

N°422627

Société Cerballiance Normandie et autres

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 15 mai 2019

Lecture du 5 juin 2019

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

L'article L. 6223-6 du code de la santé publique impose aux sociétés qui exploitent un laboratoire de biologie médicale de compter parmi les détenteurs de leurs parts sociales au moins autant de biologistes médicaux travaillant au moins à mi-temps dans le laboratoire que de sites.

La société d'exercice libéral dénommée « Centre de biologie médicale » exploitait neuf sites. Or, lors d'une assemblée générale du 3 décembre 2013, des cessions de parts sociales, qui dans une société d'exercice libéral nécessitent un agrément à la majorité qualifiée de l'ensemble des associés, ont conduit à réduire à trois le nombre de biologistes en exercice au sein du laboratoire associés au capital ; ce nombre a même été réduit à deux le 18 décembre 2013, et la situation n'a été rétablie que le 20 décembre 2013.

Des confrères et concurrent ont porté plainte devant les instances de l'ordre des pharmaciens. En appel, la chambre de discipline du conseil national de l'ordre des pharmaciens, après avoir annulé comme irrégulière la décision de la chambre de discipline du conseil central de la section G, a sanctionné pour ce manquement la société Centre de biologie médicale devenue Cerballiance Normandie et deux pharmaciens biologistes associés, MM B... C... et J... R..., par des interdictions d'exercice professionnel d'un mois pour la société et de deux mois pour chacun des deux associés.

Par une décision du 13 septembre 2018 lue sur le siège, votre 5^{ème} chambre a décidé qu'il serait sursis à l'exécution de cette décision.

Ce n'est pas le moyen d'insuffisance de motivation soulevé par le pourvoi qui aurait pu à lui seul justifier le suris, mais en revanche, il paraît devoir entraîner la cassation de la décision des juges disciplinaires d'appel dans son principe même.

Par une décision du 4 juin 2014, *SELARL Labo XV*, 360342, inéd., vous avez jugé. qu'il « appartient au juge disciplinaire, saisi d'une plainte relative au fonctionnement d'un laboratoire et dirigée à la fois contre son directeur et contre la société d'exercice libéral

qui en assure l'exploitation, de rechercher les éléments susceptibles de caractériser les responsabilités de l'un et de l'autre dans les manquements commis ».

Or, au cas présent, les juges d'appel ne se sont en rien expliqués sur les éléments qui selon eux caractérisaient la responsabilité propre de chacune des trois personnes physiques ou morales qu'ils ont sanctionnées. Ils se sont borné à constater l'irrégularité temporaire de la situation de la société, du fait des mouvements de cession et rétrocessions de parts, et à affirmer qu'elle engageait la responsabilité de ces trois personnes. Les auteurs des plaintes avaient été plus précis, en donnant les raisons pour lesquelles ils s'étaient désistés de leurs plaintes dirigées contre d'autres associés et avaient maintenus trois seulement de leurs plaintes. Mais rien n'indique que les juges d'appel aient nécessairement repris à leur compte ces motifs, dont certains paraissent d'ailleurs bien fragiles, en particulier la justification du maintien de la plainte contre M. C... au motif que bien après les faits et la régularisation de la situation il soit devenu dirigeant de la société.

Certes, vous avez admis par une décision récente que dans certaines situations, le partage de la responsabilité disciplinaire repose sur une présomption de responsabilité collective, en jugeant (28 mars 2019, *P...*, n° 418350, T.) que "chacun des pharmaciens exerçant dans le cadre d'une société d'exercice libéral doit répondre des irrégularités entachant l'activité de l'officine exploitée en commun, à l'exception de celles dont il est établi qu'elles sont exclusivement imputables au comportement personnel d'un ou plusieurs de ses coassociés".

Et sans se référer à cette décision, est développée une argumentation de ce type en défense, selon laquelle « Ces derniers associés" (NB : M. R... et M. C...,) "étaient donc solidairement responsables avec la SEL CMB, sauf pour eux à rapporter la preuve qu'ils n'étaient pas les auteurs de la faute qui leur était reprochée en leur qualité de pharmaciens biologistes associés ».

Mais cette solution ne se justifie que dans les cas où il est difficile d'identifier l'auteur d'irrégularités entachant une activité exercée en commun, comme des irrégularités affectant les délivrances pharmaceutiques au sein d'une officine exploitée en commun. Dans le cas d'irrégularités imputables à des opérations de cession de parts sociales, il n'y a pas de difficulté à identifier les auteurs de ces cessions, leurs motivations et les autres éléments nécessaires à l'appréciation du caractère éventuellement fautif de leurs agissements.

Vous pourrez donc pour ce motif annuler la décision attaquée.

Vous ne devez probablement pas vous interdire une surmotivation en ce qui concerne les modalités de la peine infligée à la société, afin d'éclairer les juges de renvoi sur cet aspect plus circonscrit de la décision initiale.

La critique de la décision d'appel est sur ce point au croisement des questions de la personnalité et de la proportionnalité de la sanction.

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).

En l'espèce, la personne morale sanctionnée, la société Cerballiance, est distincte de la société qui s'est trouvée temporairement dans une situation irrégulière et qu'elle a ultérieurement absorbée.

La jurisprudence, conformément aux principes consacrés par le conseil constitutionnel, consacre en matière pénale l'impossibilité d'infliger à une société absorbante une sanction à raisons des faits commis par une société absorbée (Cass. Crim. 20 juin 2000, Bull crim 2000, n° 237 ; 9 septembre 2009, n° 08-87.312).

En revanche, cette possibilité existe en matière de sanctions administrative (Sect. 22 novembre 2000, *Soc. Crédit agricole Indosuez Chevreux*, n°207697, p. 537 ; décision du conseil constitutionnel n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016), ainsi qu'en matière fiscale (4 décembre 2009, *soc. Rueil sports*, n°329173, p. 478).

Il n'y a donc pas d'obstacle de principe à sanctionner sur le plan disciplinaire la société absorbante pour les manquements de la société absorbée.

Le cas d'espèce montre cependant qu'il serait choquant que la prise en compte du principe de personnalité des peines reste sans incidence sur le choix de la sanction.

La société absorbée exploitait neuf laboratoires. La société absorbante, sanctionnée à sa place, en exploite seize. La portée de la sanction d'exercice est ainsi démultipliée. Il y a une question de *quantum*, du fait de l'aggravation du coût économique de la sanction.

Or il paraît difficile de tenter de régler cette difficulté en demeurant sur le seul plan du quantum concret, par exemple en compensant l'extension du champ géographique de la sanction par une réduction de sa durée ; l'insertion de la sanction dans l'échelle des sanctions et la comparaison avec les sanctions prononcées dans des situations similaires serait perturbée.

Une parade plus générale et peut-être plus élégante consisterait à reconnaître que la sanction prononcée à l'encontre de la société absorbante ne puisse s'appliquer qu'aux établissements de la société absorbée ou fusionnée ou, dans l'hypothèse où ceux-ci auraient été cédés, à des établissements de taille et de caractéristiques comparables de la société qui se voit infliger la sanction.

Si vous vous en convainquez vous retiendrez qu'en appliquant la sanction de l'interdiction de pratiquer des examens de biologie médicale aux seize sites de la société Cerballiance, au lieu de limiter le champ d'application de cette sanction aux neuf sites dont disposait la société CBM à la date de son absorption, la chambre de discipline nationale a commis une autre erreur de droit.

Par ces motifs , je conclus à l'annulation de la décision du 22 juin 2018 de la chambre de discipline du conseil national de l'ordre des pharmaciens, au renvoi de l'affaire à cette juridiction et à ce que M. L..., M Q... et Mme E... versent solidairement à MM. R.... et C... et à la société Cerballiance Normandie une somme globale de 3000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant leurs propres demandes présentées sur ce fondement.