels de santé doivent employer lorsqu'ils entendent présenter des conclusions reconventionnelles pour obtenir réparation du fait d'une plainte abusive qui les a visés, vous avez procédé à la modulation dans le temps de la règle de droit nouvelle, pour ne pas risquer de porter atteinte de manière rétroactive au droit au recours (*Section, 6 juin 2008, CDOCD de Paris c/ B..., n° 283141*). De même, vous venez de juger que lorsqu'une juridiction ordinaire est saisie de la question de la période d'exécution d'une sanction qu'elle doit à nouveau fixer après qu'un sursis a été ordonné et les conclusions au fond rejetées, il lui appartient d'informer les parties de ce qu'elle s'apprête à prendre une telle décision, en les invitant à produire des observations écrites (*18 février 2010, N..., 325 910, à nos conc, à mentionner aux tables*).

Si vous avez franchi ces différents obstacles, reste le cas d'espèce qui ne fait guère de doute : un délai de deux mois et une semaine avant le début de la sanction ne permettait pas de saisir utilement le juge du sursis à exécution, surtout que la notification est intervenue plus d'un mois après la décision. Cela l'entache d'un vice qui conduit à son annulation, en tant qu'elle porte sur la SELARL Grande pharmacie G... et M. G.... Vous annulerez la décision dans cette mesure.

Pour conclure, quelle que soit la solution que vous adopterez, il reste que cet angle mort des procédures contentieuses appelle une intervention du pouvoir réglementaire. Si le président de la section du contentieux et les présidents de sous-section disposaient de la faculté de prononcer le sursis à exécution, un délai raccourci pourrait être fixé par les juridictions ordinaires. Un décret suffit pour ce faire : si le principe du caractère collégial des décisions juridictionnelles est posé dès l'article L.3 du code de justice administrative, la loi peut en disposer autrement et l'article L. 122-1 permet au président de la section du contentieux et aux présidents de sous-sections – mais pas aux présidents adjoints – de « régler les affaires dont la nature ne justifie pas l'intervention d'une formation collégiale ». Il nous paraît envisageable d'inclure le prononcé du sursis à exécution dans un tel cadre prévu par l'article R. 122-12 du code. Ces affaires ne présentent pas de difficultés ou d'enjeux supérieurs aux affaires de référés suspension ou de référés libertés fondamentales confiées à des Conseillers d'Etat statuant seuls. Si le rythme d'un décret annuel permettant de moderniser les dispositions du code de justice administrative est maintenu, nous croyons qu'une telle disposition pourrait utilement y figurer.

Vous rejetterez les conclusions de la SELARL et de M. G... sur les frais exposés et non compris dans les dépens, qui sont mal dirigées : le conseil national n'est pas une partie et n'a produit que des observations<sup>30</sup>.

Par ces motifs, nous concluons :

---

<sup>30</sup> Cf. 29 juillet 1994, Carius, 105095, B

A l'annulation de la décision du conseil national de l'ordre national de l'ordre des pharmaciens du 22 septembre 2008, en tant qu'elle fixe la date d'exécution de la sanction infligée à la SELARL Grande Pharmacie G... et à M. G... et au rejet du surplus des conclusions des requérants.