

E.R. 1206/09

7ème CHAMBRE (I.C) A

8 AVRIL 2010

AFF : Conseil national de l'Ordre des pharmaciens

C/ SERRAULT Anne épouse CROIZIER
Société PRODUITS TERRE NATURERÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAISExtrait des Minutes du Greffe
de la Cour d'Appel de Lyon**GROSSE****ARRÊT sur RENVOI de CASSATION**

Audience publique de la Septième Chambre de la Cour d'Appel de LYON, jugeant correctionnellement, du jeudi huit avril deux mil dix ;

ENTRE :

Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (C.N.O.P), pris en la personne de son Président en exercice, ayant son siège 4, avenue Ruysdaël 75008 PARIS,

Partie civile, représentée à la Barre de la Cour par Maître O.SAUMON, Avocat au Barreau de PARIS, **INTIMÉE et APPELANTE** ;

ET :

SERRAULT Anne épouse CROIZIER, née le 25 septembre 1972 au MANS 72181, gérante de société, demeurant 8-12, rue de la Galère 72000 LE MANS,

Prévenue libre, représentée à la Barre de la Cour par Maître BEUCHER, Avocat au Barreau d'ANGERS, muni d'un pouvoir écrit de représentation, **APPELANTE et INTIMÉE** ;

La SARL SOCIÉTÉ DES PRODUITS TERRE NATURE, prise en la personne de son représentant légal, ayant son siège 8, rue Gutenberg 49290 CHALONNES SUR LOIRE,

Personne morale prévenue, représentée à la Barre de la Cour par Maître BEUCHER, Avocat au Barreau d'ANGERS, muni d'un pouvoir écrit de représentation, **APPELANTE et INTIMÉE**.

Par arrêt en date du 5 mai 2009, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'Appel d'ANGERS en date du 6 mai 2008, en ses seules dispositions civiles ayant dit non constitué le délit d'exercice illégal de la pharmacie et ayant débouté le conseil national de l'ordre des pharmaciens, toutes autres dispositions étant expressément maintenues, et renvoyé la cause et les parties devant la Cour d'Appel de LYON pour qu'il soit statué, dans les limites de la cassation prononcée, sur les appels d'un jugement du Tribunal de Grande Instance D'ANGERS en date du 25 janvier 2007.

De O. SAUMON Paris

12, rue Astorg 75008

La cause appelée à l'audience publique du 18 février 2010,

Monsieur le Président a fait le rapport,

Maître O.SAUMON, Avocat au Barreau de PARIS, a conclu et plaidé pour la partie civile,

Maître BEUCHER, Avocat au Barreau d'ANGERS, a développé à la Barre ses conclusions déposées pour la défense des prévenues,

Sur quoi la Cour a mis l'affaire en délibéré ; après en avoir avisé les parties présentes, elle a renvoyé le prononcé de son arrêt à l'audience publique de ce jour en laquelle, la cause à nouveau appelée, elle a rendu l'arrêt suivant :

Les 24 septembre et 26 septembre 2003, les agents du service de la répression des fraudes procédaient à un contrôle dans les locaux de fabrication de la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE à La Possonnière (Maine et Loire), entreprise dirigée par Anne SERRAULT épouse CROIZIER.

Ils relevaient dans leur procès-verbal que cette société fabriquait et distribuait des gélules de poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de ginkgo biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis. De plus, des gélules contenaient des spécialités appelées : "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux".

Enfin, les agents du service de la répression des fraudes constataient que la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE commercialisait de la chélidoine, plante vénéneuse susceptible de présenter une hépatotoxicité.

Au terme de l'enquête préliminaire, les prévenues ont été citées par le Ministère Public à comparaître devant le tribunal correctionnel d'ANGERS, sous les préventions :

- **s'agissant de la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE** prise en la personne de son représentant légal, Anne SERRAULT épouse CROIZIER :

- de s'être, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, livrée à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les conditions exigées pour l'exercice de la pharmacie, en l'espèce en fabriquant et en distribuant les produits suivants, répondant à la qualification de médicaments par fonction, en l'espèce :

* des gélules de poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de ginkgo biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis et les produits suivants répondant à la définition de médicaments par présentation, en l'espèce :

* les gélules de "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux".

faits prévus par les articles L.4223-1, L.4211-1, L.4221-1 du Code de la santé publique, et réprimés par les articles L.4223-1, L.4223-3 al.1 du Code de la santé publique ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, étant partie ou non au contrat, trompé ou tenté de trompé ses clients ainsi que les consommateurs finaux, sur les qualités substantielles des produits suivants :

* la poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de ginkgo biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis, en les présentant faussement comme compléments alimentaires alors qu'il s'agit de médicaments par fonction,

faits prévus par les articles L.213-1, L.213-6 al.1 du Code de la consommation, 121-2 du Code Pénal et réprimés par les articles L.213-6 al.2, L.213-1 du Code de la Consommation, 131-38, 131-39 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° du Code Pénal ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, étant partie ou non au contrat, trompé ou tenté de trompé ses clients ainsi que les consommateurs finaux, sur les qualités substantielles de la marchandise, en l'espèce la chélidoine, en la présentant comme un aliment dépourvu de toute toxicité,

faits prévus par les articles L.213-1, L.213-6 al.1 du Code de la consommation, 121-2 du Code Pénal et réprimés par les articles L.213-6 al.2, L.213-1 du Code de la Consommation, 131-38, 131-39 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° du Code Pénal ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exposé, mis en vente ou détenu des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons ou des produits agricoles ou naturels, qu'il savait falsifiés, corrompus ou toxiques, en l'espèce de la chélidoine,

faits prévus par les articles L.213-3 al.1 2°, L.213-6 al.1 du Code de la consommation, 121-2 du Code Pénal et réprimés par les articles L.213-6 al.2, L.213-1 du Code de la Consommation, 131-38, 131-39 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° du Code Pénal ;

- s'agissant d'Anne SERRAULT épouse CROIZIER

- de s'être, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, livrée à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les conditions exigées pour l'exercice de la pharmacie, en l'espèce en fabriquant et en distribuant les produits suivants, répondant à la qualification de médicaments par fonction, en l'espèce :

* des gélules de poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de gingko biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis et les produits suivants répondant à la définition de médicaments par présentation, en l'espèce :

* les gélules de "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux".

faits prévus par les articles L.4223-1, L.4211-1, L.4221-1 du Code de la santé publique, et réprimés par les articles L.4223-1, L.4223-3 al.1 du Code de la santé publique ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 1er septembre 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, commercialisé ou distribué, à titre gratuit ou onéreux, en gros ou au détail, une spécialité pharmaceutique ou tout autre médicament fabriqué industriellement, sans autorisation de mise sur le marché, en l'espèce pour avoir commercialisé et distribué les médicaments suivants sans AMM, en l'espèce des gélules de poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de gingko biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis et des gélules de "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux",

faits prévus par les articles L.5421-2, L.5121-8, L.5111-1, L.5111-2, L.5121-1 8°, 9°, 10° du Code de la Santé Publique et réprimés par les articles L.5421-2, L.5421-7 al.2 du Code de la Santé Publique ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 1er septembre 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, ouvert ou fait fonctionner un établissement mentionné à l'article L.5124-3, en l'espèce un établissement pharmaceutique, sans l'autorisation administrative mentionnée à l'article L.5124-3 du Code de la Santé Publique, en l'espèce les autorisations délivrées par l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé, pour l'activité de fabrication et de distribution en gros de médicaments,

faits prévus par les articles L.5423-3, L.5124-3, L.5124-1 du Code de la Santé Publique, et réprimés par les articles L.5423-3, L.5423-7 al.2 du Code de la Santé Publique ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, étant partie ou non au contrat, trompé ou tenté de trompé ses clients ainsi que les consommateurs finaux, sur les qualités substantielles des produits suivant : poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de gingko biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis, en les présentant faussement comme compléments alimentaires alors qu'il s'agit de médicaments par fonction,

faits prévus par l'article L.213-1 du Code de la consommation, et réprimés par les articles L.213-1, L.216-2, L.216-3 du Code de la consommation ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, étant partie ou non au contrat, trompé ou tenté de trompé ses clients ainsi que les consommateurs finaux, sur les qualités substantielles de la marchandise, en l'espèce la chélidoine, en la présentant comme un aliment dépourvu de toute toxicité,

faits prévus par l'article L.213-1 du Code de la consommation, et réprimés par les articles L.213-1, L.216-2, L.216-3 du Code de la consommation ;

- d'avoir, à CHALONNES SUR LOIRE, entre le 13 mars 2003 et le 31 mai 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exposé, mis en vente ou détenu des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons ou des produits agricoles ou naturels, qu'il savait falsifiés, corrompus ou toxiques, en l'espèce de la chélidoine,

faits prévus par l'article L.213-3 al.1 2° du Code de la consommation, et réprimés par les articles L.213-3, L.213-1, L.216-2, L.216-3 du Code de la Consommation ;

Par jugement contradictoire du 25 janvier 2007, le tribunal correctionnel d'ANGERS :

SUR L'ACTION PUBLIQUE

- a relaxé la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE des fins des poursuites dont elle fait l'objet, des chefs de tromperie, par personne morale, sur la nature, la qualité, l'origine ou la quantité d'une marchandise (sur la chélidoine) et d'exposition ou vente, par personne morale, de denrée alimentaire, boisson ou produit agricole falsifié, corrompu ou toxique,

- l'a déclarée coupable d'exercice illégal de la pharmacie et de tromperie, par personne morale, sur la nature, la qualité l'origine ou la quantité d'une marchandise (poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de gingko biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis),

- l'a condamnée à une amende délictuelle de 4.000 euros,

- a relaxé Anne SERRAULT épouse CROIZIER des fins des poursuites dont elle fait l'objet des chefs de tromperie, sur la nature, la qualité, l'origine ou la quantité d'une marchandise (sur la chélidoine) et d'exposition ou vente, par personne morale, de denrée alimentaire, boisson ou produit agricole falsifié, corrompu ou toxique,

- l'a déclarée coupable d'exercice illégal de la pharmacie, de commercialisation ou distribution sans autorisation de mise sur le marché de médicament, spécialité pharmaceutique, générateur, trousse ou précurseur, d'ouverture d'un établissement pharmaceutique sans autorisation et de tromperie, sur la nature, la qualité l'origine ou la quantité d'une marchandise (poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de ginkgo biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis),

- l'a condamnée à une amende délictuelle de 2.000 euros,

- a ordonné la publication du jugement, par extraits, dans "Le Courrier de l'Ouest" et "Ouest France", sans que le coût de chaque insertion ne dépasse la somme de 500 euros par publication,

- a ordonné la confiscation des scellés saisis et déposés au Greffe sous le numéro 25/2006 ;

SUR L'ACTION CIVILE

- a reçu le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens en sa constitution de partie civile,

- a condamné solidairement la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE et Anne SERRAULT épouse CROIZIER à lui payer :

* un euro à titre de dommages-intérêts,

* 1.200 euros en application de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale,

- a prononcé à l'encontre de la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE et d'Anne SERRAULT épouse CROIZIER, l'interdiction de la détention et de la commercialisation des produits incriminés, sous astreinte de 150 euros par produit (gélules de poudre de ballote, de boldo, de bourdaine, de ginkgo biloba, de gui, d'harpagophytum, de marron d'Inde, de millepertuis, gélules de spécialités appelées "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux") et par infraction constatée par huissier, avec exécution provisoire.

Des appels ont été interjetés successivement :

- le 1er février 2007, par les deux prévenues à l'encontre des dispositions pénales et civiles concernant l'exercice illégal de la profession de pharmacien et la commercialisation ou distribution sans autorisation,

- le 1er février 2007, par le Ministère Public à l'encontre des dispositions pénales concernant les deux prévenues,

- le 8 février 2007, par la Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sur les dispositions civiles du jugement.

Par arrêt contradictoire du 6 mai 2008, la Cour d'appel d'ANGERS a réformé le jugement déféré, infirmé les déclarations de culpabilité, confirmé les relaxes intervenues, et débouté la partie civile de ses demandes.

Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel d'ANGERS et, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 5 mai 2009 :

- a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel d'ANGERS en ses seules dispositions civiles ayant dit non constitué le délit d'exercice illégal de la pharmacie et ayant débouté le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, toutes autres dispositions étant expressément maintenues,

- et pour qu'il soit à nouveau jugé, sur les seuls intérêts civils, dans la limite de la cassation intervenue, renvoyé la cause et les parties devant la Cour d'appel de LYON.

La Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel d'ANGERS s'était déterminée, d'une part, sans rechercher si certains des produits litigieux n'étaient pas présentés comme ayant des vertus curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines, d'autre part, par des motifs qui n'établissent pas en quoi ces produits, compte tenu de leur composition, et dans des conditions normales d'emploi, n'étaient pas capables de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques de manière significative en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, et enfin, sans répondre aux conclusions de la partie civile qui faisaient valoir que ces produits étaient composés notamment de plantes médicinales inscrites à la pharmacopée et relevant comme telles, sous réserve des dispositions de l'article D. 4211-12 du Code de la santé publique, du monopole des pharmaciens.

MOTIFS DE LA DÉCISION

En la forme

Attendu que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, Anne SERRAULT et la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE étaient représentés à l'audience de la Cour par leur conseil respectif ; qu'il sera, dès lors, statué par arrêt contradictoire à l'égard de toutes les parties ;

Sur les demandes des parties

Attendu que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a déposé des conclusions pour demander à la Cour :

- de dire n'y avoir lieu à poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes,

- de condamner solidairement la société PRODUITS TERRE NATURE et Anne SERRAULT à payer au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens la somme de 30.000 euros à titre de dommages-intérêts,

- de prononcer, à l'encontre de la société PRODUITS TERRE NATURE et Anne SERRAULT, l'interdiction de commercialiser et de détenir les médicaments, objet de la prévention, sous astreinte de 150 euros par produit et par infraction constatée à compter de l'arrêt à intervenir, sur le fondement de l'article 10 alinéa 2 de la loi n° 77-771 du 12 juillet 1977,

- d'ordonner la destruction, aux frais solidaires de la société PRODUITS TERRE NATURE et d'Anne SERRAULT des médicaments, objet de la prévention, sous astreinte de 150 euros par produit et par infraction constatée à compter de l'arrêt à intervenir, sur le fondement de l'article 10 alinéa 2 de la loi n° 77-771 du 12 juillet 1977,

- d'ordonner, aux frais solidaires de la société PRODUITS TERRE NATURE et d'Anne SERRAULT, la publication du dispositif de l'arrêt à intervenir dans "Le Quotidien du pharmacien", dans "UFC Que choisir" et dans un quotidien à large diffusion comme "Aujourd'hui en France" ou tout autre périodique, dans la limite d'un montant de 6.000 euros HT par publication, sur le fondement de l'article 10 alinéa 2 de la loi n° 77-771 du 12 juillet 1977,

- de condamner solidairement la société PRODUITS TERRE NATURE et d'Anne SERRAULT à payer au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens une somme de 15.000 euros en application de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale.

Attendu que l'avocat d'Anne SERRAULT et de la société PRODUITS TERRE NATURE, aux termes de ses conclusions, demande à la Cour :

- de réformer le jugement entrepris,
- de débouter le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ses demandes et de le condamner au paiement d'une somme de 5.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 472 du Code de procédure pénale ;

* * * * *

Sur la question préjudicielle

Attendu que la défense d'Anne SERRAULT et de la société PRODUITS TERRE NATURE, demande, dans ses conclusions, que la Cour interroge la Cour de justice des communautés européennes pour savoir :

- si un produit autorisé comme complément alimentaire peut recevoir la qualification de médicament par fonction, telle que prévue par la directive 2001/83/CE,

- s'il est possible, dans un Etat membre, de retenir la qualification de médicaments par fonction pour des produits importés qui ont reçu, dans l'Etat d'origine, la qualification de complément alimentaire, et qui ont reçu la même qualification par les autorités administratives compétentes dans l'Etat d'importation ;

Attendu, s'agissant de la première question, que la Cour de justice des communautés européennes a déjà souligné qu'à défaut d'harmonisation en la matière et en raison de la subsistance d'incertitudes scientifiques, un produit peut valablement être qualifié de complément alimentaire dans un Etat et de médicament dans un autre (CJCE 15 novembre 2007) ;

Attendu, s'agissant de la seconde question, qu'il convient de rappeler :

- que la qualification donnée par l'Etat membre d'origine, de complément alimentaire, ne saurait lier les autorités administratives compétentes dans l'Etat d'importation,

- que la qualification donnée par l'autorité administrative compétente dans l'Etat d'importation ne saurait lier le juge, et un produit qualifié de complément alimentaire par une autorité administrative peut valablement être qualifié de médicament par fonction par le juge, si les conditions légales d'une telle qualification sont réunies ;

Attendu, en conséquence, qu'il n'y a pas lieu à interroger la Cour de justice des communautés européennes ;

Sur le fond

Attendu que préalablement à l'examen des faits reprochés aux deux prévenus, il convient de rappeler les textes qui régissent la notion de médicament dont la commercialisation est réservée aux seuls pharmaciens ;

Attendu que le monopole légal des pharmaciens, dont le fondement est la préservation de la santé publique, est consacré par l'article L.4211-1 du Code de la santé publique, au terme duquel :

" Sont réservés aux pharmaciens (...)
 1°) La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ;
 4°) La vente en gros, la vente au détail et la dispensation au public des médicaments ;
 5°) La vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée sous réserve des dérogations établies par décret" ;

Attendu que le médicament est défini par l'article L.5111-1 du Code de la santé publique qui dispose :

" On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales (première définition), ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'obtenir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique (deuxième définition)"

Attendu qu'il ressort de cette double définition, elle même en conformité avec le droit communautaire (directive 2004/27/CE du 31 mars 2004), qu'un produit peut être qualifié de médicament en considération de la présentation qui en est faite et/ou sur la base de la fonction qui peut lui être attribuée ;

Attendu que la présentation consiste à inciter un consommateur moyennement avisé à acheter un produit auquel le fabricant va donner l'apparence d'un médicament ayant la propriété de prévenir ou de guérir les maladies, peu importe, au demeurant, que cette propriété soit réelle ou illusoire et que la présentation des propriétés préventives ou curatives soit affirmée ou suggérée (présentation explicite ou présentation implicite) ;

Attendu ainsi que sera considéré comme médicament un produit explicitement présenté comme tel, dès lors que sont visés, même sous une forme déguisée, des états pathologiques ; que, de même, un produit sera implicitement présenté comme un médicament dès lors qu'un faisceau d'indices concordants permet de retenir que la présentation qui en est faite conforte les consommateurs dans l'idée qu'ils acquièrent un médicament (forme galénique, mode d'emploi assimilable à une posologie, utilisation d'une terminologie scientifique...) ;

Attendu que le médicament par fonction est défini par la deuxième partie du premier alinéa de l'article L.5111-1 du Code de la santé publique comme "toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique" ; que la définition du médicament par fonction implique donc un produit dont le but est soit de provoquer une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, afin de modifier des fonctions physiologiques, soit d'établir un diagnostic médical ;

Attendu qu'il convient, pour déterminer si un produit est susceptible d'avoir de telles propriétés, de se prononcer au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du produit, dont notamment sa composition, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ses modalités d'emploi, l'ampleur de sa diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner son utilisation ;

Attendu en outre, que l'article L.5111-1 *in fine* du Code de la santé publique précise : "lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament prévue au premier alinéa et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament" ;

Attendu que s'agissant des plantes médicinales, la vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée est réservée aux seuls pharmaciens en vertu de l'article L.4211-1 5° du Code de la santé publique ; qu'à titre dérogatoire, seuls sont en vente libre les plantes listées à l'article D 4211-11 du Code de la santé publique sous certaines formes uniquement, s'agissant bien souvent de vente en l'état ; que le terme "vendues en l'état" signifie qu'elles ne doivent pas être mélangées entre elles ou à d'autres espèces, par d'autres personnes que des pharmaciens et des herboristes ; qu'en particulier, ces plantes médicinales ne doivent pas être présentées sous forme de gélules et de gouttes, qui sont des préparations et des compositions constituant des médicaments ; que si les plantes ont subi des transformations pour être incorporées dans des produits, ces derniers doivent alors être qualifiés de médicaments ;

Attendu, en outre, que l'action thérapeutique des plantes médicinales, qui modifie les fonctions physiologiques, donne au produit qui le contient la qualification légale de médicament par fonction au sens du deuxième alinéa de l'article L.5111-1 du Code de la santé publique ;

Attendu que, parallèlement, certains produits sont susceptibles de bénéficier de la qualification de compléments alimentaires et, si tel est le cas, ceux ci échappent au monopole des pharmaciens ; qu'il convient donc de déterminer, avec le plus de précaution possible, ce qui constitue un complément alimentaire et ce qui s'analyse comme un médicament ;

Attendu, à cet égard, qu'avant l'entrée en vigueur de la directive complément alimentaire 2002/46/CE du 10 juin 2002, les compléments alimentaires étaient définis comme "des produits destinés à être ingérés en complément de l'alimentation courante, afin de pallier l'insuffisance réelle ou supposée des apports journaliers" aux termes de l'article 15-2 2ème alinéa du décret du 15 avril 1912 modifié par l'article 1er du décret du 14 octobre 1997 ;

Attendu que la directive communautaire 2002/46/CE transposée en droit français aux termes d'un décret n° 2006-352 du 20 mars 2006, définit les compléments alimentaires comme "les denrées alimentaires dont le but est de compléter le régime normal et qui constituent une source concentrée de nutriments ou d'autres substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique, seuls ou combinés" ;

Attendu que la directive communautaire exclut que les compléments alimentaires puissent être accompagnés d'allégations thérapeutiques puisque, selon son article 6.2 "l'étiquetage des compléments alimentaires, leur présentation et la publicité qui en est faite n'attribuent pas à ces produits des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ni n'évoquent ces propriétés" ;

Attendu, en tout état de cause, que s'il existe un doute sur la qualification de complément alimentaire, ce conflit de qualification doit être résolu au profit de la qualification de médicament, en application de la règle posée à l'article L.5111-1 *in fine* du Code de la santé publique (cf.*supra*) ;

* * * * *

Attendu que pour s'opposer aux demandes du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, les prévenues font état de ce que les produits qu'elles commercialisent auraient été déclarés auprès de la DGCCRF et que l'administration les aurait autorisés en tant que compléments alimentaires ;

Attendu, en réalité, et en premier lieu, que les autorisations de la DGCCRF obtenues pour la mise sur le marché de certains des produits en cause en tant que compléments alimentaires sont postérieures de plusieurs années aux faits de la prévention ; que force est de constater que ces autorisations étant postérieures à la période de prévention, laquelle couvre les années 2003 à 2005, les prévenues ne sauraient se prévaloir d'une quelconque autorisation ;

Attendu, en deuxième lieu et surtout, qu'une autorité administrative ne peut permettre ce que la loi, norme supérieure, interdit ; qu'en conséquence, une autorisation administrative de la DGCCRF n'est pas de nature à exclure la qualification de médicament si les conditions légales d'une telle qualification sont réunies ;

Attendu, par ailleurs, que les prévenues ont fait valoir que la législation belge admettrait la commercialisation des produits vendus par la société PRODUITS TERRE NATURE et qu'en conséquence, le principe de libre circulation et le principe de reconnaissance mutuelle des normes devaient conduire à ce que ces produits soient également autorisés à être librement vendus en France ;

Attendu, cependant, que l'article 30 du traité de Rome du 25 mars 1957 autorise des restrictions à la libre circulation édictée par l'article 28 du traité, lorsque les dites restrictions sont justifiées par la protection de la santé et de la vie des personnes ;

Attendu, dès lors, que les Etats membres peuvent soumettre les personnes chargées de la distribution des médicaments à des exigences strictes, s'agissant notamment des modalités de commercialisation de ceux-ci ; que lorsque des produits sont susceptibles de créer un danger pour la santé, ce sont aux Etats membres à décider quels sont ceux qui doivent relever du monopole pharmaceutique, et ce dans le souci d'assurer la protection de la santé des consommateurs ;

Attendu que la loi française instituant un monopole pharmaceutique est tout à fait compatible avec la réglementation européenne et s'applique indistinctement aux produits importés des Etats membres de la CEE comme aux produits nationaux ; que la circonstance qu'un produit est qualifié d'alimentaire dans un Etat membre ne saurait interdire de lui reconnaître, dans l'Etat membre d'importation, la qualité de médicament, dès lors qu'il en présente les caractéristiques ;

Attendu, en définitive, que la réglementation applicable en Belgique est sans influence sur la solution du litige soumis à la cour ;

* * * * *

Attendu que la société PRODUITS TERRE NATURE a proposé à la vente des produits qui s'analysent indiscutablement en des médicaments de présentation, cette apparence résultant tant de leur aspect extérieur sous forme de gélule, que de leur appellation qui tend à faire naître une certitude de ses vertus thérapeutiques ;

Attendu qu'ainsi, c'est à juste titre, que le tribunal correctionnel d'ANGERS a pu considérer que les spécialités dénommées "depur.sang", "laxanat", "circul.vein" et "hypertenflux" devaient être considérées comme des médicaments par présentation, le qualificatif "depur.sang" évoquant, sans ambiguïté, une épuration sanguine, une élimination des toxines ; celui de "laxanat" faisant directement référence à des effets laxatifs ; celui de "circul.vein" présentant le produit comme améliorant la circulation veineuse ; celui de "hypertenflux" évoquant directement la lutte contre l'hypertension ;

Attendu que, s'agissant des autres produits mis en vente et qualifiés dans la citation de médicaments par fonction, il convient de déterminer si, pour chacun d'eux, ils réunissent les critères rappelés dans l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2009 ;

A / Sur la gélule à base d'harpagophytum

Attendu que la racine d'harpagophytum est une plante médicinale, inscrite à la pharmacopée française et non libéralisée aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique ; que cette racine, en renfermant des principes actifs, notamment

des iridoïdes, possède des propriétés anti-inflammatoires et antalgiques, d'où son utilisation en cas de douleurs articulaires ou musculaires, d'arthrite, d'arthrose et de rhumatismes chroniques :

Attendu que, selon l'AFSSAPS, l'harpagophytum a pour indications thérapeutiques "*les manifestations articulaires douloureuses, tendinites et foulures*", alors que l'Agence européenne du médicament mentionne que l'harpagophytum fait partie des produits pouvant relever du statut de médicament traditionnel à base de plantes ;

Attendu qu'ainsi les consommateurs se tournent vers ce produit pour prévenir ou guérir des états pathologiques, tels que les douleurs articulaires et les rhumatismes, reconnus comme des maladies au sens de la classification internationale des maladies ;

Attendu, en outre, que les médicaments, identiques aux gélules litigieuses à base d'harpagophytum, sont mis sur le marché et sont autorisés en tant que tels : Harpadol Arkogélules, commercialisés par le Laboratoire pharmaceutique Arkopharma ou des produits Harpagophytum Boiron, commercialisés par les Laboratoires pharmaceutiques Boiron ; que deux produits similaires, également présents sur le marché, ne peuvent recevoir deux qualifications juridiques différentes, cette divergence de qualification devant se régler, conformément aux termes de l'article L. 5111-1 *in fine* du Code de la santé publique, en faveur de la qualification de médicament, plus protectrice du consommateur ;

Attendu, enfin, que des effets toxiques ont été rapportés à fortes doses, ces produits étant ulcérogènes d'une part, et susceptibles d'engendrer des interactions médicamenteuses avec les anticoagulants, d'autre part ;

Attendu que c'est ce qui explique qu'aux termes d'une décision rendue le 4 mars 2003, le Directeur de l'AFSSAPS a suspendu l'utilisation, au sens large, de produits qualifiés de médicaments par fonction commercialisés par la société EQUILIBRE ATTITUDE, notamment le produit dénommé CHONDROSTEO à base d'harpagophytum, du fait du risque que représente leur usage pour la santé publique, en dehors de toute autorisation de mise sur le marché ;

Attendu qu'il s'agit indiscutablement d'un médicament par fonction ;

B / Sur la gélule à base de millepertuis

Attendu que le millepertuis est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée, aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique ;

Attendu que ce produit, composé de substances susceptibles d'entraîner une action antidépressive due à la présence de flavonoïdes, entre dans la composition des médicaments de phytothérapie autorisés par l'AFSSAPS, destinés à lutter contre les états de lassitude accompagnés de perte d'élan vital et de troubles du sommeil ;

Attendu que le millepertuis est utilisé dans plusieurs spécialités pharmaceutiques, telles que Arkogélules Millepertuis, Elusanes Millepertuis, Mildac, Procalmil et Prosoft ;

Attendu, enfin, que le millepertuis n'est pas sans risque pour la santé publique, à telle enseigne qu'un communiqué de presse de l'AFSSAPS du 1er mars 2000, affirme qu'il "paraît raisonnable de ne pas associer de millepertuis à tout autre traitement médicamenteux, étant donné le risque d'interaction médicamenteuse pouvant se traduire par une baisse d'efficacité des médicaments associés", ce communiqué ajoutant que "les patients recevant un traitement médicamenteux et prenant du millepertuis ne doivent pas interrompre brutalement la prise de millepertuis sans avis médical" ;

Attendu que le 2 avril 2001, l'Agence française de sécurité sanitaire alimentaire (AFSSA) a formulé un avis défavorable à l'utilisation du millepertuis ou de ses extraits dans les compléments alimentaires et a estimé que les produits contenant cette plante devaient être strictement considérés comme des médicaments au vu des risques liés à leur utilisation ;

Attendu qu'il s'agit donc d'un médicament par fonction ;

C / Sur le produit à base de ginkgo biloba

Attendu que le ginkgo biloba est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée, aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique ;

Attendu qu'en effet, certains constituants de la feuille de ginkgo biloba possèdent des propriétés vaso-régulatrices sur l'ensemble de l'arbre vasculaire, exerçant notamment "une activité vasodilatatrice sur les artérioles et vasoconstrictrice sur les veines" ; que des essais cliniques ont mis en évidence l'efficacité du ginkgo biloba dans l'insuffisance cérébrale chez les personnes âgées (troubles de la mémoire, confusion...)

Attendu, dès lors, que ce produit, qui se présente sous forme de gélules, est destiné à prévenir ou guérir des états pathologiques, tels que notamment les troubles circulatoires, reconnus comme des maladies à la classification internationale des maladies ;

Attendu que le ginkgo biloba entre dans la composition d'un certain nombre de spécialités pharmaceutiques dotées d'une autorisation de mise sur le marché (cf Tanakan commercialisé par les Laboratoires IPSEN) ;

Attendu, enfin, que l'utilisation de ce produit n'est pas sans risques pour la santé, des cas d'hématomes sous-duraux ayant été identifiés lors de traitement à base de ginkgo biloba ;

Attendu, en conséquence, que la qualification de médicament par fonction ne fait aucun doute ;

D / Sur le produit à base de marron d'Inde

Attendu que le marronnier d'Inde est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée et, à ce titre, sa vente est réservée aux seuls pharmaciens ;

Attendu que, selon l'AFSSAPS, ce produit est "traditionnellement utilisé en vue de diminuer les sensations de jambes lourdes" ; que le marronnier d'Inde est une plante à coumarine stimulant le système réticulo-endothélial et a le pouvoir de protéolyse des macrophages ; que le marronnier d'Inde contient également de l'esculétol, connu pour augmenter la résistance des parois capillaires ;

Attendu que ce produit, qui se présente sous forme de gélules, a pour objet et pour effet de prévenir ou de guérir des états pathologiques, tels que les pathologies circulatoires des membres inférieurs, comme les varices, reconnues comme des maladies à la classification internationale des maladies ;

Attendu, enfin, que ce produit qui entre dans la composition d'un certain nombre de spécialités pharmaceutiques dotées d'une autorisation de mise sur le marché (cf la spécialité Arkogélules marronnier d'Inde) n'est pas sans risques pour la santé, la coumarine pouvant être à l'origine d'hépatites ;

Attendu, dès lors, que la qualification de médicament par fonction de ce produit n'est pas sérieusement contestable ;

E / Sur le produit à base de bourdaine

Attendu que la bourdaine est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique et sa vente est réservée aux seuls pharmaciens ;

Attendu que, selon l'AFSSAPS, l'écorce de bourdaine est un puissant laxatif du fait des hétérosides anthracéniques qu'elle contient ; que le 23 mai 2005, l'AFSSAPS décidait de suspendre la fabrication, l'exploitation et l'exportation, la distribution en gros, le conditionnement et la mise sur le marché des produits commercialisés par la société Euroflor Diffusion, au motif suivant : "les gélules de bourdaine et de séné folioles sont des médicaments par fonction du fait des propriétés des drogues qu'ils contiennent ; en effet, l'écorce de bourdaine et la foliole de séné, plantes médicinales inscrites à la Pharmacopée, sont de puissants laxatifs du fait des hétérosides anthracéniques qu'elles contiennent" ;

Attendu que ce produit, qui se présente sous forme de gélule, a pour objet et pour effet de prévenir ou de guérir des états pathologiques, tels que la constipation reconnue comme une maladie à la classification internationale des maladies ;

Attendu que la bourdaine entre dans la composition d'un certain nombre de spécialités pharmaceutiques dotées d'une autorisation de mise sur le marché, telles que la spécialité pharmaceutique Bourdaine Boiron ou encore Dragées FUCA ;

Attendu, enfin, que l'utilisation de ce produit n'est pas sans risques pour la santé puisque, selon l'Inspection de la pharmacie, "le séné, comme la bourdaine, appartient à la classe des laxatifs irritants. L'utilisation prolongée et sans avis médical ou pharmaceutique est susceptible de provoquer la survenue de deux séries de troubles :

- la maladie des laxatifs avec colopathie fonctionnelle sévère, mélanose recto colique, anomalies électrolytiques avec hypokaliémie,
- une situation de dépendance avec besoin régulier de laxatifs, nécessité d'augmenter la posologie et constipation sévère en cas de sevrage" ;

Attendu que les contre-indications de ce produit sont également listées au Vidal ;

Attendu, au vu de tout ce qui précède, qu'il s'agit d'un médicament par fonction ;

F / Sur le produit à base de boldo

Attendu que le boldo est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique ;

Attendu que le boldo est une plante contenant des alcaloïdes qui lui confèrent, entre autres, des propriétés capables de modifier les fonctions physiologiques ; qu'en effet, la boldine a un effet protecteur sur les cellules du foie et un effet relaxant sur le muscle lisse qui compose, entre autres, le tube digestif en interférant directement avec le système cholinergique, mécanisme qualifié de pharmacologique ; que ces deux actions confèrent au boldo son utilisation dans le traitement d'appoint des troubles dyspeptiques et dans celui des brûlures oesophagiennes ;

Attendu que le boldo entre dans la composition d'un certain nombre de spécialités pharmaceutiques dotées d'une autorisation de mise sur le marché, telles que la spécialité pharmaceutique Arkogélules Boldo ;

Attendu que le produit litigieux, en ce qu'il tend à prévoir ou guérir des états pathologiques appartient à la catégorie des médicaments par fonction ;

G / Sur le produit à base de ballote

Attendu que la ballote est une plante médicinale inscrite à la pharmacopée dont la vente n'a pas été libéralisée aux termes de l'article D. 4211-1 du Code de la santé publique ;

Attendu que la ballote est considérée comme antispasmodique, antitussif, sédatif et anxiolytique et ce produit est susceptible de prévenir ou guérir des états pathologiques, tels que le stress, reconnu comme maladie à la classification internationale des maladies ;

Attendu que la ballote, qui présente des risques d'hépatotoxicité, entre dans la composition d'un certain nombre de spécialités pharmaceutiques dotées d'une autorisation de mise sur le marché, telles que la spécialité pharmaceutique Euphytose ;

Attendu qu'il s'agit donc là d'un médicament par fonction ;

H / Sur le produit à base de gui

Attendu que la feuille de gui contient des lectines fortement cytotoxiques sur les cellules cancéreuses en culture ; qu'à doses plus faibles, non toxiques, elle stimule la sécrétion de tumor necrosis factor par les cellules monocytaires (action immunostimulante) ; qu'en clinique, chez des patients cancéreux, les préparations de gui entraînent une augmentation du nombre et de l'activité des cellules immunocompétentes, une augmentation de la sécrétion de cytokines et de bêta-endorphine ; que ces propriétés lui confèrent la qualité de médicament par fonction ;

Attendu, en conséquence, que la cour confirme le jugement entrepris en ce qu'il a retenu la qualification de médicament pour les produits visés à la prévention ;

* * * * *

Attendu que l'infraction d'exercice illégal de la pharmacie est donc bien établie à l'égard de la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE et d'Anne SERRAULT, en ses éléments matériel et intentionnel ;

Attendu, en effet, qu'elles n'ont pas contesté avoir commercialisé les produits en cause, se bornant à les qualifier de compléments alimentaires, alors qu'il s'agit de médicaments ;

Attendu que les prévenues ne sauraient arguer de leur ignorance concernant la législation du médicament, alors que précisément leur système de défense consiste à invoquer des qualifications légales distinctes pour échapper au dispositif de santé publique ; que l'élément intentionnel du délit est donc bien constitué ;

Attendu qu'il convient, dès lors, de confirmer le jugement du tribunal correctionnel d'ANGERS en ce qu'il a déclaré recevable la constitution de partie civile du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et en ce qu'il lui a alloué 1.200 euros sur le fondement de l'article 475-1 du Code de procédure pénale ;

Attendu que si le tribunal correctionnel d'ANGERS a, à bon droit, déclaré recevable la constitution de partie civile du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et a reconnu l'existence d'un préjudice moral, en revanche, c'est à tort qu'il a, d'une part, alloué un euro symbolique à titre de dommages-intérêts, d'autre part, rejeté l'existence d'un préjudice matériel ;

Attendu, en effet, que l'article L 4231-2 du Code de la santé publique donne compétence au Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens pour exercer "tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession pharmaceutique" ;

Attendu que les agissements des prévenues ont porté atteinte à l'image de la profession de pharmacien, occasionnant ainsi un préjudice moral collectif, qui doit être réparé ;

Attendu que la profession a également subi un préjudice matériel collectif en ce que la violation des règles relatives à la vente de médicaments, à contraint le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens à mener des campagnes de sensibilisation destinées au grand public concernant les risques de se fournir hors officine et donc à engager des frais de prévention et d'information pour, conformément à sa mission, sauvegarder la santé publique ;

Attendu que le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens est bien fondé à solliciter des dommages-intérêts en réparation de ce préjudice ;

Attendu ainsi, que compte tenu des éléments versés aux débats et débattus contradictoirement, la Cour condamne solidairement la SARL PRODUITS TERRE NATURE et Anne SERRAULT à payer au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens la somme de 25.000 euros à titre de dommages-intérêts, toutes causes de préjudices réunies ;

Attendu, en outre, que participe de la réparation civile, la publication du dispositif du présent arrêt, aux frais solidaires des deux prévenues, dans "Le Quotidien du pharmacien", dans "UFC Que choisir" et dans le quotidien "Le Figaro", sans que le coût de chaque insertion ne dépasse la somme de 4.000 euros hors taxes ;

Attendu, enfin, qu'il serait inéquitable de laisser à la charge du Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens les frais irrépétibles qu'il a dû exposer pour assurer la défense de ses intérêts postérieurement au jugement de première instance, et, compte tenu de la multiplicité des procédures judiciaires, il y a lieu de condamner solidairement la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE et Anne SERRAULT à lui payer la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire, en matière correctionnelle, après en avoir délibéré conformément à la loi,

Confirme le jugement rendu le 25 janvier 2007 par le tribunal correctionnel d'ANGERS en ce qu'il a déclaré recevable la constitution de partie civile du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et en ce qu'il a condamné solidairement Anne SERRAULT épouse CROIZIER et la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE à lui payer la somme de 1.200 euros sur le fondement de l'article 475-1 du Code de procédure pénale,

Le réforme pour le surplus et, statuant à nouveau,

Condamne solidairement Anne SERRAULT épouse CROIZIER et la SARL SOCIÉTÉ DES PRODUITS TERRE NATURE à payer au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens la somme de 25.000 euros à titre de dommages-intérêts, toutes causes de préjudices réunies,

Ordonne, aux frais d'Anne SERRAULT épouse CROIZIER et de la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE, la publication du dispositif du présent arrêt dans "Le Quotidien du Pharmacien", dans "UFC Que choisir" et dans "Le Figaro", sans que le coût de chaque insertion ne dépasse la somme de 4.000 euros hors taxes,

Rejette toutes autres prétentions comme infondées,

Ajoutant au jugement déféré,

Condamne solidairement Anne SERRAULT épouse CROIZIER et la SARL SOCIÉTÉ PRODUITS TERRE NATURE à payer au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens la somme de 5.000 euros en application des dispositions de l'article 475-1 du Code de Procédure Pénale.

Ainsi fait par Monsieur BREJOUX, Président, Madame CARRIER et Monsieur WYON, Conseillers, présents lors des débats et du délibéré,

Et prononcé par Monsieur BREJOUX, Président,

En foi de quoi, la présente minute a été signée par Monsieur BREJOUX, Président, et par Madame ROMAN, Greffier Divisionnaire, présente lors des débats et du prononcé de l'arrêt.

