

**Audition du CNGPO du 17 novembre 2009
par Me Brigitte Longuet
dans le cadre de la mission sur les professions libérales
confiée par M. Hervé Novelli**

A partir de la lettre de mission qui vous a été remise par M. Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat des PME, du Tourisme, des Services et de la Consommation, nous avons pris connaissance des axes de réflexion distingués. Le CNGPO (Collectif national des groupements de pharmaciens d'officine)¹ a souhaité concentrer ses propositions sur 2 des volets décrits :

- L'évolution de l'accompagnement de nos entreprises libérales lors de leur création ou par la suite ;
- Et son corollaire, l'évolution des dispositifs existants depuis la loi du 30 décembre 1990 relative aux SEL modifiée par la loi MURCEF du 11 décembre 2001 créant les SPF-PL et la LME du 4 août 2008.

Vous pourrez ainsi lire nos propositions selon le déroulé suivant :

¹ *le CNGPO réunit 10 000 pharmacies adhérentes de ses 14 Groupements (ALRHEAS, APSARA, CEIDO, COFISANTE, EUROPHARMACIE, EVOLUPHARM, FORUM SANTE, GIPHAR, GIROPHARM, OPTIPHARM, PHARMACTIV, PHARMODEL GROUP, PLUS PHARMACIE, RESEAU SANTE), offre un maillage territorial particulièrement adapté à la territorialisation de notre politique de santé, et représente aujourd'hui près de 60 % du chiffre d'affaires total de la profession.*

Dès sa création en 2002, notre association, s'est donnée pour ambition de faire évoluer la profession de pharmacien d'officine, de mettre en exergue le rôle stratégique des groupements dans le circuit de distribution du médicament et d'offrir à tous une vision prospective en réponse aux enjeux économiques et de santé publique. En juin 2006, nous avons décrit et anticipé dans notre livre blanc "Officine 2010" la nécessaire adaptation de notre profession face aux contraintes économiques, politiques et juridiques.

Trois ans après, nous pensons plus que jamais indispensable de nous donner les moyens de mener à bien les défis qui nous ont été lancés :

- *savoir adapter notre réseau officinal pour le renforcer dans un contexte de difficultés de trésorerie, de vieillissement démographique et de déficit croissant des finances sociales*
- *savoir donner un contenu concret aux "nouvelles missions officinales" et aux expérimentations de coopérations territoriales de santé souhaitées par la loi HPST*
- *faire partager l'expérience des groupements et leur réflexion novatrice sur l'organisation de l'officine en vue de mieux satisfaire les attentes du patient, dans un environnement de plus en plus concurrentiel*

I/ SUR LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION DARROIS SUR LES SPF-PL DE PROFESSIONS JURIDIQUES, pp.2 à 3

II/ SUR LE DECRET D'APPLICATION DES SPF-PL A LA PROFESSION DE PHARMACIEN D'OFFICINE, pp. 3 à 5

III/ NOTRE PROPOSITION DE MODERNISATION DU RESEAU OFFICINAL ET DE REGROUPEMENT DES OFFICINES PASSE AUSSI PAR LES SUCCURSALES, pp. 5 à 7

I/ SUR LES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION DARROIS SUR LES SPF-PL DE PROFESSIONS JURIDIQUES

Nous avons bien conscience qu'il vous a été demandé une approche transversale des professions libérales, en cohérence avec les recommandations de la commission Darrois sur les SPF-PL des professions juridiques

La loi MURCEF de 2001 est venue créer les SPFPL, en modifiant la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 sur les SEL en y créant un nouvel article 31-1 qui prévoit que :

« Il peut être constitué entre personnes physiques ou morales exerçant une ou plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des sociétés de participations financières ayant pour objet exclusif la détention des parts ou d'actions de sociétés mentionnées au premier alinéa de l'article 1er ayant pour objet l'exercice d'une même profession ».

Et ce, sous réserve de décrets d'application spécifiques à chaque profession.

Or, à ce jour, seulement six décrets ont été pris pour l'application des SPFPL à la profession de conseil en propriété industrielle (D. n° 2004-199, 25 février 2004 modifiant le Code de la propriété intellectuelle) et aux professions d'avocat, d'avoué près des cours d'appel, de notaire, d'huissier de justice et de commissaire priseur judiciaire (D. n° 2004-852 à 2004-856, 23 août 2004 pour les professions juridiques et judiciaires).

Est, de plus, paru au JO du 24 septembre 2009 le décret n°2009-1142 du 22 septembre 2009 autorisant l'ouverture du capital des SPF-PL d'huissiers de justice, de commissaires-priseurs judiciaires et de notaires aux membres des professions judiciaires ou juridiques soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Alors que jusqu'ici, seuls les textes sur la profession d'avocat permettaient d'associer également à la SPF-PL d'avocats des membres de professions judiciaires ou juridiques.

Le régime des SPF-PL apparaît donc unifié pour l'ensemble des professions juridiques. Ces dernières évolutions législatives attestent de ce que le régime des SPF-PL des professions juridiques semble avoir une véritable "longueur d'avance" sur les professions de santé, pour lesquelles aucun décret d'application des SPF-PL n'existe à ce jour.

Nous voyons dans les recommandations de la commission DARROIS sur les SPF-PL de professions juridiques une réelle opportunité de faire avancer la réflexion sur les SPF-PL de professions de santé.

A l'instar de l'Ordre des pharmaciens, nous ne souhaitons pas un alignement pur et simple sur ces recommandations.

Nous espérons que votre mission permette que le décret d'application des SPF-PL de notre profession puisse voir enfin le jour et que puisse être préservée la spécificité de l'exercice libéral des pharmaciens en lien avec le contexte d'évolution de notre métier et des besoins de santé.

II/ SUR LE DECRET D'APPLICATION DES SPF-PL A LA PROFESSION DE PHARMACIEN D'OFFICINE

Nous nous inscrivons dans la lignée de la loi du 31 décembre 1990 sur les SEL qui exige donc que **l'adoption des SPFPL fasse l'objet d'un décret d'application spécifique à chaque profession. Un tel décret dédié permet ainsi de prévoir des dispositions particulières et propres aux pharmacies d'officine préservant les grands principes régissant notre profession, tout en l'adaptant à un contexte socio-économique évolutif.**

La loi HPST récemment promulguée appelle, en effet, la mise en oeuvre de nouvelles missions et de nouveaux services officinaux qui ne pourront voir le jour sans anticipation et adaptation préalable de notre modèle économique. Se donner les moyens de répondre à cette ambition dans un contexte de crise économique et de déficits sociaux croissants passe par des leviers structurels et des économies d'échelle.

- ❑ Si les génériques contribuent à booster l'économie de l'officine, 3 leviers peuvent optimiser nos performances :
 - Réduire les coûts d'achat : liberté des remises et meilleure négociation des prix d'achat...
 - Réduire les coûts de gestion : regroupements massifs, repositionnement géo-démographique, gestion centralisée de plusieurs points de vente...
 - Augmenter les ventes par pharmacie et les adapter à un système de santé évolutif : dynamique des nouvelles missions...
- ❑ Dans ce contexte économique, il faut savoir anticiper plutôt que de subir :
 - Tirer les enseignements de l'évolution de notre démographie professionnelle : professionnels vieillissants, départs à la retraite anticipés, féminisation importante et jeunes diplômés se détournant de la profession...
 - Et des conséquences probables de la crise : baisse des prix de vente, fermetures d'officines, licenciements, déficit croissant de la sécurité sociale car baisse des cotisations, baisse de qualité des prestations, difficulté d'honorer nos nouvelles missions.

Depuis juin 2006 et la parution de son livre blanc intitulé « Officine 2010 », le CNGPO a ainsi formulé des recommandations en faveur du regroupement de nos officines, clé, d'un réseau pérenne et rentable.

« (...) le CNGPO estime que l'exercice de la profession, le respect de l'indépendance de ses membres ou de ses règles déontologiques, seront garantis par la détention des titres des SPF-PL réservés aux pharmaciens titulaires d'officine en exercice, et à eux seuls »

Sous notre impulsion, ainsi que celle d'autres instances syndicales, la LME de 2008 a ensuite réactivé l'intérêt de créer une SPF-PL en pharmacie en corrigeant la maladroite rédaction issue de la Loi MURCEF et en modifiant l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990 qui dispose désormais :

« Plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire (...) d'une société constituée dans les conditions prévues à l'article 220 quater A du code général des impôts ou une société de participation financière de professions libérales régie par le titre IV de la présente loi, si les membres de ces sociétés exercent leur profession au sein de la société d'exercice libéral ».

L'option pour une SPF-PL à un régime d'intégration fiscale devient possible.

Nous avons, depuis lors, rencontré les décideurs politiques (la Mission du groupe UMP sur les professions réglementées en janvier 2009, les conseillers techniques de l'Elysée en février 2009, du ministère de la santé et du ministère du budget à plusieurs reprises) et les administrations compétentes (Mme de SAINT MARTIN de la DHOS, M. Thierry PEAN de la DCASPL en novembre 2008). A toutes fins utiles, nous tenons à votre disposition les comptes-rendus de ces entretiens particulièrement constructifs.

Nous soutenons aujourd'hui le projet de décret relatif à l'exercice en commun de la profession de pharmacien titulaire sous forme de SPF-PL et modifiant le CSP, car la rédaction proposée par l'Ordre des pharmaciens de ses articles 2 et 3 reprend certaines de nos propositions, et en particulier les suivantes :

« Des pharmaciens exerçant la profession de pharmaciens d'officine ou des SEL de pharmaciens d'officine peuvent, dans les conditions prévues à l'article 31-1 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, constituer une ou plusieurs SPFPL de pharmaciens d'officine.

Plus de la moitié du capital social et des droits de vote de ces SPFPL doit être détenue par des personnes physiques, titulaires d'officine, ou des personnes morales, exerçant la profession de pharmaciens d'officine.

Nous conservons ainsi la rédaction conforme à la loi de 31 décembre 1990 sur les SEL et retenons un principe de détention obligatoire de la majorité du capital et des droits de vote par 1 ou plusieurs pharmaciens titulaires, ce qui démontre notre attachement à l'indépendance des officinaux dans la maîtrise du capital des sociétés exploitant les officines de pharmacie.

Le complément de capital social peut être détenu, à l'exclusion de toute autre personne par :

1° Des personnes physiques ou morales exerçant la profession de pharmaciens d'officine sous réserve, pour les pharmaciens salariés, qu'ils exercent leur activité professionnelle au sein de la ou de l'une des SEL, objet de la participation par la SPFPL.

L'associé salarié qui cesse son activité professionnelle au sein de la ou des officines constituant la ou les SEL ou par suite d'une mesure disciplinaire entraînant une interdiction d'exercice supérieure à un an perd de plein droit à la date de l'événement la qualité d'associé.

2° Pendant un délai de cinq ans, renouvelable une fois, des personnes physiques qui ayant cessé toute activité professionnelle ont exercé la profession de titulaire d'officine.

2° Pendant un délai de cinq ans, renouvelable une fois, des personnes physiques qui ayant cessé toute activité professionnelle ont exercé la profession au sein de la SEL.

3° Les ayants droit des personnes physiques mentionnées aux alinéas qui précèdent, pendant un délai de 5 ans suivant leur décès. »

Sur la détention du complément de capital, nous souhaitons ici simplement précisé que l'alinéa 2° comporte une rédaction alternative.

- La première proposition évoque de manière générale «des personnes physiques qui ayant cessé toute activité professionnelle ont exercé la profession de titulaire d'officine » sans faire référence à leur exercice au sein de la SEL ;
- La deuxième proposition comporte une limitation de la détention aux seules « personnes physiques qui ayant cessé toute activité professionnelle ont exercé la profession au sein de la SEL »

Selon nous, la rédaction définitive devrait conjuguer ces deux qualités : avoir été titulaire d'officine et au sein de la SEL en question et ce au même titre que pour la détention de participation au sein d'une SEL...

Enfin, parmi les recommandations formulées en mars 2009 par la commission Darrois sur les SPF-PL de professions juridiques, nous avons bien noté que certaines d'entre elles vont au delà de ce que prévoit notre projet de décret sur SPFPL de pharmacies d'officines en proposant que :

- une SPFPL puisse détenir la totalité du capital d'une structure dès lors que ses professionnels actionnaires exercent leur activité dans la structure ainsi détenue,
- les actionnaires personnes morales (autres que des SEL ou des SPFPL ou d'une société de participation multidisciplinaire) ou les groupes de personnes morales auraient leur droit de vote limité à 25%,
- puisse être créer des sociétés de participation multidisciplinaire dans laquelle une SPFPL pourrait prendre une participation et même détenir la totalité du capital social.

Bien entendu, il faudrait comparer plus longuement notre projet et ces recommandations pour réaliser une analyse plus poussée et nous nous tenons à votre disposition pour le faire, avant la date de reddition de votre rapport le 1^{er} décembre 2009.

III/ NOTRE PROPOSITION DE MODERNISATION DU RESEAU OFFICINAL ET DE REGROUPEMENT DES OFFICINES PASSE AUSSI PAR LES SUCCURSALES

Conscients de l'intérêt de notre profession libérale pour l'exercice en société (les SEL sont passées de 706 en 2000 à 4 334 en 2008), nous formulons, par ailleurs, une proposition novatrice, qui ne figure pas dans le projet de décret précité et qui est celle des succursales.

Nous vous exposons ici les grandes lignes de cette proposition et en ANNEXE 1 le détail juridique :

Nous demandons qu'un pharmacien ou une société de pharmacie puisse détenir une pharmacie principale et 3 pharmacies succursalistes :

- ✓ pour le maintien du maillage et du service de proximité de l'officine
- ✓ pour mettre en œuvre les nouvelles missions et services de la loi HPST
- ✓ pour optimiser les synergies économiques : formations, flexibilité des équipes, mutualisation des compétences, spécialisation, gestion des achats et des stocks...

Ce système, conforme aux impératifs de santé publique, existe notamment en Allemagne et vient d'être conforté par la CJCE dans sa décision du 19/5/9 sur le capital des pharmacies

Extraits :

- *« les succursales sont exploitées sous la propre responsabilité du pharmacien concerné qui détermine donc la politique commerciale générale de celles-ci*
- *ces succursales doivent se situer dans un rayon géographique déterminé afin d'assurer une présence suffisante du pharmacien exploitant dans celles-ci et une surveillance effective par ce pharmacien*
- *le pharmacien exploitant doit désigner, pour chaque succursale, un pharmacien responsable qui doit veiller au respect des obligations légales et de la conformité de la gestion de la succursale concernée avec la politique générale commerciale déterminée par le pharmacien exploitant »*

(Arrêts de la CJCE dans l'affaire C-531/06 et dans les affaires jointes C-171/07, Commission Italie Apothekerkammer des Saarlandes e.a).

En France, où il n'y pas de liberté d'installation, notre projet nécessite une réforme législative et réglementaire

- Permettre qu'une société composée uniquement d'associés pharmaciens diplômés puisse être propriétaire d'1 officine principale et de succursales, c'est modifier L 5125-17 du CSP ;
- Réserver ce montage exclusivement aux pharmaciens responsables de l'exploitation, exerçant idéalement sous forme de société
- Fixer par décret le nombre maximum de succursales (R 5125-16 du CSP)

Il offre de nouvelles opportunités aux pharmaciens adjoints, dont les attentes sont légitimes

- Assouplir par décret les modalités d'exercice personnel afin qu'un pharmacien titulaire de succursales puisse se faire assister et représenter par un adjoint dans

chacune d'entre elles (R 5125-17 du CSP) avec possibilité d'embauche d'autres adjoints en fonction du CA du point de vente

- Permettre à l'adjoint d'être lié par un contrat de travail de responsable de la succursale et d'être associé de la SEL exploitant la pharmacie principale et les succursales
- Permettre également l'attribution de parts en industrie à tout pharmacien (associé ou non, adjoint), sans limitation de durée de détention (L 5125-17 du CSP à modifier)

En matière d'application du droit des sociétés aux professions libérales et de fonctionnement concret des sociétés préconisées sans contrainte juridique abusive, notre proposition a le mérite d'offrir une certaine souplesse :

- Il s'agit de créer une pharmacie principale et 3 succursales,
- Avec un nombre d'associés indifférent et non rattaché à un site,
- Et la possibilité d'une prise de toute décision à la majorité des droits de vote ;
- Tout en offrant un tremplin aux jeunes pharmaciens qui pourraient se retrouver gérants d'une succursale ("plan de carrière").

Dans le contexte de votre réflexion sur les professions libérales, de la remise du rapport Rioli sur l'avenir de notre profession le 25 novembre prochain et de la mise en place d'un groupe de travail sur les regroupements d'officine par le Ministère de la santé, notre proposition sur les succursales offre ainsi une réponse clé pour assurer la pérennité et la rentabilité de notre réseau officinal.

Nous espérons qu'elle saura retenir votre bienveillante attention.

Nous n'avons présenté à ce stade notre proposition sur les succursales aux décideurs politiques et professionnels que dans les grandes lignes et vous offrons la primeur de notre analyse juridique détaillée ci-après.

ANNEXE 1 : Proposition juridique détaillée du CNGPO sur les succursales

La présente porte sur :

- la conformité d'un tel montage au droit en vigueur applicable et plus particulièrement aux dispositions du Code de la santé publique régissant l'implantation et la gestion des officines en France,
- le ou les montages juridiques pertinents.

A titre préliminaire, et pour les besoins de la démonstration, il est rappelé que la succursale se définit comme « *un établissement stable qui ne bénéficie pas de la personnalité juridique, mais qui dispose d'une certaine autonomie de gestion et de direction par rapport à une entreprise principale à laquelle elle est rattachée* ».

Ainsi, les pharmacies succursales ne disposeraient d'aucune personnalité juridique autonome distincte de la pharmacie principale².

Seule la pharmacie principale serait juridiquement responsable pour elle-même et ses succursales en contrôlant ces dernières.

1. LES PRINCIPES RÉGISSANT LES OFFICINES DE PHARMACIES IMPACTES PAR LE PROJET

1.1. L'EXIGENCE D'UNE LICENCE D'EXPLOITATION PAR FONDS DE COMMERCE

L'officine de pharmacie telle qu'elle se trouve définie par l'article L.5125-1 du Code de la santé publique constitue juridiquement un fonds de commerce.

A chaque officine régulièrement exploitée en fonds de commerce est rattaché une licence d'exploitation, conformément à l'article L. 5125-4 du Code de la santé publique.

Il en résulte donc que chacune des succursales exploitant un fonds de commerce d'officine devrait à ce titre détenir une licence d'exploitation.

Le titulaire de chacune des licences d'exploitation nécessaires aux succursales serait le pharmacien à la fois propriétaire de l'officine principale et des pharmacies succursales, exerçant soit à titre individuel ou sous forme de société.

Chacune de ces licences serait ainsi susceptible de faire l'objet d'une cession ou d'un transfert, en tant qu'élément immatériel relevant du fonds de commerce.

Chaque succursale serait également susceptible d'être cédée.

² A noter que la création d'une succursale ne fait l'objet que d'une simple déclaration au Greffe du Tribunal de Commerce du lieu de situation (avec un exemplaire des statuts de la société, pharmacie principale, et un document justifiant de la jouissance des locaux dans lesquels est installée la succursale).

Dans ces conditions, l'éventuelle autorisation de recourir à des pharmacies succursalistes ne remettrait pas en cause les possibilités de transfert et de regroupement d'officines prévues aux articles L. 5125-14 et 15 du Code de la santé publique.

Ce projet pourrait également être un moyen de conserver les nouveaux points de vente, notamment dans :

- des zones rurales,
- des zones franches ou sensibles, répondant aux objectifs de la loi n° 2007-1786 du 19 décembre 2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008.

Les pharmacies succursalistes pourraient être donc être un nouvel outil utile à la préservation du maillage et à la bonne répartition des officines sur l'ensemble du territoire national.

1.2. LE PRINCIPE DE L'INDIVISIBILITÉ DE LA PROPRIÉTÉ ET DE L'EXPLOITATION DE L'OFFICINE

L'article L.5125-17 du Code de la santé publique dispose que :

« Le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire. (...)

Un pharmacien ne peut être propriétaire ou copropriétaire que d'une seule officine. (...) »³.

Cet article consacre le principe de l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine duquel il en découle:

- L'interdiction d'être propriétaire ou copropriétaire de plusieurs officines,
- L'interdiction de faire gérer son officine par un autre pharmacien diplômé,
- Que tout contrat qui aurait pour effet d'entraîner une dissociation de la propriété et de l'exploitation de l'officine est nul, tel que par exemple un contrat de mise en location gérance.

Nonobstant le caractère fondamental de ce principe d'indivisibilité, il est intéressant d'observer que des aménagements légaux y ont été apportées en prévoyant ainsi la possibilité pour les pharmaciens de créer entre eux une société, soit une société commerciale classique (SNC, SARL, EURL), soit une Société d'Exercice Libéral (SEL) ou encore une société de participations financières de professions libérales (en attente des décrets d'application).

Les dispositions actuellement applicables aux SEL permettent même aux associés qui n'exercent pas leur activité dans une SEL de détenir une fraction du capital de celle-ci.

3

Toutefois, lesdites dispositions législatives exigent à nouveau que « cette société ne soit propriétaire que d'une seule officine, quelque soit le nombre de pharmaciens associés et que la gérance soit assurée par un ou plusieurs des pharmaciens isolés ».

Il en est de même à l'article R. 5125-16 du Code de la santé publique lequel dispose qu'« une société d'exercice libéral ne peut exploiter plus d'une officine de pharmacie ».

Etant précisé, que le pharmacien qui n'est pas propriétaire de l'officine dont il est titulaire ou le pharmacien qui est propriétaire ou copropriétaire de plusieurs officines encourt une sanction pénale, prévue à l'article L. 5424-4 du Code de la santé publique.

Les derniers aménagements législatifs apportés au principe d'indivisibilité et les échos favorables recueillis sur le projet laissent à penser qu'une nouvelle évolution est envisageable.

La particularité du projet est que la pharmacie principale et les pharmacies succursales auraient un propriétaire unique, exerçant à titre individuel ou sous forme de société, toujours en tant que pharmacien professionnel diplômé.

C'est pourquoi, il faudrait modifier les dispositions des alinéas 3 et 7 de l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique afin de permettre qu'un pharmacien (exerçant idéalement sous forme de société) puisse être propriétaire et exploitant d'une officine et de succursales.

Il faudrait toutefois limiter le nombre de succursales afin de préserver le principe d'indivisibilité.

Ainsi, en Allemagne, il est prévu que tout pharmacien peut détenir en plus de sa pharmacie principale que jusqu'à trois succursales.

Enfin, les pharmacies succursalistes pourraient constituer une alternative à la pratique des « SEL en cascade », en application de l'article R. 5125-18 du Code de la santé publique, dont il y pourrait être procédé à leur abrogation par voie réglementaire.

En effet, la SEL n'est aujourd'hui que la seule et unique voie possible pour ceux des pharmaciens (à titre individuel ou sous forme de SEL) qui souhaitent se développer en prenant des participations dans d'autres officines dès lors que la loi n'autorise pas à davantage de liberté d'établissement.

Surtout, ce projet de pharmacies succursalistes serait ainsi conforme aux préconisations de l'avocat général Yves BOT, dans ses conclusions présentées le 16 décembre 2008 devant la CJCE⁴, lesquelles prévoient que la détention et l'exploitation des officines doivent rester entre les mains des pharmaciens et ce au regard d'un impératif national d'intérêt général (la protection de la santé publique).

⁴ Conclusions rendues à l'occasion de la saisine de la CJCE par la Commission Européenne laquelle a demandé à l'Allemagne et au Portugal de modifier leur législation nationale qui réserve le droit de posséder des pharmacies qu'aux seuls pharmaciens, au motif qu'elle serait incompatible avec l'article 43 du traité CE sur la liberté d'établissement.

Dans tous les cas, cette condition essentielle resterait remplie.

1.3. LE PRINCIPE DE L'EXERCICE PERSONNEL

L'article L.5125-20 du Code de la santé publique dispose que :

« Le pharmacien titulaire d'une officine doit exercer personnellement sa profession. En toutes circonstances, les médicaments doivent être préparés par un pharmacien, ou la surveillance directe d'un pharmacien. »

Ce principe est présenté comme la contrepartie nécessaire du monopole accordé aux pharmaciens.

La Jurisprudence est sévère sur cette question.

D'après plusieurs décisions du Conseil d'Etat, l'exercice personnel implique une présence personnelle (CE n°40523, 2 décembre 1960 ; CE n°243184, 29 septembre 2003).

Cette règle signifie que le pharmacien titulaire d'une officine doit en assurer personnellement la direction et la surveillance d'une façon autant que possible constante et continue.

Il peut ainsi se faire assister par des employés ou des collaborateurs, mais en toutes circonstances, les préparations doivent être exécutées sous sa surveillance directe.

L'article R. 4235-13 du Code de la santé publique précise même, quant à lui :

« L'exercice personnel auquel est tenu le pharmacien consiste pour celui-ci à exécuter lui-même les actes professionnels ou à en surveiller attentivement l'exécution s'il ne les accomplit pas lui-même. »

Enfin, l'article R. 4235-50 du Code de la santé publique prévoit également que :

« Aucun pharmacien ne peut maintenir une officine ouverte, ou une pharmacie à usage intérieur en fonctionnement, s'il n'est pas en mesure d'exercer personnellement ou s'il ne se fait pas effectivement et régulièrement remplacer. »

Ainsi, il a été jugé qu'il ne pouvait être reproché à un pharmacien de ne pas exercer personnellement sa profession, dès lors que se trouvant bien présent dans son officine, il a été momentanément absent du comptoir (Tribunal correctionnel de Metz, 20 mars 1984).

Par contre, le pharmacien qui se cantonne habituellement dans son appartement situé au dessus de l'officine ne satisfait pas à l'obligation de l'article L. 5125-20 du Code de la santé publique (CE, n°86306, 1^{er} mars 1989).

De même, l'obligation d'exercice personnel s'applique aux pharmaciens associés lorsque l'officine est exploitée sous forme de société (Cass. crim. 13 mai 2003). Pour autant, dans une décision du 26 juin 2006, le CNOP a considéré que l'obligation d'exercice personnel du pharmacien n'implique pas qu'il soit « *présent à l'officine pendant l'intégralité des heures d'ouverture au public* ». C'est seulement pour une absence supérieure à un mois et que la présence d'un adjoint est exigée en raison de l'importance du chiffre d'affaires.

Au vu des éléments ci-dessus, le projet des pharmacies succursalistes se concilie difficilement avec ce principe de l'exercice personnel.

Pour autant, sans avoir à remettre en cause ledit principe, il s'agirait plutôt de l'aménager.

Ainsi, le titulaire d'une officine (à titre individuel ou sous forme de société) resterait soumis à l'obligation d'exploiter personnellement et sous son entière responsabilité sa pharmacie principale mais également toutes les éventuelles succursales dont il pourrait être titulaire.

Il faut toutefois imaginer des assouplissements dans l'application concrète de cette mesure dès lors que le pharmacien ne pourra pas assurer une présence personnelle et continue dans chacune des officines succursales.

D'ailleurs, il existe déjà des aménagements légaux à ce principe d'exercice personnel avec notamment :

- L'obligation de se faire seconder par un ou plusieurs pharmaciens adjoints au delà d'un certain chiffre d'affaires (article L. 5125-20 du Code de commerce et Arrêté du 14 février 2008),
- L'obligation de se faire remplacer en cas d'absence ou d'interdiction temporaire d'exercice prévu à l'article L. 5125-1 du Code de la santé publique.

Il y aurait donc lieu de modifier l'article L. 5125-20 du Code de la santé publique afin que celui-ci prévoit un nouvel aménagement par lequel le pharmacien titulaire de succursales devrait se faire assister ou représenter par un autre pharmacien associé ou adjoints dans chacune desdites succursales, étant précisé que d'autres pharmaciens adjoints devront être requis en fonction du volume de chiffre d'affaires réalisé sur ce point de vente.

Il est d'ailleurs prévu à l'article R. 4235-14 du Code de la santé publique que « *Tout pharmacien doit définir par écrit les attributions des pharmaciens qui l'assistent ou auxquels il donne délégation* ».

Il pourrait même être imaginé un contrat de travail type pour les pharmaciens en charge de l'exploitation de succursales sous le contrôle de la pharmacie principale.

1.4. LES REGLES EN MATIERE DE CONCURRENCE

Le principe de la liberté d'établissement et de libre concurrence posé par l'article 43 du traité CE est d'application directe en droit interne.

Pour autant, comme il l'a été exposé précédemment, chaque législation nationale est susceptible d'aménager ce principe de liberté d'établissement au nom d'un impératif national d'intérêt général, qu'est la protection de la santé publique (Cf. conclusions de l'avocat général Yves BOT le 16 décembre 2008 devant la CJCE).

En France, le droit économique est fondé sur le principe du jeu de la libre concurrence et sanctionne les pratiques anticoncurrentielles et les formations de situations monopolistiques.

La question est donc de savoir en quoi la faculté qui pourrait être offerte à chaque pharmacien de détenir également des succursales serait susceptible de porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

L'article L.420-1 du Code de Commerce (ancien article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) prohibe les ententes de la manière suivante :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Il est notamment exigé pour caractériser l'existence d'une entente, la démonstration de l'existence d'un concours de volonté entre des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes.

Or, en l'espèce, la pharmacie principale et ses succursales ne constitueraient qu'une seule et unique entité juridique. Il n'y aurait donc pas lieu de considérer que ce mode d'organisation serait en soi constitutif d'une entente prohibée.

Surtout cette nouvelle faculté de créer des succursales, serait offerte à tout pharmacien, personne physique ou morale.

Il n'y aurait donc aucune restriction d'accès à cette nouvelle forme d'organisation de la profession.

Quant à l'article L.420-2 du Code de Commerce, il prohibe :

« L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans

lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. »

Au regard de ces dispositions, le risque du projet des pharmacies succursalistes serait susceptible d'aboutir dans certains cas à une situation monopolistique dans certaines zones géographiques.

Ainsi, si par exemple, la pharmacie principale et toutes ses éventuelles succursales se situeraient dans la même ville ou le même département, cela reviendrait à créer une situation monopolistique avec une domination du marché de la distribution des médicaments sur cette zone géographique.

Or, cette situation de monopole ou de position dominante serait potentiellement susceptible de dégénérer en abus (refus de vente, conditions commerciales discriminatoires, pratiques de prix imposés etc ...) au mépris de l'intérêt des malades.

Pour ce projet, il pourrait s'agir de concilier le principe de l'exercice personnel (lequel supposerait une certaine proximité entre la pharmacie principale et les pharmacies succursales) et la contrainte de non situation de monopole de fait dans des zones géographiques.

Sur ce point, l'on pourrait s'inspirer de ce qui est prévu pour les directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale. Ainsi, le décret n°92-545 du 17 juin 1992 prévoit qu'une SEL peut gérer au plus 5 laboratoires situés dans trois départements limitrophes ou exclusivement dans la région Ile de France.

Etant précisé qu'en tout état de cause, à partir du moment où l'entente ou l'abus de position dominante « *résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application* » (article L.420-4 du Code de Commerce) qui tendrait en l'espèce à l'organisation des officines de pharmacies, ils échappent à toutes sanctions.

Enfin, cette répartition géographique pourrait également demeurer à la libre appréciation du préfet, en application des articles L.5125-3, L.5125-6 et L. 5125-11 du Code de la santé publique qui s'appuie sur des seuils de population afin de garantir un accès permanent du public à la pharmacie.

Cette solution aurait le mérite d'être plus souple et de garantir au mieux l'intérêt des malades.

2. LE MONTAGE JURIDIQUE PHARMACIE PRINCIPALE/SUCCURSALES

A titre préliminaire, il est rappelé que le mode d'exploitation individuel est totalement inapproprié et est à proscrire pour un tel montage.

En effet, le patrimoine personnel du pharmacien se confondrait avec son patrimoine professionnel relevant de plusieurs officines.

Il se trouverait ainsi personnellement et indéfiniment responsable des éventuelles dettes de chacune des officines. Le risque pèserait également sur les deniers du conjoint si tous deux

seraient mariés sous le régime de la communauté.

Il en serait de même pour des pharmaciens copropriétaires de la pharmacie principale et des succursales dès lors qu'ils sont assimilés à des commerçants exerçant à titre individuel.

Il faut donc impérativement opter pour une exploitation sous la forme juridique de sociétés.

C'est également l'article L.5125-17 du Code de la santé publique qui prévoit les différents modes de sociétés que les pharmaciens sont autorisés à créer entre eux :

- société en nom collectif (SNC),
- Société à Responsabilité Limitée (SARL) ou Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) avec une gérance de l'officine assurée par un ou plusieurs pharmaciens associés,
- Depuis la loi du 31 décembre 1990 complétée par le décret du 28 août 1992 (articles R.5125-14 à R.5125-24), il est autorisé l'exploitation d'une officine sous la forme d'une SEL.

1. La SNC

A nouveau, cette forme de société est à exclure pour le montage projeté dès lors que les associés d'une SNC ont la qualité de commerçants lesquels répondraient indéfiniment et solidairement des éventuelles dettes sociales de la pharmacie principale et de ses succursales.

2. La SARL ou EURL

Le montage est tout à fait compatible avec la mise en place de pharmacies succursalistes. Dans cette hypothèse, la responsabilité des éventuelles dettes se trouve limitée aux apports personnels des pharmaciens associés et les bénéficiaires de la pharmacie principale et de ses succursales se trouveraient soumis au régime de l'impôt sur les sociétés.

Le troisième alinéa de l'article L.5125-17 du Code de la santé publique exige que la gérance de la société soit assurée par un des pharmaciens associés sans autre exigence particulière s'agissant de la répartition du capital social.

3. La SEL

Les SEL ont été instituées afin de permettre à des professionnels libéraux de bénéficier de possibilités de formes sociétaires tout en préservant l'indépendance des professionnels.

La SEL peut revêtir différentes formes commerciales (SELARL⁵, SELAFA⁶, SELCA⁷, SELAS⁸).

⁵ Société d'Exercice Libéral à Responsabilité Limitée : Pas de capital social minimum exigé et Simplicité des règles juridiques applicables.

⁶ Société d'Exercice Libéral à Forme Anonyme : 37.000 € de capital social minimum exigé avec au moins 3 associés et mode de fonctionnement de la société particulièrement lourd et contraignant.

⁷ Société d'Exercice Libéral en Commandite par Actions : 37.000 € de capital social minimum exigé avec au moins 4 associés.

⁸ Société d'Exercice Libéral par Actions simplifiée : Plus de capital social minimum exigé et grande liberté d'organisation. La forme à recommander.

Contrairement à ce qui est prévu pour les SEL de laboratoires d'analyses de biologie médicale (LABM) (décret n°92-545, 17 juin 1992) ou pour les SEL de médecins (décret n°94-680, 3 août 1994)⁹ lesquelles peuvent être constituées entre différents professionnels de la santé, permettant ainsi l'ouverture du capital social à des investisseurs extérieurs, les dispositions en vigueur relatives aux SEL de pharmaciens exigent que plus de la moitié du capital social et des droits de vote soit détenue par des professionnels en exercice au sein de la société (Loi n°90-1258, 31 déc. 1990, article 5, alinéa 1^{er}).

Pour le reste du capital, il peut être détenu par d'autres pharmaciens n'exerçant pas dans la société (pharmaciens titulaires en exercice ou associés ou pharmaciens retraités à l'exclusion des pharmaciens adjoints), conformément à l'article R. 5125-19 du code de la santé publique.

Quant à l'article R.5125-18 du Code de la santé publique prévoir qu'une SEL exploitante d'une officine ne pourra détenir de parts ou d'actions que dans au maximum deux autres SEL (« cascade de SEL »). Idem pour un pharmacien personne physique qui ne peut détenir de parts et actions que dans deux autres SEL que celle où il exerce.

Enfin, il faut également souligner que l'intérêt d'utiliser une SEL pour le montage des pharmacies succursalistes pourrait également permettre de bénéficier à très court terme (dès que le décret d'application sera pris) de la faculté donnée par la loi de créer des sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL) afin de faciliter la transmission des pharmacies.

Le montage pharmacie principale/ pharmacies succursalistes devrait idéalement reposer sur la création d'une SELARL ou d'une SELAS, qui sont les formes sociétaires les plus souples, tout en permettant la mise en place future d'un holding.

Cela supposerait que les pharmaciens adjoints en charge de l'exploitation des succursales puissent être ou non associés de la SEL exploitant la pharmacie principale.

En l'état, les dispositions des articles L.5125-17 et R. 5125-14 visent les notions de « *pharmacien* » ou de « *pharmacien en exercice* », lesquelles pourraient inclure, par une interprétation extensive, celle des pharmaciens adjoints.

D'ailleurs, cela pourrait constituer un moyen de faciliter l'entrée au capital social de jeunes pharmaciens, en permettant que le capital social de la SEL exploitant la pharmacie principale puisse être ouvert aux pharmaciens adjoints, en charge des succursales appartenant à ladite pharmacie principale.

Cette solution aurait ainsi le mérite de permettre à de jeunes pharmaciens de devenir propriétaire pour partie, et progressivement, de la totalité de leur outil de travail.

Un véritable plan de carrière serait ainsi proposé aux pharmaciens adjoints.

Quant à l'attribution de parts en industrie¹⁰ (déjà prévu à l'alinéa 9 de l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique pour les SNC, SARL et SELARL), cela pourrait également être un moyen de rémunérer les pharmaciens adjoints exploitant les succursales afin de les l'associer davantage aux bénéficiaires de l'entreprise, toutefois, elle est actuellement limitée

⁹ Et encore les SEL de sages-femmes, vétérinaires, kinésithérapeutes, podologues, orthoptistes, orthophonistes et diététiciens.

¹⁰ Les apports en industrie permettent d'attribuer une part des bénéfices à une personne qui, bien qu'elle ne fasse l'apport d'aucune somme d'argent ni d'aucun bien en nature, fera profiter la société d'une activité future (ses services ou son travail, qu'il soit manuel ou intellectuel).

de la manière suivante :

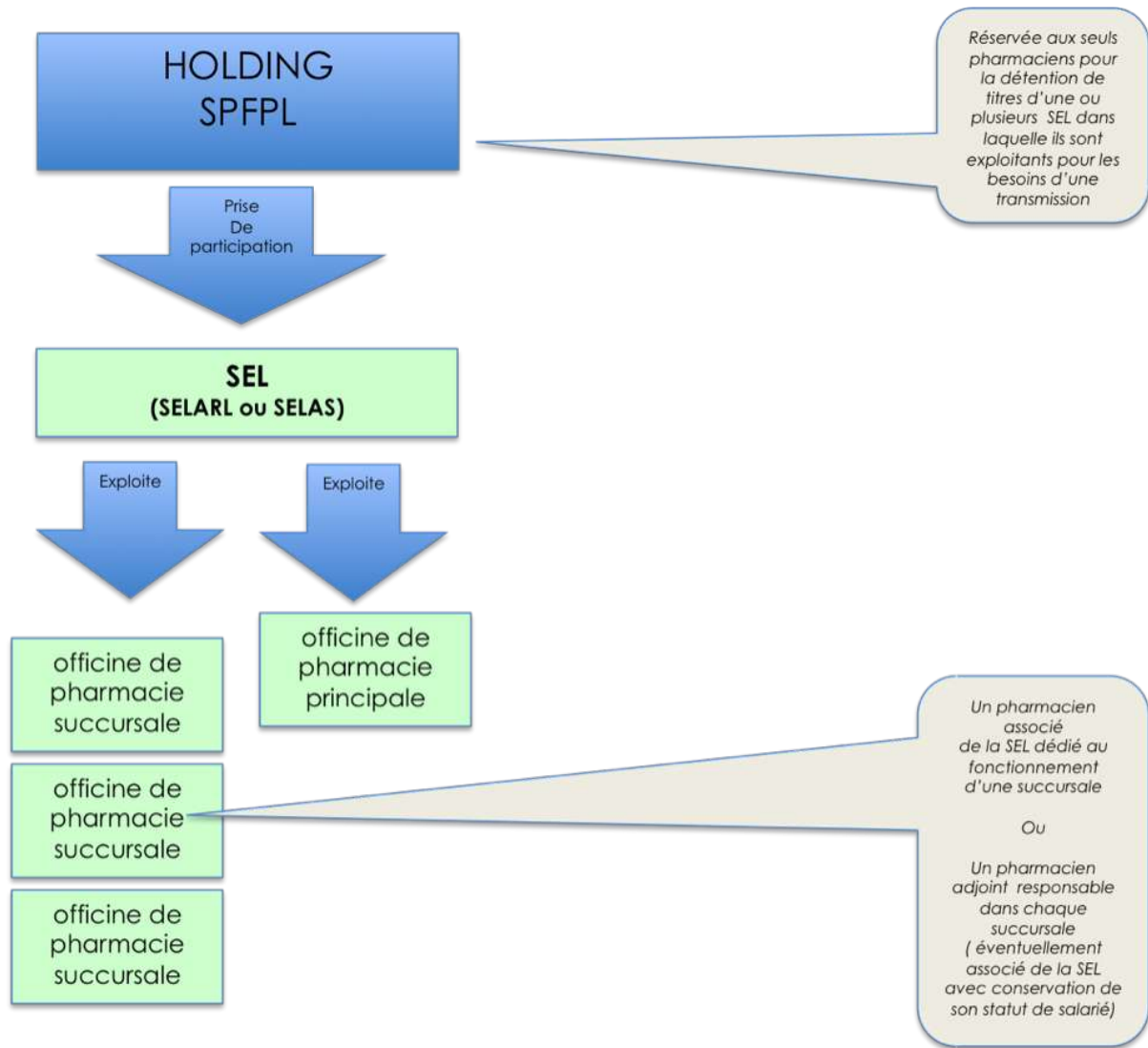
- Il faut déjà avoir la qualité d'associé, sauf à modifier l'alinéa 9 de l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique,
- Les statuts de la SELARL doivent prévoir cette faculté,
- Et ce pour une durée limitée à 5 ans, sauf à modifier l'alinéa 10 de l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique.

A noter que les dispositions du Code de Commerce interdisent les parts en industrie dans les SA et les SAS. Il serait donc impossible d'y avoir recours pour les SELAFA et les SELAS

A ce stade, pour conclure :

Ce projet impliquerait une réforme législative et réglementaire prévoyant notamment:

- à l'alinéa 7 de l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique, qu'une société, composée uniquement d'associés pharmaciens diplômés, puisse être titulaire (propriétaire) d'une officine principale et de succursales,
- par voie de décret, fixer le nombre maximum de succursales (article R. 5125-16),
- l'assouplissement des modalités d'exercice personnel de l'article L. 5125-20 du Code de la santé publique, par voie de décret, afin de permettre que le pharmacien titulaire de succursales puisse se faire assister et représenter par un pharmacien adjoint dans chacune desdites succursales, étant précisé que d'autres pharmaciens adjoints devront être requis en fonction du volume de chiffre d'affaires réalisé sur ce point de vente, (cf. article R. 5125-17),
- que ce montage est réservé seulement aux pharmaciens, responsables de l'exploitation, exerçant idéalement sous forme de société,
- que le pharmacien adjoint, puisse être lié par un contrat de travail de responsable de succursale, et puisse être associé de la SEL exploitant la pharmacie principale et les succursales,
- à l'article L. 5125-17 du Code de la santé publique, l'attribution facultative de parts en industrie à tout pharmacien (qu'il soit associé ou non, pharmacien adjoint) mais sans limitation de durée de détention.



Cette proposition sur les succursales soulève d'ores et déjà certaines interrogations auxquelles nous avons également choisi de répondre ci-après :

ANNEXE 2

Sur les objections formulées par l'APAB

1) Avec le regroupement de différentes succursales, il est permis d'effectuer des économies d'échelles qui vont générer un résultat bénéficiaire et permettre d'embaucher des pharmaciens et d'assurer la préservation du maillage dans toute la France. Il y aura autant de salariés que nécessaires en plus d'un gérant ... Les succursales deviennent alors:

- génératrices d'emplois pour la profession,
- un outil de maintien du maillage,
- un moyen d'organiser la survie de certaines officines en déclin.

2) Sur l'argument tendant à soutenir que cette solution reviendrait à ôter toute perspective d'exercice libéral de la profession. Nous sommes d'avis que la forme libérale n'est pas celle qui assure au mieux la préservation des intérêts du pharmacien et qu'il vaut mieux exercer sous forme sociétaire pour limiter sa responsabilité.

Ce qui nous paraît essentiel, c'est de voir pour les jeunes pharmaciens, une occasion de prendre part au capital social de la société et de devenir associé éventuellement par la suite.

3) En aucun cas l'adoption de succursales constituerait une ouverture du capital à des tiers.

Le principe fondamental qui veut que les associés soient des pharmaciens n'est absolument pas remis en cause. Et dans tous les cas s'il y a une ouverture, elle est au profit de jeunes confrères pharmaciens.

En effet, comme dans toute activité, proposer au bout de quelques années à un jeune confrère de s'associer est une "suite logique", surtout en cas de départ à la retraite des associés déjà en place.

Sur les objections de la FSPF

La loi n'exige pas que le titulaire de l'officine soit majoritaire en capital dans l'officine, pour preuve les règles de la SEL.

Il faut bien comprendre que le capital social est réparti en parts sociales ou en actions au niveau de la société peu importe le nombre de points de ventes ou de succursales détenues par elle. Même si on prévoyait une répartition équitable entre chaque associé responsable chacun d'un point de vente, cette solution ne peut pas perdurer car chacun peut céder ses parts et faire évoluer la répartition du capital social

Il n'y a qu'une seule comptabilité consolidée peu importe le nombre d'adjoints dans les différents points de vente.

Le problème de l'ouverture du capital en cas de vente des parts sociales par celui qui prend sa retraite peut être aisément contourné avec :

- un pacte d'actionnaire prévoyant l'obligation du cédant/sortant de proposer aux associés déjà en place d'acquiescer ses parts (droit de préemption) et éventuellement,
 - en plus un droit d'agrément du cessionnaire.
-

Nous avons également pris connaissance du projet d'ordonnance portant réforme des LABM pris en application de la loi HPST et prochainement discuté au parlement

Il y est notamment proposé dans son volet structurel qu'un LABM puisse être déployé sur différents sites dans au maximum trois territoires limitrophes mais qu'il faut au minimum un associé par site.

Dans tous les cas, cette exigence est une véritable contrainte supplémentaire qui n'a pour objet que de freiner la mise en place de points de vente ou de succursales.

Même si dans le même temps, il assure le respect du principe de l'exercice personnel.

Nous ne souhaitons donc pas voir appliquer cette proposition aux pharmaciens d'officine
