

LA CONCURRENCE PAR LES HEURES ET JOURS D'OUVERTURE

Extrait de la thèse « Concurrence entre pharmaciens d'officine »
Guillaume Fallourd 2002

Introduction

Responsable d'un véritable service social¹, la liberté laissée au pharmacien dans le choix des heures d'ouverture et de fermeture de son officine est extrêmement réduite².

En contrepartie du monopole de vente accordé au pharmacien, diverses obligations ont été mises à sa charge, parmi lesquelles la participation aux services de garde et d'urgence, véritable obligation à caractère de service public³.

(1) A l'origine, aucun texte ne permettait d'imposer au pharmacien d'assurer l'exercice d'un service de garde et d'urgence⁴. L'ancien Code de Déontologie résultant du décret n° 53-591 du 25 juin 1953, ne manqua pas d'instituer des principes générateurs d'un certain nombre d'obligations en la matière, notamment énoncés par les articles R. 5015-4⁵, R. 5015-5⁶ et R. 5015-6⁷.

Le contenu de ces articles a paru toutefois trop vague pour inciter efficacement certains pharmaciens à endosser la charge contraignante des services de garde et d'urgence.⁸

Si dans certaines localités, les pharmaciens s'entendaient pour organiser le service de garde, dans d'autres départements ou régions, les ouvertures sauvages ainsi que les problèmes

¹ Cf. *Service de garde*, *Bulletin de l'ordre des pharmaciens* n° 209, p. 273.

² L'ensemble des arguments développés dans l'introduction s'inspire largement de J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05 M. DUNEAU, *op. cit.*

³ Le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur sa compétence en matière de service de garde et d'urgence pour considérer qu'il ne lui revenait pas de porter une appréciation sur cette organisation dès lors qu'elle revêtait le caractère de service public. Il s'est en revanche estimé compétent pour juger si les pratiques mises en œuvre par les syndicats professionnels n'excédaient pas leur mission. *Cons. conc.*, déc. n° 98-MC-01, 4 février 1998 ; *B.O.C.C.R.F.* 27 mars 1998 ; *Doc. Pharm. Légis.* n° 3578.

⁴ Réponse à la question écrite de R. LECOURT : *J.O Ass. Nat. débats*, 17 décembre 1947, 5794.

⁵ L'article R. 5015-4 stipulait que «le pharmacien est au service du public».

⁶ L'article R. 5015-5 stipulait que «sauf ordre écrit des autorités qualifiées, le pharmacien ne peut quitter son poste si l'intérêt du public exige qu'il reste. Le pharmacien détaillant ne peut fermer son officine qu'après s'être assuré que les malades pourront recevoir chez un autre pharmacien suffisamment proche, les secours dont ils auront besoin».

⁷ L'article R. 5015-6 stipulait que «les pharmaciens sont tenus de prêter leurs concours aux services de médecine sociale et de collaborer à l'œuvre des pouvoirs publics tendant à la préservation et la protection de la santé publique».

⁸ Cf. M. DUNEAU, « Ouverture et fermeture, service de garde en officine », *Les actualités pharmaceutiques*, 1982, n° 192, p. 95.

financiers de certains titulaires, voire même l'insécurité grandissante, avaient fini par désorganiser l'ensemble du service de garde⁹, découlant pour la plupart d'usages professionnels¹⁰.

Or, un sérieux problème de rentabilité se posait s'agissant des pharmacies de garde, essentiellement à cause de l'ouverture de pharmacies concurrentes pendant les heures les plus rentables¹¹.

Ainsi, le libre jeu de la concurrence sur les heures d'ouverture entre officines troublait de façon excessive le bon déroulement des services de garde et d'urgence. Or, le Conseil d'Etat considérait alors que l'intérêt de la population était d'avoir un maximum de pharmacies ouvertes pendant lesdits services¹².

La position de la Haute juridiction, en faveur d'un développement de la concurrence, se justifie principalement par le fait que l'ouverture des officines de pharmacie reste un élément positif du fonctionnement du service public de la santé.

Cela étant, bien que l'intérêt des consommateurs soit de pouvoir bénéficier d'un maximum de pharmacies ouvertes pendant les services de garde et d'urgence, une organisation rationnelle de ces services est cependant nécessaire à leur bon fonctionnement, afin d'apporter au public une information claire et non équivoque portant sur les officines ouvertes à l'occasion desdits services.

Force est de constater que l'organisation des services de garde et d'urgence supposait donc en premier lieu la fermeture des autres pharmacies concurrentes. Il appartenait dès lors aux pouvoirs publics d'intervenir afin d'assurer l'exercice d'un service minimum dans l'intérêt de la santé publique.

(2) Tel est l'apport de la Loi PINTE, en date du 26 décembre 1975¹³, qui a ajouté un nouvel article à la section 4 (Règles Générales de la pharmacie d'officine) du chapitre Premier du titre II du livre IV du Code de la Santé Publique. Cependant, différentes difficultés d'application de cette loi ont été soulevées par de nombreux contentieux¹⁴ amenant le législateur à intervenir une nouvelle fois, par la loi n° 94-43 du 18 juillet 1994¹⁵.

Celle-ci offre une nouvelle rédaction de l'article L. 5125-22 du Code de la Santé Publique et définit tant le service de garde que le service d'urgence. Ainsi, le service de garde doit

⁹ Le Docteur MESTRE avait, en mars 1978, alerté la profession du fait que la désorganisation de ces services pouvait inciter le ministre de la santé à autoriser le préfet à solliciter des pharmacies hospitalières qu'elles délivrent des médicaments au public, cf. « Service de garde », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1978, n° 209, p. 273.

¹⁰ Cf. *Cons. Conc. Déc. n° 90-D-08*, du 23 janvier 1990, précité.

¹¹ Cf. *Service de gardes*, *Bulletin de l'ordre des pharmaciens*, précité.

¹² Cf. *Conseil d'Etat*, 16 octobre 1964, « *Sieur CARO* » : *rec. p. 475* ; *JCP* 64, 13909 ; *D.* 1965, p. 686, note J.M. RAYNAUD ; *Doc. Pharm.*, CE, n° 411.

¹³ *Loi n° 75-1226* du 26 décembre 1975, *JO* du 27 décembre.

¹⁴ Ces contentieux étaient en partie fondés sur les difficultés d'interprétation s'agissant notamment des notions "d'organisation représentative" de "défaut d'accord", l'ensemble de ces problèmes étant traité dans le présent chapitre.

¹⁵ *JO* du 19 janvier ; voir notamment : M. DUNEAU « *La loi 94-43 et l'officine* », *Les actualités pharmaceutiques*, 1994, n°321, p.47 ; G. VIALA et M. LAMBERT « *Les ouvertures d'officines pharmaceutiques* », *L.P.A.*, 24 mars 1995, n° 36, p.23.

répondre aux besoins du public en dehors des jours d'ouverture généralement pratiqués par les officines dans une zone déterminée. Le service d'urgence concerne, quant à lui, les demandes urgentes en dehors des heures d'ouverture généralement pratiquées par ces officines.

Différentes difficultés ont été soulevées lors de la rédaction de cet article.

- En effet, l'imprécision des termes « généralement pratiquées » et « zone déterminée » est apparue comme une source de litiges, tant s'agissant du service d'urgence que du service de garde¹⁶.

Ces difficultés se sont révélées être minimales puisque les termes employés dans les définitions précitées ne constituent que des éléments de référence pour la mise en place d'un service organisé, qui résultera d'un accord intersyndical ou sera imposé par le préfet. En pratique, il appartient donc à l'ensemble des pharmaciens d'un département ou au préfet de préciser les termes précités.

- Par ailleurs, la loi ne détermine pas précisément à quel moment débutent et finissent ces services. Or, cette précision est fondamentale dans la mesure où l'article L 5125-22 du Code de la santé publique indique que le pharmacien qui commence à assurer l'exécution d'un service de garde ou d'urgence, doit le poursuivre jusqu'à sa fin.

Cela est d'autant plus important que le Conseil de la concurrence a considéré que le même article, qui opérait une distinction entre service de garde et d'urgence en son premier alinéa, n'imposait nullement qu'un pharmacien qui assure le service de garde doive également assurer le service d'urgence¹⁷.

L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique confie aux organisations représentatives de la profession le soin de déterminer en accord avec l'ensemble des pharmaciens du département, les heures d'ouverture et de fermeture des officines, ainsi que les jours de fermeture de ces dernières. Ainsi, chaque département dispose d'une organisation qui lui est propre.

Précisons toutefois que le service d'urgence¹⁸ comprend les heures de nuit (c'est-à-dire généralement celles comprises entre 19 heures à 9 heures), voire l'heure du déjeuner (13 heures à 14 heures), et que le service de garde correspond au week-end et jours fériés.

On en déduit que le pharmacien est tenu de fermer son officine dès que débutent lesdits services, à moins qu'il ne souhaite tenir celle-ci ouverte pendant toute la durée des services considérés¹⁹.

¹⁶ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 98-D-56, du 15 septembre 1998, précité.

¹⁸ *Concurrencé par le service du même type assuré par les hôpitaux et les pharmacies hospitalières, le service d'urgence semble en définitif davantage lié à la notion de soins urgents de proximité.*

¹⁹ *Notons que curieusement, la chambre de discipline du Conseil régional de Champagne Ardennes a considéré que l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique n'imposait « nullement à un pharmacien une heure impérative de fermeture de son officine dès que débute un service de garde et d'urgence », décision en date du 25 juin 1998, inédit.*

L'obligation de maintenir son officine ouverte pendant tout le service de garde ou d'urgence place les pharmaciens sur un même pied d'égalité, leur permettant ainsi d'ouvrir pendant lesdits services s'ils le souhaitent et de concurrencer ainsi les autres pharmacies les assurant.

L'ouverture de l'officine pendant ces services est cependant, en pratique, conditionnée par l'intérêt économique qu'elle présente, qui sera bien souvent limité.

La concurrence entre pharmaciens en matière de jours et heures d'ouverture sera étudiée sous deux aspects distincts : il conviendra dans un premier temps de déterminer les limites de la liberté d'ouverture et de fermeture de l'officine résultant de la mise en place d'un service de garde ou d'urgence (Section 1), puis dans un second temps, de développer l'encadrement législatif et réglementaire d'une telle liberté (Section 2).

Section 1 – Une liberté limitée par les services de garde et d’urgence

La liberté de fixation des heures et jours d'ouverture est limitée par l'obligation pour le pharmacien de trouver un accord avec l'ensemble de ses confrères.

Cet accord résultera de l'organisation de service de garde et d'urgence mise en place par les organisations représentatives de la profession, à laquelle il est appelé à consentir.

La liberté de choix du pharmacien en la matière est donc amoindrie. S'il refuse le service organisé, la loi a entendu privilégier l'intérêt des patients en confiant au préfet le soin de définir les modalités de cette permanence.

L'organisation des services de garde et d'urgence est ainsi fixée, soit par les organisations représentatives de la profession (§ 1), soit par le préfet lui-même (§ 2).

§1 - Fixation consensuelle des services de garde et d’urgence par les organisations professionnelles

Selon l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, l'organisation des services de garde et d'urgence est réglée par les organisations représentatives de la profession dans le département. Celles-ci doivent toutes s'entendre pour mettre sur pied un "*accord*"²⁰, et l'adresser au préfet compétent²¹.

Après avoir défini la notion même d'organisation représentative de la profession visée par l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique (1.1), il conviendra d'analyser l'aspect contraignant du service ainsi organisé (1.2), puis la question de l'opposabilité de l'accord aux pharmaciens concernés (1.3).

1) La notion d'organisation représentative :

Que doit-on entendre par "*organisation représentative de la profession*", notion introduite par la loi PINTE dans le Code de la santé publique, et conservée en tant que telle par le nouvel article L. 5125-22 dudit Code ?

(1) Faut-il considérer le Conseil de l'Ordre comme une organisation représentative de la profession au sens de l'article précité ?

²⁰ En effet, l'article L. 5125- 22 précise qu' "*à défaut d'accord entre elles, (...) le représentant de l'Etat dans le département règle lesdits services*".

²¹ S'agissant de l'opposabilité de l'accord au préfet cf. *infra*.

Cette question a été soulevée dès la publication de la loi PINTE²². La doctrine percevait dans le Conseil de l'Ordre²³ des fonctions de représentation de la profession. Cependant, une telle extension de la notion d'organisation représentative n'a pas été admise par la pratique pour plusieurs raisons :

- D'une part, l'Ordre des Pharmaciens ne dispose d'aucun pouvoir réglementaire en matière d'organisation des services de garde et d'urgence, le Tribunal administratif de Paris ayant à ce titre considéré que :

*"Les sujétions imposées aux pharmaciens (...), concernant l'organisation pharmaceutique, tant pendant la nuit que durant les vacances, ne sont pas au nombre de celles qu'il appartiendrait au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens d'imposer à ses membres en vertu des pouvoirs sus - définis ..."*²⁴ ;

- D'autre part, aucun démembrement de l'Ordre n'est représentatif au niveau du département, contrairement aux exigences de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique. En effet, les conseils régionaux sont uniquement représentatifs au niveau régional.

Ainsi, au vu de ces éléments, force est de constater que seuls sont visés, du moins dans la pratique, les syndicats de pharmaciens d'officine.

(2) Au vu des dispositions de l'article L 5125-22 précité, l'intervention de l'Ordre ne saurait pour autant être totalement exclue.

En effet, lorsqu'un pharmacien refuse ou conteste l'organisation des services mis en place par les syndicats, il revient au préfet de les organiser après avoir sollicité l'avis préalable du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens.

Par ailleurs, bien que le syndicat puisse prononcer certaines sanctions à l'égard de ses membres (il s'agit principalement de l'exclusion), le Conseil de l'Ordre se chargera de façon générale de la bonne application de l'organisation des services²⁵.

Enfin, le Conseil de l'Ordre, bien souvent appelé à régler les différends entre ses membres, bénéficie d'une structure susceptible de favoriser la conclusion d'un accord avec les syndicats.

La loi réserve donc aux syndicats la faculté d'organiser le service de garde et d'urgence²⁶. Or, le pouvoir contraignant du service organisé ainsi que son opposabilité apparaissent sous bien

²² M. THEVENET, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens* n° 269, p. 814.

²³ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique, Litec, fasc. n° 12-02, 1997*, BERNAYS et HAUSER, n° 15, ces derniers faisaient rentrer dans les fonctions de l'Ordre la "représentation de la profession tant à l'égard des autorités administratives (...) qu'auprès des autorités judiciaires".

²⁴ S'agissant du service de garde, cf. T.A PARIS, 10 juillet 1959, "Chambre Syndicale des pharmaciens de Paris et de la Seine et Union nationale des grandes pharmacies", rec. p. 833; d'autres jurisprudences sont venues interdire aux ordres, en dehors d'un texte précis, le droit de prendre, en vertu de ses pouvoirs généraux, des mesures impératives à l'égard des professionnels, cf. Conseil d'Etat, 31 janvier 1969, "Union nationale des grandes pharmacies", rec. p. 54 ; AJDA. 1969 - 161 note de DEWOST et DENOIX de Saint MARC ; D. 1969, p. 360, note GUIBAL ; R.D.S.S., 1969, p.187, Concl. BAUDOIN ; et J.M. AUBY "Le pouvoir réglementaire des ordres professionnel », JCP 1973 I, 2543.

²⁵ Cf. infra.

²⁶ Les trois principaux syndicats sont : la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, l'Union nationale des pharmacies de France, et l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine, cf. J.M AUBY et F.

des aspects limités. En effet, la difficulté réside essentiellement dans l'appréciation du caractère obligatoire de l'accord prévu par l'article L. 5125-22 précité, et de son opposabilité aux pharmaciens d'un département concerné.

2) Le pouvoir contraignant du service organisé :

Le service organisé présente un caractère contraignant dans la mesure où l'article L. 5125-22 exige du pharmacien qu'il participe au service de garde et d'urgence. Ce caractère contraignant présente cependant un certain nombre de limites. En effet, le quatrième alinéa de l'article précité pose le principe suivant lequel le pharmacien peut s'opposer à l'organisation prévue en ouvrant pendant le service, s'obligeant alors à maintenir son officine ouverte pendant toute la durée du service considéré.

A l'origine, les pharmaciens syndiqués ou non ont cru pouvoir élaborer entre eux un ensemble de règles régissant l'exercice de ces services, mais ils se trouvèrent rapidement confrontés à l'impossibilité d'interdire l'ouverture simultanée des autres officines²⁷.

Ainsi, la nécessité d'une intervention législative se justifiait par l'absence de réelle organisation des services, due essentiellement à certains pharmaciens ouvrant pendant les heures les plus rentables desdits services.

Deux préoccupations devaient donc être retenues : d'une part, obliger les pharmaciens à s'entendre pour régler lesdits services tout en prévoyant l'intervention de l'Etat dans l'hypothèse où aucune organisation n'était mise en place, et d'autre part, contraindre le pharmacien à respecter cette organisation.

Une telle contrainte aurait supposé qu'une interdiction d'ouverture soit imposée aux pharmaciens n'étant pas de service.

Rappelons que le Conseil d'Etat a considéré que le préfet ne disposait pas de pouvoir pour limiter l'amplitude des heures d'ouverture pendant la semaine²⁸.

Or, ni la loi PINTE, ni le nouvel article L. 5125-22 du Code de la santé publique n'ont prévu une telle interdiction, dans un souci manifeste de laisser jouer un minimum de concurrence entre les officines, s'agissant de leurs heures et jours d'ouverture.

COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 12-04, 1999, G. VIALA, « Les syndicats pharmaceutiques », p. 7 ; « L'UPSO s'installe dans la durée », *Le moniteur des pharmacies*, 2001, n° 2424, p. 20.

²⁷ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ Cf. Conseil d'Etat, 29 décembre 1937 : rec. p.1107 et T.A. LILLE, 25 juin 1974, "CROP de Lille c/ SARL CAUWELL-SAMAILLE", *Evolution pharmaceutique*, 1974, n° 321, p. 211-213, note R. PORTEFAIX, « Fermeture des officines, service de garde et pouvoir disciplinaire », *Evolution pharmaceutique*, 1974, n° 321, p. 206-211.

Le législateur a cependant pris conscience de ce qu'il serait injuste de laisser certains pharmaciens ouvrir aux heures les plus rentables des services, pour fermer aux heures creuses, anéantissant ainsi tout intérêt financier pour les officines de service.

L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique a donc recherché un équilibre entre le principe de la libre concurrence devant exister entre pharmaciens, et les contraintes liées à leur monopole, à savoir l'exécution des services de garde et d'urgence.

La solution retenue après de longs débats fut d'imposer au pharmacien une obligation d'ouverture pendant toute la durée du service considéré, dès lors qu'il avait commencé à en assurer l'exécution.

3) Opposabilité de l'accord portant organisation des services de garde et d'urgence aux pharmaciens :

La question de l'opposabilité de l'accord suppose que soit déterminée, en amont, la valeur juridique dudit accord. Le législateur a entendu confié aux syndicats la mise en place des services de garde et d'urgence.

Selon les dispositions de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, cet accord est opposable à l'ensemble des pharmaciens d'un département. Deux séries de questions sont susceptibles de découler de cette attribution de compétence :

- les accords obtenus par des syndicats en matière d'organisation des services de garde et d'urgence peuvent-ils avoir la même autorité que les conventions collectives conclues par application de l'article L. 132-2 du Code du Travail, et s'appliquer ainsi à l'ensemble d'une collectivité ?

La réponse est bien sûr négative puisque que la loi n'a pas entendu donner une portée générale auxdits accords, contrairement aux conventions collectives.

- le syndicat intervient-il dans le cadre d'une mission de service public, au titre duquel il bénéficierait d'un pouvoir réglementaire pour la mise en place du service de garde et d'urgence qui s'imposerait à tous ?

Le Conseil de l'Ordre a indiqué que le syndicat exerçait dans ce domaine une véritable mission de service public, et que ses prescriptions devaient s'appliquer non seulement à ses adhérents, mais également aux pharmaciens d'officine qui ne font pas partie de cette organisation²⁹.

Après avoir déterminé les conditions d'application de l'accord (3.1), puis celles relatives au refus du service organisé (3.2), il conviendra de s'interroger sur l'étendue de la responsabilité de pharmacien qui ne respecterait pas ce service (3.3).

²⁹ Cf. CNOP, 23 avril 1996, *Doc. Pharm., Juris. Prof.*, n°3784, n°2.

3.1 Les conditions d'application du service organisé :

Le service organisé par voie d'accord syndical est applicable à tous les pharmaciens d'une localité, peu important qu'il ait ou non accepté de façon expresse ledit accord.

L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique donne cependant la possibilité au pharmacien de refuser l'organisation du service fixé par les syndicats, en prévoyant dans cette hypothèse l'intervention du préfet.

La jurisprudence a quant à elle précisé que le refus du pharmacien devait être notifié au préfet³⁰. Ainsi, en dehors de toute manifestation expresse de son refus, le pharmacien ne peut s'opposer à l'organisation fixée, dont il devra assurer l'exécution.

3.2 Les conditions du refus du service organisé :

(1) Avant la loi Pinte, la question se posait de savoir si les pharmaciens non adhérents aux syndicats ayant obtenu des accords relatifs à l'organisation des services de garde et d'urgence, étaient obligés de respecter les engagements pris des syndicats auxquels ils n'étaient pas affiliés.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt « CARO » a répondu par la négative³¹. Or, le législateur semble être revenu sur cette jurisprudence en 1994, l'article L 5125-22 du Code de la santé publique prévoyant qu'en "*cas de désaccord de l'un des pharmaciens titulaires d'une licence d'officine intéressés (...) un arrêté du représentant de l'Etat dans le département règle lesdits services (...)*".

La loi ne précise pas la qualité de syndiqué ou non syndiqué de l'auteur du désaccord. Sont dès lors concernés par cette faculté tous les pharmaciens, qu'ils soient ou non affiliés aux syndicats ayant organisé les services.

Ainsi, le service organisé ne peut être imposé au pharmacien qui a manifesté son "*désaccord*", que celui-ci soit ou non syndiqué.

(2) L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique vise le cas d'un « *désaccord* » à l'organisation mise en place, sans pour autant définir de façon précise le terme utilisé.

Dans un premier temps, le Conseil de l'Ordre a considéré que le pharmacien qui avait notifié son désaccord au préfet restait tenu de respecter l'organisation des services de garde et d'urgence jusqu'à la publication de l'arrêté préfectoral³².

Puis, plusieurs pharmaciens ont été sanctionnés par le Conseil national de l'Ordre pour avoir méconnu les dispositions de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, à savoir le

³⁰ Cf. *infra*.

³¹ Cf. Conseil d'Etat, 14 octobre 1964, "Sieur CARO", rec. 475 ; D. 1965, p. 686, note de J.M. RAINAUD ; JCP.1964.11.13909 ; voir également, R. PORTEFAIX, « Service de nuit et déontologie », *Evolution pharmaceutique*, 1964, n° 233, p. 7-9.

³² Cf. CNOP, 23 avril 1996 *Doc Pharm, Juris.*, Prof. n° 3784, n°2, précité.

non-respect de l'organisation prévue par les organisations professionnelles, alors qu'ils n'avaient pas "*manifesté expressément leur désaccord au préfet* »³³. Pour leur défense, ces pharmaciens faisaient valoir que les services d'urgence et de garde ne leur étaient pas applicables dès lors que certains de leurs confrères s'étaient plaints auprès du préfet de ce que plusieurs pharmaciens ne respectaient pas le service mis en place par lesdites organisations.

Le Conseil d'Etat saisi de cette difficulté a estimé, dans une décision en date du 15 janvier 2001, que le désaccord du pharmacien prévu par l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique n'existait que lorsqu'il avait été notifié au préfet³⁴, et permettait ainsi au praticien de ne plus exécuter le service mis en place.

Cette solution peut paraître de bon sens puisqu'elle permet de conserver l'organisation des services en question, même contestée, jusqu'à ce que le préfet soit averti du désaccord et puisse ainsi intervenir. Il serait en effet anormal qu'un pharmacien puisse se dispenser de respecter un tour de garde, et échapper à toutes poursuites en se contentant de proclamer son désaccord, sans qu'il soit connu par le préfet qui, seul, a vocation à intervenir par voie d'arrêté.

Les pharmaciens d'un département se doivent donc de respecter l'organisation mise en place par les organisations professionnelles tant qu'aucune notification de désaccord n'a été adressée au préfet.

A l'inverse, et tel que la Cour de cassation l'a souligné, le pharmacien ayant manifesté expressément son désaccord au préfet ne peut se voir reprocher de ne pas avoir maintenu son officine ouverte pendant toute la durée du service considéré, dès lors que le préfet n'a pas encore pris les dispositions nécessaires au bon fonctionnement desdits services³⁵.

Cela implique que le pharmacien puisse dès lors ouvrir et fermer son officine selon les heures et jours de son choix, puisque aucun service organisé ne permet de délimiter les heures et jours de garde et d'urgence, et donc des jours et heures d'ouverture.

Par conséquent, le désaccord du pharmacien, manifesté lors d'une assemblée générale du syndicat ou directement à celui-ci, ne suffit pas pour justifier un refus d'exécution du service organisé.

(3) Le désaccord notifié au préfet exonère-t-il l'ensemble des pharmaciens du département de respecter le service organisé, qu'ils aient ou non expressément accepté sa mise en place ?

Une décision du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens en date du 6 juillet 1998 précise que seuls les pharmaciens ayant expressément manifesté leur désaccord auprès du préfet sont susceptibles de se dispenser du service organisé³⁶.

Cette position est confirmée par le Conseil d'Etat dans une décision récente du 15 janvier 2001³⁷.

³³ Cf. CNOP, 6 juillet 1998, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens* n°361 p 393, prononçant une sanction de blâme avec inscription au dossier.

³⁴ Cf. Conseil d'Etat, 15 janvier 2001, « L...et autres », ref. n°200003 ; *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 2001, n° 370, p. 99.

³⁵ Cf. Cass. crim. 10 avril 1997, JCP G. 1997, IV, 2062 ; *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens* n° 357, p. 504 et 505.

³⁶ Cf. CNOP, 6 juillet 1998, précité.

Ainsi, le désaccord d'un pharmacien ne permet pas à l'ensemble des pharmaciens ayant accepté ladite organisation, de ne plus la respecter.

(4) Enfin, le préfet peut-il refuser de prendre un arrêté organisant le service de garde et d'urgence ?

La loi a donné au préfet la compétence pour mettre en place le service de garde et d'urgence dans une situation conflictuelle, aux cours de laquelle l'organisation mise en place par les syndicats se trouverait contestée. Ainsi, tout pharmacien mécontent peut solliciter l'intervention du préfet, étant précisé qu'il n'a pas à motiver sa demande.

Selon les règles du droit administratif, le préfet ne disposera pas d'un pouvoir d'appréciation pour juger de l'utilité de prendre un arrêté mettant en place le service. Le préfet se trouve ainsi lié par la notification de désaccord et se doit, par application de la loi, de prendre un arrêté fixant le service de garde et d'urgence, dont l'organisation est justifiée, rappelons-le, par des raisons de santé publique.

Suivant les règles de droit commun en la matière, l'autorité administrative saisie devra intervenir vraisemblablement dans un délai de deux mois à compter de sa saisine.

L'absence de réponse à l'issue de ce délai vaudra décision implicite de rejet, laquelle sera susceptible de donner lieu à un recours pour excès de pouvoir dans les conditions de droit commun.

3.3 Etendue de la responsabilité du pharmacien :

En cas de non-respect du service organisé qui n'aurait pas fait l'objet d'une contestation expresse notifiée au préfet, le pharmacien s'expose à plusieurs types de sanctions, principalement des sanctions pénales (3.3.1) et disciplinaires (3.3.2).

3.3.1 La responsabilité pénale du pharmacien :

L'article L. 5424-17 du Code de la santé publique sanctionne le pharmacien d'une peine d'amende de 3 750 euros, dès lors que celui-ci :

- Ne participe pas au service de garde ou d'urgence dans les conditions fixées à l'article L. 5125-22 dudit Code ;
- Ouvre son officine pendant un service de garde ou d'urgence, alors qu'il n'est pas lui-même de service, sans la tenir ouverte pendant tout le service considéré.

Ajoutons que l'article L. 5424-19 dudit Code prévoit qu'en cas de poursuites pénales pour l'un des motifs précités :

³⁷ Cf. Conseil d'Etat, 15 janvier 2001, « L...et autres », précité.

- la fermeture provisoire de l'officine peut être prononcée par le préfet dans l'attente de la décision à intervenir,
- la fermeture provisoire ou temporaire de l'officine peut être prononcée à titre de peine complémentaire,
- et en cas de récidive, une peine de trois mois d'emprisonnement et une amende de 7 500 euros.

3.3.2 La responsabilité disciplinaire :

L'ensemble des obligations déontologiques relatives aux services de garde et d'urgence sera étudié dans la deuxième section du présent chapitre. Il convient néanmoins dès à présent de souligner différents points.

Tout manquement aux dispositions de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, constaté par le pharmacien inspecteur régional de la santé ou par tout autre intéressé ayant déposé une plainte à l'Ordre, est susceptible de donner lieu à une sanction disciplinaire prononcée par application de l'article R. 5015-49 du même Code, par le Conseil de l'Ordre des pharmaciens réuni en chambre de discipline.

Deux fautes distinctes peuvent être à l'origine du non-respect du service organisé. Le pharmacien peut :

- ne pas respecter le service mis en à place en ouvrant son officine aux jours et heures différentes de celles prévues par ledit service,
- ou ouvrir son officine sans la maintenir ouverte pendant toute la durée du service considéré.

Notons que cette deuxième faute est plus grave puisque le pharmacien non seulement ne respecte pas le service organisé, mais de plus, viole l'obligation de maintenir ouverte son officine en cas de commencement d'exécution.

Le non-respect du service organisé engage donc la responsabilité disciplinaire du pharmacien sur le fondement de l'article L. 5015-49 du Code de déontologie. Or, cet article ne constitue pas le seul fondement pouvant justifier une sanction disciplinaire du pharmacien en la matière.

En effet, la responsabilité du pharmacien pourra être également engagée sur le fondement de l'article R. 5015-34 dudit Code qui impose notamment un devoir de loyauté et de solidarité³⁸. Ce point sera développé dans la deuxième section.

Rappelons que le pharmacien n'engagera cependant pas sa responsabilité disciplinaire dès lors qu'il manifeste expressément son refus au préfet.

³⁸ Cf. *infra*, section 2, §1, 2).

§2 - Fixation autoritaire des services de garde et d'urgence par le préfet :

Le préfet peut être amené à fixer les heures et jours d'ouverture des officines de pharmacie. Si les fondements de son intervention sont multiples (1), l'étendue de son pouvoir soulève certaines difficultés (2).

1) Les fondements de l'intervention du préfet :

Les fondements de l'intervention du préfet sont énoncés par les articles L. 5125-22 du Code de la santé publique, et L. 221-17 du Code du travail. Au vu de ces textes, le préfet peut intervenir pour fixer le service de garde et d'urgence lorsque :

- il existe un désaccord entre pharmaciens ;
- il existe des circonstances ou des particularités locales rendant impraticable ou non nécessaire la participation de l'ensemble des pharmaciens ;
- l'accord intersyndical ne satisfait pas les besoins de la santé publique ;
- les syndicats ont sollicité son intervention dans le cadre du repos hebdomadaire.

1.1 En cas de désaccord entre pharmaciens :

Selon l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, *"l'organisation des services de garde et d'urgence est réglée par les organisations représentatives de la profession dans le département ..., à défaut d'accord entre elles, ou en cas de désaccord de l'un des pharmaciens titulaires d'une licence d'officine intéressés (...), un arrêté préfectoral règle lesdits services après avis des organisations professionnelles précitées, du pharmacien inspecteur régional et du conseil régional de l'ordre des pharmaciens"*.

Le désaccord peut donc émaner d'un seul pharmacien ou encore d'un syndicat de pharmaciens d'officine représenté dans le département. Puisqu'il a pour objet de déclencher l'intervention du préfet, celui-ci doit donc être informé de l'existence du désaccord. C'est pourquoi, tant le Conseil de l'Ordre, que le Conseil d'Etat ont considéré que le désaccord devait être notifié au préfet³⁹.

Préalablement à sa décision, le préfet doit recueillir l'avis des organisations représentatives de la profession dans le département, du pharmacien inspecteur régional et du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens. Ainsi, par cet avis, les pharmaciens du département gardent une initiative, certes minime, s'agissant de l'organisation desdits services.

Par ailleurs, il est fréquent que, dans une « zone déterminée », terme utilisé par l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, les services de garde et d'urgence soient organisés

³⁹ Cf. *supra*.

par une seule organisation syndicale, et ce, en raison notamment d'une absence de représentativité locale d'autres organisations syndicales.

Le préfet est-il alors dispensé de recueillir l'avis de l'ensemble des syndicats représentatifs dans le département, quand bien même certaines organisations syndicales n'auraient aucune représentation dans le secteur considéré ?

Cette question a été soumise au Tribunal administratif de Besançon par un pharmacien qui contestait la légalité d'un arrêté préfectoral en date du 15 décembre 1994 par lequel le préfet du Doubs fixait l'organisation des services de garde et d'urgence pour Montbéliard et son secteur. Le préfet avait recueilli l'avis du seul syndicat du Pays de Montbéliard, qui comptait 67 pharmaciens adhérents sur les 69 de la zone.

Par un jugement en date 21 septembre 1995, le Tribunal administratif a annulé l'arrêté au motif que « *le caractère représentatif du syndicat des pharmaciens du Pays de Montbéliard dans le secteur considéré ne dispensait pas le préfet de recueillir l'avis des autres organisations représentatives dans le département* ».

Ainsi, le préfet doit solliciter l'avis de tous les syndicats représentatifs dans le département, même lorsqu'il n'existe qu'un seul syndicat représentatif dans la zone dudit département visé⁴⁰.

Il convient de souligner que le fait que les services de garde et d'urgence soient soumis au même régime donne indirectement au préfet, lorsqu'il est amené à régler les services de garde et d'urgence, toute latitude pour fixer les horaires d'ouverture et de fermeture des officines du département considéré.

1.2. Lorsque l'accord ne satisfait pas les besoins de la santé publique :

Avant la modification de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique par la loi du 18 juillet 1994, la question se posait de savoir si le préfet pouvait intervenir dès lors que l'accord ne satisfaisait pas les besoins de la santé publique ?⁴¹.

Le préfet était-il compétent pour intervenir en la matière, alors qu'aucun texte ne le prévoyait ?

Pour certains, il paraissait anormal que le préfet n'intervienne pas pour compléter ou modifier un accord ne satisfaisant pas aux besoins de la santé publique⁴². Ceci étant, malgré l'absence de texte en la matière, il fallait considérer que le préfet bénéficiait d'un pouvoir de substitution pour compléter ou modifier le service organisé⁴³.

⁴⁰ Cf. T.A. Besançon, 21 septembre 1995 ; J.M AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 1.

⁴¹ Analyse du rapporteur du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sur la loi PINTE, M. THEVENET, « Service de garde », *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, n° 269, p. 813-816.

⁴² Cf. *idem*, p. 815.

⁴³ Cf. Question de Monsieur KUCHEIDA au Secrétaire d'Etat à la santé, J.O., Ass. Nat Q, du 20 août 1984 ; au surplus, le Conseil d'Etat est venu conforter cette interprétation, puisque par un arrêt en date du 22 avril 1992, la Haute juridiction a considéré que « compte tenu du nombre élevé d'habitants (...), des distances importantes imposées à la clientèle pour trouver des officines disponibles et des restrictions imposées à l'accès aux officines », l'organisation des services de garde et d'urgence proposée par le syndicat du département ne

C'est donc fort logiquement que le législateur est venu préciser que le préfet pouvait, malgré l'existence d'un accord entre les pharmaciens du département, organiser lesdits services.

L'article L. 5125-22 précité dispose en effet que :

"(...) Si l'organisation retenue (par l'accord) ne permet pas de satisfaire les besoins de la santé publique, un arrêté du représentant de l'Etat dans le département règle lesdits services (...)".

Le préfet dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation des accords passés, il ne peut les modifier que si les besoins de la santé publique ne sont pas satisfaits.

Ajoutons que le préfet doit solliciter l'avis des organisations représentatives de la profession dans le département, et du pharmacien inspecteur régional et du Conseil régional de l'ordre des pharmaciens.

1.3 En cas de circonstances ou de particularités locales :

L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique assortit l'obligation de participation des pharmaciens aux services institués d'une exception en raison de circonstances ou particularités locales.

Ainsi, le préfet peut, *"après avis des organisations représentatives de la profession dans le département, en cas de circonstances ou de particularités locales rendant impraticable ou non nécessaire la participation de l'ensemble des officines"*, mettre fin à cette obligation.

Cela pourra être le cas notamment dans les très grandes agglomérations dans lesquelles toutes les officines, eu égard à leur grand nombre, ne peuvent participer aux services de garde et d'urgence.

Cela étant, le préfet ne peut interdire aux pharmaciens concernés d'ouvrir pendant les services de garde et d'urgence, tel que l'article L. 221-17 du Code du travail le lui permet en d'autres circonstances⁴⁴.

Soulignons que si l'avis des syndicats n'est ici que consultatif puisque le préfet n'est pas tenu de s'y conformer, il n'en demeure pas moins que cet avis constitue la principale source de données pour fixer l'organisation des services considérés.

pouvait être regardée comme réglant, au sens de l'article L. 588-1 du Code de la santé publique (ancien article L. 5125-22), l'organisation desdits services, cf. Conseil d'Etat, 22 avril 1992, « Syndicat des pharmaciens de Seine et Marne », req. n° 93020.

⁴⁴ Cf. *infra*.

1.4. En vertu de l'article L. 221-17 du code du travail :

L'article L. 221-17 du Code du travail⁴⁵, issu d'une loi du 29 décembre 1923, permet au préfet d'ordonner, sous certaines conditions, la fermeture de toutes les officines de son département qui ne sont pas de garde⁴⁶ le jour du repos hebdomadaire⁴⁷.

En effet, cet article dispose :

"Lorsqu'un accord est intervenu entre les syndicats d'employeurs et de travailleurs d'une profession et d'une région déterminée sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné au personnel suivant un des modes prévus par les articles précédents, le préfet du département peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la région pendant toute la durée de ce repos"⁴⁸.

Ainsi, les officines de pharmacies soumises à un arrêté préfectoral pris sur le fondement de cet article, sont également tenues de fermer, et ce même si le titulaire entend travailler seul ou avec sa famille⁴⁹. Car une fois opposable, l'arrêté de fermeture s'applique à tous les pharmaciens qu'ils emploient ou non des salariés.

Selon la jurisprudence applicable, l'intérêt de l'article L. 221-17 est donc de ramener à de plus justes mesures les moyens de concurrence⁵⁰, déjà fortement perturbés dans le secteur de la pharmacie d'officine.

Cependant, s'agissant du pharmacien d'officine, il n'y a pas de rupture d'égalité puisque par principe, le titulaire peut ouvrir seul son officine. L'objet de l'article L. 221-17 du Code du travail appliqué aux pharmaciens paraît donc totalement différent : il s'agit d'obliger le pharmacien à fermer son officine afin que l'ouverture des officines désignées par le tour de garde soit économiquement supportable.

Cela étant, si la fermeture des établissements le jour du repos hebdomadaire peut être ordonnée par le préfet, il n'en demeure pas moins qu'il revient aux syndicats de déterminer les conditions de repos hebdomadaire (généralement le dimanche) et de repos pendant les jours fériés. Les syndicats sont ici encore responsables de l'organisation des services de garde.

⁴⁵ Anciennement, l'article 43-a du livre II du Code du travail et de la prévoyance sociale.

⁴⁶ Notons que si l'interdiction d'ouverture ordonnée par un arrêté préfectoral, pris en application des dispositions de l'article L. 221-17 du Code du travail, ne concerne pas à première vue l'exécution du service d'urgence, il n'en demeure pas moins que l'exigence du repos hebdomadaire peut venir perturber celui-ci, cf. *infra*.

⁴⁷ La circonstance selon laquelle les pharmaciens bénéficient, en vertu de l'article L.221-9 du Code du travail, d'une dérogation de droit au repos hebdomadaire, n'est en rien incompatible avec la mise en œuvre d'un arrêté préfectoral de fermeture pris sur le fondement de l'article L. 221-17 dudit Code, cf. *Le pharmacien de France*, 1993, n° 4, p. 155.

⁴⁸ A titre d'exemple, le préfet a réglementé le service de garde en Ile de France en vertu de l'article L. 221-17 du Code du travail, cf. « Ne sera plus de garde qui veut », *Bulletin de l'ordre des pharmaciens, bim.*, n° 187, précité, p. 5.

⁴⁹ Cf. Cass. Crim. 6 juillet 1966, *Bull. crim.* n° 195.

⁵⁰ Le Conseil d'Etat a en effet considéré que l'article L. 221-17 du Code du travail a essentiellement pour objet « d'éviter que ne s'établisse par la règle du repos hebdomadaire une concurrence entre employeurs », cf. C.E. 18 décembre 1964, « Ministre du travail c/ Union pharmaceutique de sociétés mutualistes des Alpes-Maritimes, rec. p. 642 ; J.C.P. 1965.II.14141, concl. Rigaud.

Différentes difficultés se sont posées du fait de la coexistence des articles L. 5125-22 de Code de la santé publique et L. 221-17 du Code du travail.

(1) Comment peut-on concilier des sujétions légales horaires avec les contraintes propres à l'exploitation d'une officine de pharmacie, élément fondamental du service public de santé ?

Autrement dit, l'article L. 5125-22 écarte-t-il l'application de l'article L. 221-17 précité, autorisant ainsi le pharmacien à ouvrir pendant le service dès lors qu'il reste ouvert pendant toute la durée dudit service ?

Le Tribunal administratif de Nice, saisi d'un recours en annulation d'un arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail, a considéré que l'application de cet article prévalait en la matière⁵¹. En effet, rien n'autorise à admettre que la loi du 18 janvier 1994 ait eu pour effet d'écarter une règle du droit du travail qui traite d'un objet différent de celui réglé par les dispositions de Code de la santé publique en matière de service de garde.

Par conséquent, dans l'hypothèse où le préfet a, sur demande des syndicats intéressés, ordonné la fermeture au public des officines durant le repos hebdomadaire, l'ouverture de ces dernières est interdite dans la mesure où elle « *ne constitue qu'une simple faculté pour le pharmacien concerné* »; ainsi "*le pharmacien ne peut légalement user de la faculté d'ouvrir son officine pendant un service de garde du dimanche, assuré par ses confrères, lorsque le préfet a (...) ordonné sur la demande des syndicats intéressés, la fermeture des officines le dimanche*"⁵².

Cette position a été confirmée par le Conseil d'Etat dans une espèce similaire : deux pharmaciens titulaires avaient ouvert leur officine malgré l'existence d'un arrêté préfectoral ordonnant la fermeture des officines n'étant pas de service de garde, pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail.

Après avoir été sanctionnés par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens qui avait estimé que leur comportement était en contravention avec l'arrêté préfectoral en question, les deux pharmaciens formèrent un pourvoi devant le Conseil d'Etat, invoquant notamment le bénéfice d'un régime dérogatoire d'ouverture propre aux pharmaciens d'officine⁵³.

Le Conseil d'Etat a considéré, par un arrêt en date du 3 février 2000, que le régime dérogatoire d'ouverture d'une pharmacie n'est pas applicable lorsqu'un arrêté préfectoral ordonne la fermeture des officines durant le repos hebdomadaire, dès lors qu'elles n'assurent pas un service de garde⁵⁴.

Il convient de souligner qu'en statuant ainsi, le Conseil d'Etat est allé à l'encontre d'une décision rendue par le Conseil de la concurrence qui, saisi d'un problème analogue, avait estimé que "*les dispositions de l'article L. 221-17 du Code du travail avaient été*

⁵¹ Cf. TA Nice, 23 septembre 1997, "M. PINELLI et autres c/ Préfet des Alpes Maritimes", req. n° 95-2240, 2842, 2841, 2578 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, n° 357, p. 497-499.

⁵² Cf. TA Nice, 23 septembre 1997, précité.

⁵³ Cf. CNOP, 4 juin 1998, "MM. ADDA ET PIQUET", aff. n° A-D 1937 ; voir également, CNOP, 27 avril 1998, "M. JUILLARD", aff. A-D 1924.

⁵⁴ Cf. Conseil d'Etat "MM. ADDA ET PIQUET", 3 février 2000, req. n° 198-461 Bulletin de l'Ordre des Pharmaciens, n°367, 253-256; L.P.A. n° 237, note de G. GLAISE, p. 18-21. ; voir également Conseil d'Etat, 3 juillet 2000, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, n° 368, p. 406.

*implicitement mais nécessairement abrogées par la nouvelle rédaction de l'article L. 588-1 (à savoir l'article L. 5125-22) du Code de la santé publique*⁵⁵.

Par conséquent, le préfet peut ordonner la fermeture des officines qui ne sont pas de service.

La garde à volets fermés serait susceptible de permettre au pharmacien de contourner l'interdiction préfectorale. En effet, il pourrait être soutenu que la garde à volets fermés ne viole pas l'obligation de fermeture des établissements au public. A ce jour, aucune juridiction ne semble avoir été saisie de ce type de contentieux.

(2) Le préfet peut refuser de prendre un arrêté demandé par les syndicats⁵⁶. Cette faculté s'exerce bien évidemment sous le contrôle du juge administratif. Soucieux d'adapter la réglementation aux évolutions de la société, le juge administratif s'efforce de garantir l'application du principe selon lequel l'administration saisie d'une demande doit abroger un règlement illégal, soit que cette illégalité ait été constituée *ab initio*, soit qu'elle résulte d'un changement dans les circonstances de droit ou de fait, postérieures à l'édition de l'acte.

Le juge a pu ainsi annuler le refus d'un préfet d'abroger un arrêté de fermeture pris sur la base de l'article L. 221-17 du Code du travail, au motif que celui-ci n'avait pas *"recherché s'il s'était produit dans l'opinion d'un nombre important de professionnels visés (depuis la date de l'arrêté) un changement de nature à modifier la volonté de la majorité d'entre eux"*. Si tel avait été le cas, le préfet aurait alors dû *"procéder à une enquête notamment auprès des organisations syndicales intéressées"*⁵⁷.

Ce dernier doit cependant veiller à ce que l'opposition d'une minorité, si faible soit-elle, ne mette en échec la volonté de la majorité des professionnels intéressés.

(3) La motivation de l'arrêté préfectoral doit être exclusivement fondée sur les dispositions de l'article L. 221-17, et aucunement sur la perturbation du service de garde que serait susceptible de provoquer *« l'ouverture spontanée le dimanche des officines non désignées comme étant de garde »*.

La Cour administrative d'appel de Marseille a en effet considéré que si le préfet tient de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique le pouvoir de régler le service de garde et d'urgence, il ne peut en revanche, sans entacher sa décision d'un détournement de procédure, se prévaloir de ces prérogatives pour fonder un arrêté de fermeture.⁵⁸

Corrélativement à cette décision d'obliger les pharmaciens à la fermeture de leur officine le dimanche, le préfet peut parfaitement prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la continuité des prestations pharmaceutiques, ce qui fait partie de ses pouvoirs de police⁵⁹.

⁵⁵ Cf. Cons. Conc., déc. n° 98-D-56, 15 septembre 1998, précité.

⁵⁶ Tel n'est pas le cas s'agissant des arrêtés préfectoraux prévus à l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique.

⁵⁷ Cf. Conseil d'Etat, 29 décembre 1997, "M. BOUSCAL", req. n° 129-870.

⁵⁸ Cf. C.A. Marseille, 6 juillet 2000, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, bim., n° 211, p. 4 ; voir également dans ce sens, un arrêt du T.A. Orléans, 16 octobre 1987, R.D.S.S., 1989 ; p. 47.

⁵⁹ Cf. Conseil d'Etat, 6 août 1926, « Sieur DASTAN » : rec. 878 ; Doc. Pharm., CE. n° 153 ; Conseil d'Etat, 13 octobre 1961, rec. 561 ; voir également, M. DUNEAU, « ouverture, fermeture, service de garde », Les actualités pharmaceutiques, précité, p. 96.

2) Le contrôle de l'intervention du préfet :

Le préfet apparaît comme le garant de la santé publique dans différentes hypothèses :

- les pharmaciens ne s'entendent pas entre eux pour régler les services de garde et d'urgence,
- l'organisation retenue ne permet pas de satisfaire les besoins de santé publique,
- les circonstances rendent impraticable la participation de l'ensemble des pharmaciens aux dits services⁶⁰.

L'arrêté préfectoral étant un acte administratif opposable aux administrés, il peut contenir des dispositions à caractère réglementaire, tels que l'intervention des commissariats de police, l'affichage et la publicité de la liste des pharmaciens de garde, l'obligation de faire la garde à volet ouvert, etc.

Tout pharmacien peut soulever l'illégalité d'un arrêté préfectoral devant le juge administratif, seul compétent pour en prononcer la nullité⁶¹.

Le contrôle du juge administratif portera, suivant les cas, sur l'appréciation faite par le préfet de :

- la mise en place du service de garde et d'urgence dans le cadre de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, en l'absence d'accord ou lorsque l'accord ne répond pas aux besoins de la santé publique ou enfin, lorsque des circonstances ou particularités locales rendent impraticable ou non nécessaire la participation de l'ensemble des officines (2.2),
- l'opportunité d'ordonner la fermeture hebdomadaire des établissements sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail (2.1).

2.1 S'agissant de l'arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail :

Le préfet est compétent pour apprécier l'opportunité d'une fermeture hebdomadaire des établissements d'une localité, fixée par accord syndical.

Le juge administratif peut donc être appelé à examiner si le préfet a accompli les diligences nécessaires pour déterminer si cet accord qui lui a été présenté reflète effectivement la position de la majorité des professionnels d'une région considérée.⁶²

⁶⁰ Cf. *supra*.

⁶¹ Notons que, dans une affaire disciplinaire récente, le Conseil de l'Ordre s'est à tort reconnu compétent pour apprécier la légalité d'un arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 5125-22 alinéa troisième, et ce afin de fonder une sanction disciplinaire (interdiction d'exercer la pharmacie pendant de huit jours), cf. CNOP, 18 janvier 1999, Bulletin de l'ordre des pharmaciens, n° 363, p. 182 et 183.

A titre d'exemple, un arrêt du Conseil d'Etat en date du 11 mars 1990 a annulé un arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail, au motif que celui-ci ordonnait une durée de fermeture supérieure à la durée légale du repos hebdomadaire⁶³. A également été annulé l'arrêté préfectoral, pris sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail, ordonnant une fermeture collective hebdomadaire, un jour différent du dimanche sans qu'aucun accord collectif ne l'ait prévu⁶⁴.

Ajoutons que le Conseil d'Etat a par ailleurs admis que le motif tiré de l'absence de référence à un accord majoritaire en faveur de la fermeture dominicale parmi les représentants d'une profession déterminée, dans une région précise, est une illégalité fautive susceptible d'engager la responsabilité de l'administration⁶⁵.

En toute hypothèse, le juge veillera à ce que le préfet ait pris en considération l'existence de circonstances locales, tenant aux conditions de la concurrence et aux données économiques et sociales propres à la zone considérée⁶⁶.

Le préfet peut-il accorder des dérogations individuelles ?

Bien que la plupart des arrêts du Conseil d'Etat s'opposent à d'éventuelles dérogations individuelles⁶⁷ et annulent les arrêtés préfectoraux en question⁶⁸, il existe toutefois des aménagements à cette prohibition, voire des possibilités de dérogations implicites⁶⁹.

En effet, les juges admettent effectivement que des dérogations puissent être mentionnées dans un arrêté préfectoral de fermeture, à la double condition que celle-ci *"s'applique essentiellement à tous les professionnels intéressés et constitue une modalité d'application de la règle de fermeture hebdomadaire édictée"*⁷⁰.

En outre, certains jugements réservent au préfet la possibilité d'octroyer des dérogations en considération de lieux précis.

Ainsi, le tribunal administratif de Nice, sans préciser si cette solution était contenue dans les accords intersyndicaux, a reconnu la légalité de l'arrêté du préfet accordant une dérogation d'ouverture, non seulement aux pharmacies de garde, mais aussi aux pharmacies situées dans l'enceinte de l'aéroport⁷¹.

⁶² Cf. Conseil d'Etat, 31 mai 1996, "Ministre du travail c/ syndicat national du commerce moderne de l'équipement de la maison", req. 147-340 : l'un des premiers contentieux en la matière : Conseil d'Etat, 27 mars 1925, req. n° 85-411.

⁶³ Cf. Conseil d'Etat, 11 mars 1990, "CROP de Lille c/ SARL CAUWELL-SAMAILLE", req. n° 96-763 ;

⁶⁴ Cf. Conseil d'Etat, 14 novembre 1997, "SARL J.D. Gambetta", req. n° 1596746 ;

⁶⁵ Cf. Conseil d'Etat, 13 juin 1997, "S.A DUBAND", req. n° 162-224 ; voir également, Conseil d'Etat, 15 mai 1995, "Ministre des affaires sociales et de l'Emploi c/ Sté Inter Conforama", req. n° 91-667.

⁶⁶ Cf. Conseil d'Etat, 9 septembre 1996, "Société Bel ameublement", req. n° 170-710.

⁶⁷ Par exemple, Conseil d'Etat, 31 mars 1995, "SARL le fournil de Montauban et autres", req. n° 142-896 ; voir également, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1995, n° 348, p. 391.

⁶⁸ Cf. C.A.A. de Bordeaux, 14 décembre 1999, "SARL Andrieu et autres", req. n° 96BX01149.

⁶⁹ L'essentiel de l'argumentation développée dans ce paragraphe est inspiré d'une note de G. GLAISE sous Conseil d'Etat, 9 février 2000, L.P.A., précité, p. 21

⁷⁰ Cf. Conseil d'Etat, 31 mars 1995, "SARL le fournil de Montauban et autres", précité.

⁷¹ Cf. T.A. Nice, 23 septembre 1997, "M. PINELLI et autres c/ Préfet des Alpes Maritimes", précité.

Le rôle du juge administratif est donc fondamental en la matière puisqu'il est le seul à pouvoir mettre fin à une obligation de fermeture ordonnée par le préfet. Il apparaît ici être le gardien de la concurrence entre les pharmaciens d'officine.

2.2 S'agissant de l'arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique :

Le juge administratif va rechercher si le préfet a pris en compte plusieurs particularités locales, tenant au nombre d'habitants, aux distances imposées à la clientèle pour trouver une officine ouverte et, plus généralement, tenant aux conditions d'accès à ces officines⁷².

La décision du préfet est donc soumise à un contrôle normal⁷³, et le juge recherchera si cette décision n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

Notons par ailleurs que le préfet ne peut, à aucun moment, déléguer ses pouvoirs au Conseil de l'Ordre ou encore à un syndicat, dans la mesure où aucune disposition législative ou réglementaire ne l'y autorise⁷⁴. Il ne peut également charger le Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens ou un syndicat de veiller à l'exécution de son arrêté.

Enfin, quel peut être le recours d'un pharmacien non tributaire d'un tour de garde, mais ayant adressé au préfet une demande en ce sens ?

Cette question a été soulevée devant le Tribunal administratif de Lille qui, par un jugement en date du 25 juin 1974, a considéré que le refus d'inscrire un pharmacien à un tour de garde ne peut être attaqué dans la mesure où il ne peut exister d'intérêt à agir contre une décision qui dispense d'une charge⁷⁵.

Le service de garde, qui est considéré comme constituant une charge dans l'intérêt du malade, ne peut être créateur de droits au profit des pharmaciens, peu importe que ce service présente ou non un intérêt lucratif.

3) L'étendue de la responsabilité encourue par le pharmacien :

La responsabilité du pharmacien en cas de non-respect des prescriptions d'un arrêté préfectoral réglant le service de garde et d'urgence est multiple. Elle est donc à la fois pénale, civile, et disciplinaire.

⁷²Cf. Conseil d'Etat, 22 avril 1992, « Syndicat des pharmaciens de Seine et Marne », req. n° 93-020 ; rec. Tables, p. 1273.

⁷³ Cf. idem.

⁷⁴ Ce principe, toujours d'actualité, avait été rappelé par le Conseil d'Etat en date du 11 mai 1990, "CROP de Lille c/ SARL CAUWELL - SAMAILLE", req. 96763 ; Doc. Pharm., CE. n° 1183 ; voir également, note R. PORTEFAIX, "Fermeture des officines, service de garde et pouvoir disciplinaire", Evolution pharmaceutique, précité, à propos de T.A. Lille, 4 juin 1974, précité.

⁷⁵ Cf. T.A. Lille, 25 juin 1974, précité.

A titre d'exemple, un pharmacien ayant ouvert son officine alors qu'il n'était pas de service et en dépit d'un arrêté préfectoral de fermeture, a été sanctionné à trois mois d'interdiction d'exercer sur le fondement de l'article R. 5125-22 précité⁷⁶.

Si les fondements de la responsabilité du pharmacien sont identiques à ceux évoqués s'agissant du non-respect du service organisé par les syndicats, dans la mesure où les manquements sont les mêmes⁷⁷, notons cependant une particularité s'agissant des textes répressifs pouvant s'appliquer en matière de responsabilité pénale.

Le pharmacien qui refuse d'appliquer un arrêté préfectoral commet une infraction passible des peines prévues à l'article R. 26-15 du Code pénal, ainsi qu'à l'article L. 5424-17 du Code de la santé publique, comme le rappelle la Cour de cassation dans un arrêt en date du 10 avril 1997⁷⁸, ainsi que le Ministre de la santé⁷⁹. Il s'agit en l'espèce d'un cumul de peine au terme duquel il convient d'appliquer la plus sévère.

La responsabilité du pharmacien est donc lourde, et ses obligations sont en la matière bien nombreuses.

⁷⁶ Cf. CNOP, 20 janvier 1998, inédit, et Conseil d'Etat, 19 avril 2000, rejetant le pourvoi formé contre la décision du Conseil national.

⁷⁷ Cf. *supra*.

⁷⁸ Cf. Cass. crim. 10 avril 1997, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1997, n° 357, p. 504-505.

⁷⁹ Cf. Rép. Ministre de la santé, *Question du 3 juillet 1997, JO, Sénat 4 septembre 1997*.

Section 2 - Une liberté encadrée par les obligations propres au pharmacien

Lorsque le pharmacien est désigné par l'organisation professionnelle ou le préfet comme responsable des services de garde et d'urgence pendant une période déterminée, certaines obligations doivent également être respectées outre l'exécution desdits services.

Ces obligations sont aussi bien d'origine légale (§ 2) que déontologique (§ 1).

§ 1 - Obligations déontologiques :

Avant la réforme du Code de déontologie en 1995⁸⁰, différentes obligations pouvaient justifier l'obligation de participation du pharmacien aux services de garde et d'urgence.

Il s'agissait des articles R. 5015-4, R. 5015-5, et R. 5015-6 de l'ancien Code de déontologie.

Or, ces textes ont été en partie repris par le nouveau Code de déontologie⁸¹ qui a instauré des obligations plus précises en la matière.

Cette évolution des textes législatifs et du Code de déontologie témoigne de l'évolution de la profession vers un régime plus concurrentiel.

Quelles sont les obligations déontologiques actuelles en matière de service de garde et d'urgence ?

Nous pouvons en distinguer trois : l'obligation d'information (1), les obligations de loyauté et de solidarité (2), et enfin l'obligation de satisfaire aux exigences légales relatives aux services de garde et d'urgence (3).

⁸⁰ Cf. supra, 1^{ère} Partie, Chapitre 1^{er}, décret n° 95-284 du 14 mars 1995.

⁸¹ Ainsi, s'agissant de l'alinéa premier de l'article R. 5015-4 qui stipulait que "le pharmacien est au service du public" a été repris par le nouveau Code de déontologie, l'article R. 5015-2 du Code de déontologie a conservé un aspect de cette obligation, en exigeant du pharmacien qu'il "contribue à l'information et à l'éducation du public en matière sanitaire et sociale (...)".

L'article R. 5015-5 ancien stipulait que "sauf ordre écrit des autorités qualifiées, le pharmacien ne peut quitter son poste si l'intérêt du public exige qu'il reste. Le pharmacien détaillant ne peut fermer son officine qu'après s'être assuré que les malades pourront recevoir chez un autre pharmacien suffisamment proche les secours dont ils auraient besoin". Au-delà des difficultés d'interprétation que peuvent soulever ce texte, la première phrase institue une obligation de participation, et la seconde une obligation d'information, qui ont été reprises toutes les deux par, les articles L. 5125-22 et R. 5015-49 du Code de la santé publique, s'agissant de l'obligation de participation, et par l'article R. 5015-49 dudit Code, s'agissant de l'obligation d'information.

Enfin, concernant l'article R. 5015-6, qui prévoyait que les pharmaciens devaient être tenus "de prêter leur concours aux services de médecine sociale et de collaborer à l'œuvre des pouvoirs publics tendant à la protection et à la préservation de la santé publique", celui-ci a juste subi quelques modifications avant d'être repris dans l'article R. 5015-8 du nouveau Code de déontologie, qui stipule que "les pharmaciens sont tenus de prêter leur concours aux actions entreprises par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé".

1) Obligation d'information :

Le pharmacien est débiteur d'une obligation d'information à l'égard du public (1.1), des collectivités locales (1.2), et des pharmacies concurrentes (1.3).

1.1 L'information du public :

L'article R. 5015-49 du Code de Déontologie rappelle l'obligation pour les pharmaciens de participer à ces services, et dispose en ses 2^e et 3^e alinéas que :

« Le pharmacien d'officine porte à la connaissance du public soit les noms et adresses de ses proches confrères en mesure de procurer aux malades les médicaments et secours dont ils pourraient avoir besoin, soit ceux des autorités publiques habilitées à communiquer ces renseignements ».

Cette obligation particulière qui vient encadrer la concurrence entre pharmaciens rappelle ainsi la mission de santé publique de la profession. En effet, il est de l'intérêt du public de pouvoir localiser la pharmacie de garde, et il appartient à l'ensemble des pharmaciens de participer à cette information.

Notons qu'il s'agit d'une obligation bien souvent violée par les pharmaciens soumis à une concurrence importante. Au surplus, les sanctions encourues sont de faible importance.

Pour illustration, le Conseil de l'Ordre a prononcé la sanction de réprimande à l'encontre du pharmacien qui, au lieu d'afficher la pharmacie de garde, avait annoncé l'ouverture le dimanche d'une autre pharmacie⁸². Ainsi, malgré le fait que le public soit informé d'une source d'approvisionnement, le juge ordinal considère que l'information non conforme à l'organisation des services engage la responsabilité disciplinaire du pharmacien.

1.2 L'information des collectivités locales :

Dans tous les cas, les collectivités locales sont informées des services de garde et d'urgence mis en place. En effet, l'article L. 5125-22 alinéa 5 du Code de la santé publique exige qu'une telle information soit réalisée, en disposant que *« dans tous les cas, les collectivités locales sont informées des services de garde et d'urgence mis en place »*.

Le Code de la santé publique ne précise pas quel doit être l'auteur de cette information. Il nous semble que cette dernière incombe aux organisations représentatives de la profession ou au préfet compte tenu de leur rôle dans la mise en place des services de garde et d'urgence.

⁸² Cf. CNOP, 8 avril 1987, R.D.S.S., 1988, p. 39.

Nous pouvons cependant nous interroger sur le point de savoir si le pharmacien, qui n'est pas en charge du service de garde ou d'urgence, doit informer ou non les collectivités locales de son ouverture.

1.3 L'information des pharmacies concurrentes :

Les articles R. 5015-60 et R. 5015-61 anciens du Code de déontologie faisaient obligation au pharmacien de prévenir ses confrères en concurrence directe de ses intentions d'ouvrir pendant le service de garde.

Cette obligation d'information n'a pas été reprise dans le nouveau Code de déontologie.

Il est vrai que celle-ci ne devrait pas présenter beaucoup d'intérêt puisqu'en principe, l'ensemble des pharmaciens participe à l'organisation et à la réalisation des différents services de garde et d'urgence.

On peut cependant regretter qu'une telle obligation n'ait pas été reprise par le nouveau Code de déontologie puisque, d'une part le pharmacien se doit d'observer une certaine confraternité dans les rapports avec les membres de sa profession⁸³, et d'autre part la loi lui offre la faculté d'ouvrir son officine à condition qu'il la maintienne ouverte pendant toute la durée du service considéré.

Bien que la suppression de cette obligation apparaisse comme un constat de l'évolution de la profession vers un régime plus concurrentiel, il n'en demeure pas moins que celle-ci aurait peut être dû être rappelée par le Code de déontologie, puisqu'elle semble devoir être toujours respectée. En effet, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a rappelé qu'il appartenait au pharmacien qui n'était pas de garde d'avertir ses confrères de cette ouverture⁸⁴.

2) Obligation de loyauté et de solidarité :

Selon l'article R. 5015-34 du Code de la santé publique, « *tous les pharmaciens inscrits à l'ordre se doivent mutuellement aide et assistance pour l'accomplissement de leurs devoirs professionnels. En toutes circonstances, ils doivent faire preuve de loyauté et de solidarité les uns envers les autres* ».

Le respect de cette obligation traduit ainsi l'existence d'un véritable devoir de confraternité entre pharmaciens⁸⁵. Deux conséquences découlent de cet article.

⁸³ Ainsi que l'a noté le Professeur G. VIALA, il est peu vraisemblable que la disparition de l'article R. 5015-61 laisse un vide au plan déontologique, si l'on considère l'interprétation extensive dont les termes, tels que « loyauté » ou « solidarité » peuvent être l'objet, J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ Cf. décisions du CNOP, 8 juin 1995, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, n° 349, p. 443-444.

⁸⁵ Cf. Chapitre IV du Code de déontologie ; voir également J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n°18, G. VIALA, *op. cit.*, p. 19.

- Le Conseil d'Etat dans une décision "THOMAS" en date du 11 janvier 1980⁸⁶ a considéré que dès lors que le pharmacien adhère individuellement à un accord, il était déontologiquement tenu de le respecter :

"...Monsieur THOMAS, qui était tenu de respecter l'engagement auquel il était partie a, en ayant maintenu sa pharmacie ouverte après l'heure de fermeture prévue par le contrat, été regardé à bon droit comme ayant manqué aux devoirs de loyauté et de solidarité prescrits par l'article R. 505-60 du Code de la santé publique ; qu'il n'est dès lors, pas fondé à demander l'annulation de la décision attaquée".

De cet article a été dégagé le principe selon lequel le consentement individuel engage la responsabilité de son auteur, en l'occurrence la responsabilité ordinale du pharmacien récalcitrant.

La faute disciplinaire est donc constituée par le comportement indigne du pharmacien qui ne respecte pas sa parole, et nie ainsi le fait d'avoir consenti à l'organisation des services de garde et d'urgence. Il appartient cependant au syndicat de rapporter la preuve du consentement du pharmacien récalcitrant⁸⁷.

- Bien que le Conseil de la concurrence ait précisé que les obligations de loyauté et de solidarité, corollaires de la confraternité, ne pouvaient justifier l'obligation pour un pharmacien d'adopter les jours et heures de fermeture identiques à ceux convenus par ses confrères⁸⁸, il n'en demeure pas moins que viole ces obligations le pharmacien qui ouvre son officine pendant le service de garde ou d'urgence alors qu'il n'est pas lui-même de service, et ne la maintient pas ouverte pendant toute la durée dudit service.

Ajoutons que l'article R. 5015-21 du Code de déontologie stipule que tout pharmacien doit « s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale ». Or, ainsi que nous l'avons précisé précédemment⁸⁹, un tel comportement est constitutif d'un acte de concurrence déloyale.

Ainsi, le Conseil national de l'Ordre ne manque pas de sanctionner le pharmacien récalcitrant tant sur le fondement de l'article R. 5015-34 que sur celui de l'article R. 5015-21 du Code de déontologie⁹⁰.

3) Obligation de satisfaire aux obligations légales :

L'article R. 5015-49 du Code de déontologie rappelle au pharmacien qu'il est tenu de participer aux services de garde et d'urgence, et de satisfaire aux obligations imposées par ce service. Cet article renvoie donc expressément à l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique. Quelles sont donc les obligations édictées par le législateur ?

⁸⁶ Cf. Conseil d'Etat, 11 janvier 1980, "THOMAS", Doc. Pharm., CE. n° 831 ; R.D.S.S., 1980, p. 219, obs. J.M. AUBY.

⁸⁷ Cf. supra.

⁸⁸ Cf. Cons. conc., Déc. n° 90-D-08, précité.

⁸⁹ Cf. supra.

⁹⁰ A titre d'exemple, un pharmacien a été sanctionné par le Conseil national, à un blâme avec inscription au dossier, pour avoir ouvert pendant une partie du service de garde, cf. CNOP, 19 juin 1997, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1997, n° 357, p. 419.

§ 2 - Les obligations légales :

Bien que le pharmacien ait à sa charge une obligation de participer au service de garde et d'urgence (1.1), il arrive souvent qu'il ne soit pas désigné pour celui-ci. Toutefois, l'article L. 5125-22 précité met également à la charge du pharmacien non désigné une véritable obligation d'ouverture de son officine pendant la durée dudit service (1.2).

1) L'obligation de participation :

L'obligation de participation instituée par le législateur a été quelque peu tempérée par le Conseil d'Etat.

En effet, bien que l'obligation particulière de participation soit rappelée tant par la loi que par le Code de déontologie (1.1), celle-ci soulève certaines difficultés d'application lorsque l'officine est située dans un centre commercial (1.3) ou lorsque le service est assuré à « volets fermés » (1.2).

1.1 Le principe de l'obligation :

Selon l'article L. 5125-22, *"toutes les officines de la zone, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 5125-19, sont tenues de participer à ces services (...)"*.

Le législateur rappelle ici la mission de santé publique dévolue au pharmacien d'officine, s'agissant de la distribution des produits de santé.

En effet, le monopole pharmaceutique implique un devoir de présence⁹¹.

Ajoutons cependant que ce principe souffre quelques aménagements, à savoir :

- d'une part, aucune disposition législative ou réglementaire n'astreint le pharmacien « *a se tenir de façon ininterrompue à son officine durant le service de garde qu'il assurait à la date sus indiquée, dès lors qu'il avait organisé la possibilité d'être joint, et ce à tout moment par téléphone, et de répondre dans un délai convenable à la demande d'un éventuel patient* » ;
Telle a été la position du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens dans une récente décision⁹² ;
- d'autre part, ne sont cependant pas débitrices de cette obligation les pharmacies mutualistes visées par l'article L. 5215-19 du Code de la santé publique⁹³ ;

⁹¹ Cf. R. PORTEFAIX, *"Fermeture des officines, service de garde et pouvoir disciplinaire"*, *L'évolution pharmaceutique*, précité, p. 211.

⁹² Cf. CNOP, 15 décembre 1998, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1999, n° 363, p. 181-182.

⁹³ Cf. *infra*, 3^{ème} Partie, à propos des ententes illicites pouvant être conclues entre pharmaciens d'officine libérale et les pharmacies mutualistes.

- enfin, cette obligation disparaît lorsque le préfet considère que la participation de l'ensemble des pharmaciens aux services de garde et d'urgence est rendue impraticable, voir non nécessaire, compte tenu des circonstances et particularités locales, ou encore sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail.

En effet, dans une telle situation, le préfet prend un arrêté organisant lesdits services.

1.2 Le service à volets fermés :

(1) Une difficulté s'est posée pour déterminer si les heures du service de garde ou d'urgence pouvaient être effectuées à « volets fermés », l'officine étant fermée mais le pharmacien restant à proximité de celle-ci pour assurer la dispensation, ou à « volets ouverts », l'officine restant ouverte au public.

Le principe est le suivant : les pharmaciens peuvent effectuer le service de garde ou d'urgence à volets fermés. En effet, aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit l'ouverture au public de l'officine à « volets fermés ».

Ce principe a été rappelé par le Conseil d'Etat par un arrêt en date du 15 novembre 2000. Dans cette affaire, un pharmacien reprochait à deux de ses confrères d'assurer une permanence de nuit à « volets fermés », alors qu'ils n'étaient pas de service de garde et d'urgence. Le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi, et considéré « *qu'en se fondant sur ce qu'une pharmacie qui ouvre pendant un service de garde ou d'urgence n'a pas l'obligation de maintenir ses volets ouverts pendant la nuit, et en relevant les conditions auxquelles une officine peut rester ouverte pendant la nuit alors même qu'elle n'assure pas de service de garde ou d'urgence, (...) le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens n'a pas commis d'erreur de droit* »⁹⁴.

Par conséquent, au vu de cet arrêt, l'obligation de maintenir son officine ouverte ne semble pas interdire au pharmacien d'effectuer son service à « volets fermés ». Bien que cet arrêt ne vise que le service d'urgence, il nous semble que celui-ci doit également s'appliquer au service de garde effectué à « volets fermés », dans la mesure où quel que soit le service considéré, sa finalité est de répondre aux besoins de la santé publique.

(2) Il convient cependant de s'interroger sur les exigences du service à « volets fermés ». Celles-ci se caractérisent par l'obligation pour le pharmacien de pouvoir intervenir suffisamment rapidement, ce qui suppose en pratique l'existence d'un logement situé à proximité de l'officine.

Soulignons que la loi ne permet pas au préfet de déterminer si le service d'urgence doit être effectué à volets ouverts ou à volets fermés⁹⁵.

Ajoutons que la possibilité d'assurer gardes et urgences à « volets fermés » présente pour avantage de limiter les risques d'agression.

⁹⁴ Cf. Conseil d'Etat, 15 novembre 2000, « BAUDIN c/ CYPRIA », req. n° 200054 ; voir également CNOP, 6 juillet 1998, précité.

⁹⁵ Cf. Analyse du rapporteur du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sur la loi PINTE, M. THEVENET, « Service de garde », Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, précité, p 816.

1.3 Difficultés matérielles d'exécution :

Le cas des pharmacies implantées dans des centres commerciaux, gares ou aéroports, a soulevé des difficultés d'interprétation des obligations du pharmacien au regard des services de garde et d'urgence⁹⁶.

Ces pharmacies sont-elles dispensées de l'obligation de participer auxdits services, dans l'hypothèse où elles n'ont pas d'ouverture sur la voie publique et sont contraintes de fermer aux mêmes horaires que le lieu dans lequel elles se situent ?

L'article R. 5015-18 du Code de déontologie résout cette difficulté, en stipulant que :

« Le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, commerciale, technique ou morale, de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de sa profession, notamment à l'occasion de la conclusion de contrats ou avenants à objet professionnel ».

Il appartient donc au pharmacien dans une telle situation de s'assurer qu'aucun obstacle, de quelque nature que ce soit, ne puisse empêcher l'exécution de son obligation de participation aux services de garde et d'urgence⁹⁷.

Face à de telles difficultés, l'administration pourrait refuser une demande de création ou de transfert⁹⁸.

Ajoutons que l'obligation pour le pharmacien de garantir un accès permanent au public est désormais expressément prévue par l'article L. 5125-3 alinéa 2 du Code de la santé publique⁹⁹. Cette obligation peut être cependant quelque peu difficile à mettre en œuvre pour les officines ayant une certaine ancienneté.

2) L'obligation de maintenir son officine ouverte :

Selon le quatrième alinéa de l'article L. 5125-22, un pharmacien qui ouvre son officine pendant le service de garde ou d'urgence alors qu'il n'est pas lui-même de service, doit la tenir ouverte durant tout le service considéré.

⁹⁶ Cette situation est à distinguer de celle des officines pouvant bénéficier d'une dérogation du préfet, lorsqu'il est amené à régler lesdits services sur le fondement de l'article L. 221-17 du Code du travail, et ce compte tenu du lieu dans lequel elles se trouvent, tels que les centres commerciaux, gares ou aéroports.

⁹⁷ En outre, dans l'hypothèse où le pharmacien adhère au règlement intérieur du centre commercial, prévoyant une amende en cas de non-respect des horaires convenus, celui-ci est tenu de verser cette amende dans la mesure où il a consenti audit règlement « en pleine connaissance de ses obligations professionnelles et déontologiques, résultant de dispositions ne revêtant pas le caractère d'ordre public », cf. T. Com. de Beziers, 28 février 1983, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1983, n° 265, p. 488-490, note G. VIALA.

⁹⁸ Cf. J.M. AUBY, « Le problème de la création par voie dérogatoire d'une officine pharmaceutique dans un centre commercial », R.D.S.S., 1982, p. 1-17.

⁹⁹ Cf. Hélène VAN DER BRINK et E. FOUASSIER, « Officine : les conditions minimales d'installation », Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1997, n° 367, p. 277-281.

Cette obligation doit être respectée quel que soit le fondement de l'organisation des services de garde et d'urgence¹⁰⁰. Il s'agit d'une obligation qui malgré son caractère contraignant (2.1), apparaît sous bien des aspects limitée (2.2).

2.1 Une obligation contraignante :

Cette obligation vise à dissuader les pharmacies d'ouvrir uniquement aux heures les plus rentables, privant ainsi la pharmacie de garde ou responsable du service d'urgence d'une part importante de la clientèle¹⁰¹. Notons à cet égard une relative sévérité du juge disciplinaire¹⁰².

Ainsi, sans aller jusqu'à imposer la fermeture des officines qui ne sont pas de service, cette contrainte conduira à l'abandon de certains comportements pour le moins anti-confraternels et motivés par des perspectives financières¹⁰³.

Une telle faculté d'ouverture traduit à nouveau le statut particulier des pharmaciens d'officine, à savoir, une profession à la fois commerciale et d'intérêt public :

- le caractère commercial permettant aux pharmaciens d'officine de se faire concurrence autorise le pharmacien à ouvrir pendant le service de garde ou d'urgence alors qu'il n'est pas lui-même de service ;
- le caractère d'intérêt public, illustrant notamment la mission de santé publique, oblige le pharmacien d'officine à maintenir son officine ouverte pendant toute la durée du service considéré.

Cette faculté d'ouverture a été tardivement reconnue par le législateur. Or, le Conseil d'Etat avait depuis longtemps accepté une telle pratique, estimant que le Conseil de l'Ordre ne saurait ainsi exercer des poursuites disciplinaires à l'encontre d'un pharmacien qui aurait maintenu son officine ouverte pendant la durée de service de nuit alors même qu'un tour de garde avait été institué par ailleurs, une telle ouverture bénéficiant nécessairement au public¹⁰⁴.

Cela étant, l'obligation imposée au pharmacien de maintenir ouverte son officine rencontre certaines limites.

¹⁰⁰ Il ne semble pas en effet que le législateur ait voulu limiter le respect de cette obligation au service organisé par un arrêté préfectoral. Voir cependant, CNOP, 31 janvier 2000, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 2001 n° 367 p 151-152.

¹⁰¹ Cette interprétation est celle retenue par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 98-D-56, précitée, "les sujétions résultant du tableau des gardes et urgences imposée à Mme Salomon Evrard, qui se voyait contrainte d'ouvrir son officine (...) pendant toute la journée du dimanche ainsi que toutes les nuits du dimanche au lundi, avaient pour objet de la décourager de maintenir son officine ouverte le dimanche matin".

¹⁰² Cf. CNOP, 31 janvier 2000, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 2001, n° 367 p 153 (prononçant une sanction d'interdiction d'exercer d'une durée de 5 jours).

¹⁰³ Interprétation également retenue par les Professeurs G. VIALA et D. VION, "La loi du 18 janvier 1994 et la pharmacie", R.D.S.S., 1994 p. 249-250.

¹⁰⁴ Conseil d'Etat, 16 octobre 1964, « Sieur CARO », précité.

2.2 Une obligation limitée :

Plusieurs réserves doivent être faites quant à l'étendue de cette obligation :

- d'une part, tel que précédemment développé¹⁰⁵, le pharmacien qui effectue son service à « volets fermés » satisfait à ses obligations d'ouverture¹⁰⁶,
- d'autre part, les dispositions de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique n'imposent nullement qu'un pharmacien qui assure le service de garde doive également assurer le service d'urgence¹⁰⁷.

Ce principe résulte de la position du Conseil de la concurrence qui, reprenant les dispositions de l'article L. 5125-22 alinéa 4, lesquelles font référence à une obligation d'ouverture pendant "le service considéré", opère une distinction entre le service de garde et le service d'urgence.

Par ailleurs, le pharmacien qui ouvre et ne maintient pas son officine ouverte aux motifs qu'il existe un désaccord sur l'organisation du service non réglé par un arrêté préfectoral, ne peut être sanctionné ni par la juridiction répressive ni par le Conseil de l'Ordre dans la mesure où aucun service de garde ou d'urgence n'est organisé¹⁰⁸.

Le Conseil national de l'Ordre a sanctionné par 8 jours d'interdiction d'exercer, le pharmacien qui n'avait pas maintenu son officine ouverte pendant toute la durée du service d'urgence, alors même qu'il n'était lui-même pas de service¹⁰⁹.

Les sanctions prononcées par l'autorité ordinale étaient moins sévères avant l'instauration de cette obligation de maintenir ouverte son officine. A titre d'exemple, un pharmacien qui avait ouvert pendant une partie du service de garde a été sanctionné par un blâme avec inscription au dossier¹¹⁰.

Le pharmacien d'officine reste par conséquent libre de fixer ses heures d'ouverture en dehors des heures d'urgences ou encore d'ouvrir pendant les jours autres que ceux relatifs au service de garde.

Au vu de l'ensemble des éléments ci-dessus développés, la concurrence entre pharmaciens, au niveau des heures et jours d'ouverture des officines, est encadrée par des obligations restrictives sans pour autant avoir été supprimée par le législateur.

En effet, ce dernier semble avoir accordé à la concurrence un effet bénéfique en terme de desserte pharmaceutique, permettant la multiplication des pharmacies ouvertes pendant les services de garde et d'urgence tout en assurant un service minimum.

¹⁰⁵ Cf. *supra*.

¹⁰⁶ Cf. CNOP, 6 juillet 1998, précité.

¹⁰⁷ Cf. Cons. Conc, déc. n° 98-D-56, précité.

¹⁰⁸ Cf. Cass. crim. 10 avril 1997, précité.

¹⁰⁹ Cf. CNOP, 18 janvier 1999, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1999, n° 363, p. 183.

¹¹⁰ Cf. CNOP, 19 juin 1997, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1997, n° 357, p. 419 ; voir également CNOP, 6 avril 1987, *R.D.S.S.*, 1988, p. 38.

Ce service minimum soulève cependant certaines critiques puisqu'il résulte d'une obligation d'ouverture de son officine qui peut ne pas être justifiée lorsqu'un nombre important de pharmacies non désignées assurent déjà le service en question.

Le préfet doit donc, lorsqu'il est amené à intervenir, désigner dans le tour de garde et d'urgence des officines qui auraient été susceptibles d'assurer le service sur le fondement de l'article L. 5125-22 alinéa 4 du Code de la santé publique, afin d'éviter tout déséquilibre dans la concurrence entre pharmaciens.