

**N° 418350**

**M. P...**

**5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 13 mars 2019**

**Lecture du 28 mars 2019**

## **CONCLUSIONS**

**M. Nicolas POLGE, rapporteur public**

M. P... a été sanctionné comme ses deux associés, pharmaciens comme lui, au sein de la SELARL « Pharmacie européenne », par les instances du contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale pour des manquements à différentes dispositions du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale relevés à l'occasion de la délivrance de médicaments à des assurés sociaux ou à leurs ayants droit de juillet 2007 à 2009.

Tant l'examen du bien-fondé de son pourvoi dirigé contre la décision de la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens qui a rejeté son appel que celui de sa contestation de la décision précédente ayant refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au conseil constitutionnel exige de prendre position sur les conditions dans lesquelles un pharmacien peut être personnellement sanctionné pour des manquements commis, en quelque sorte, « en société ».

Le cadre constitutionnel est fondé sur le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait. Le conseil constitutionnel l'a d'abord déduit des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (décision n° 99-411 DC 16 juin 1999, cons. 7 ; V. plus récemment déc. n° 2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 11), puis il a plus justement mis en valeur, dans une décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, son rattachement plus particulier à l'article 9 plutôt qu'à l'article 8. Ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition (décision n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012, cons 3 et 5 à 7).

Le conseil constitutionnel a précisé qu'appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet (décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, § 5 et 6)

Il avait antérieurement indiqué (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 35, 38 et 39) qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, ce dont il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive.

Toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité - dans l'espèce en cause, en permettant de punir le représentant légal à raison d'une infraction commise par le mineur, la disposition avait pour effet d'instituer, à l'encontre du représentant légal, une présomption irréfragable de culpabilité, ce qui a conduit à sa censure par le conseil constitutionnel.

Or, depuis que la loi permet l'exercice d'une profession réglementée, telle que celle de pharmacien, en société, aucune disposition n'est venue préciser dans quelle mesure les agissements des associés pouvaient les engager les uns ou les autres sur le plan disciplinaire ou para-disciplinaire, comme dans le contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale.

L'article R. 5125-23 du code de la sécurité sociale dispose seulement que : « *La société d'exercice libéral est soumise aux dispositions disciplinaires applicables à la profession de pharmacien. Elle ne peut faire l'objet de poursuites disciplinaires indépendamment de celles qui seraient intentées contre un ou plusieurs associés exerçant leurs fonctions en son sein.* ». Cet article ne porte d'ailleurs pas sur le contentieux du contrôle technique, malgré la proximité de ce dernier avec le contentieux proprement disciplinaire.

La jurisprudence n'a elle-même guère défriché le sujet. Un seul point est clair et réaffirmé régulièrement par la jurisprudence : soumis à une obligation de surveillance, le pharmacien d'officine ne peut être exonéré de sa responsabilité au seul motif que les manquements commis dans son officine ont été le fait d'un ou plusieurs subordonnés (29 février 1952, *M...*, p. 142 ; 27 février 2002, *O...*, n° 217187, T. ).

La jurisprudence est plus mince en ce qui concerne la solidarité éventuelle des associés sur le plan répressif : le seul précédent vraiment topique porte sur le cas d'un pharmacien associé qui avait en fait cessé d'exercer la profession, et dont vous avez jugé qu'il ne pouvait, pour échapper à une sanction à raison de faits commis par l'officine, « *utilement se prévaloir (...) de ce qu'il avait réduit voire cessé son activité et qu'il n'exerçait plus ainsi de contrôle effectif sur la gestion de l'officine* » (27 juin 2005, *R...*, n° 224192, inéd.).

Dans ces conditions, il vous revient aujourd'hui de préciser cette question. Deux préoccupations peuvent guider votre réflexion : d'une part, assurer le respect du principe selon lequel nul ne peut être puni que de son propre fait, conformément à la jurisprudence du conseil constitutionnel ; d'autre part, éviter un régime de responsabilité qui se prête trop facilement à des manœuvres par lesquelles tous les associés parviendraient à se protéger des sanctions dont les manquements de la société seraient justiciables.

Dans cette perspective, une responsabilité solidaire fondée sur une présomption irréfragable de responsabilité de chacun sur la base des agissements de tous ou de ceux

de la société contreviendrait manifestement aux principes de la jurisprudence constitutionnelle. A l'opposé, subordonner l'engagement de la responsabilité de chacun à la démonstration de sa participation individuelle propre aux agissements répréhensibles imputables à la société ou aux autres associés garantirait de manière absolue le principe d'individualité des peines mais offrirait trop de prise à des débordements.

Mais une voie médiane est possible, dès lors, comme nous l'avons vu, qu'appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet (décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, § 5 et 6), et qu'en outre (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 35, 38 et 39), à titre exceptionnel, des présomptions de culpabilité peuvent être établies, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité.

Il semble que si vous jugiez que des irrégularités entachant l'activité d'une officine exploitée par une société d'exercice libéral engagent la responsabilité disciplinaire de chacun des pharmaciens associés, sauf s'il est établi que les manquements en cause sont exclusivement imputables à l'action personnelle d'un ou plusieurs de ces associés, vous satisferiez à l'ensemble de ces conditions :

- il y aurait présomption, mais pas irréfragable ;
- les principes de l'exercice professionnel des pharmaciens et de leur responsabilité au sein d'une société induisent une imputabilité vraisemblable à chaque associé des manquements de chacun, vraisemblance et imputabilité qui peuvent être renversés au cas par cas ;
- s'agissant d'un dispositif de sanction qui vise à sanctionner des manquements essentiellement objectifs à des règles assurant la préservation des intérêts de l'assurance maladie et des assurés sociaux, cette adaptation au principe de responsabilité individuelle en matière répressive paraît proportionnée.

Si vous vous en laissez convaincre, vous aurez précisé un régime de responsabilité dont la constitutionnalité paraît suffisamment assurée pour ne pas être renvoyée à l'appréciation du conseil constitutionnel.

Au surplus, il ne s'agirait là que d'une interprétation jurisprudentielle à la fois nouvelle, en grande partie, et qui ne porte pas sur une disposition législative déterminée mais constitue plutôt un guide général de mise en œuvre du contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale.

Ce sont là deux motifs supplémentaires de ne pas renvoyer au conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. P... contre la portée effective

que la jurisprudence confère selon lui aux articles L. 145-1 et L. 145-4 du code de la sécurité sociale.

Il est vrai qu'il présente également la question prioritaire de constitutionnalité dirigée plus spécialement contre l'article L. 145-4 sous un autre angle, tiré de la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et d'une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, dans la mesure où cet article renvoie à un décret en conseil d'Etat le soin de déterminer les conditions dans lesquelles les dispositions relatives au contentieux du contrôle technique de la sécurité sociale défini par l'article L. 145-1 pour les professions médicales sont étendues aux pharmaciens.

Mais cette disposition ne peut être comprise que comme habilitant le pouvoir réglementaire à prendre sous le contrôle du juge que les seules adaptations rendues nécessaires par d'éventuelles difficultés propres aux pharmaciens pour la mise en œuvre du contrôle technique. Il n'est en aucune façon question d'habiliter le pouvoir réglementaire à redéfinir les obligations et les sanctions applicables au pharmacien.

Cet autre volet de l'argumentation ne doit donc pas mieux vous convaincre de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité.

Dans les motifs qu'elle avait elle-même retenues pour refuser de vous la transmettre, la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens s'est laissée aller à une erreur de droit : contrairement à ce qu'elle a jugé, une question prioritaire de constitutionnalité peut être utilement soulevée à l'encontre de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative (décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011). Mais vous pourrez substituer à ce motif erroné, pour confirmer ce refus, les motifs qui précèdent.

En revanche, il faut reconnaître que pour prononcer une sanction contre M. P..., la juridiction a retenu qu'il devait être tenu responsable des fautes constatées dans l'officine du seul fait de sa qualité de pharmacien associé d'une SELARL, sans rechercher si ces manquements pouvaient être regardés comme exclusivement imputables à l'action personnelle d'un ou plusieurs de ses co-associés. Ce faisant, elle a commis, au regard de la règle que je vous invite à énoncer, une erreur de droit justifiant, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que sa décision soit annulée.

Je conclus, par ces motifs, au rejet de la contestation du refus de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité, mais à l'annulation de la décision du 19 décembre 2017 de la section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des pharmaciens, et au renvoi de l'affaire devant cette juridiction. Vous pourrez mettre à la charge de caisse primaire d'assurance maladie de Paris le versement de la somme de 3 000 euros à M. P... sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant les conclusions présentées au même titre par le conseil national de l'ordre des pharmaciens.