

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 2 - Ch.8
(40 pages)

Prononcé publiquement le mardi 01 octobre 2024, par le Pôle 2 - Ch.8 des appels correctionnels,

Sur appel d'un jugement du tribunal judiciaire de Paris - 31ème chambre - du 13 octobre 2021 (P15260000141).

PARTIES EN CAUSE :

Prévenus

La SAS DOCTIPHARMA

Prise en la personne de son représentant légal Madame Carolina SOUVIRON
N° de SIREN : 794-411-561
33 rue de la Fayette - 75009 PARIS

Prévenu, non appelant

comparante assistée par Maîtres COLIN Yann et LESUR Lionel, avocat au barreau de PARIS, vestiaire P0008 (conclusions déposées)

SFEZ Fabien

Né le 23 juillet 1959 à MARSEILLE (13)

De nationalité française

Consultant, marié

Demeurant 05 rue de la Pompe - 75016 PARIS

Libre

Prévenu, non appelant

Comparant assisté de Maître LAMBERT-BARRET Marion, avocat au barreau de PARIS, vestiaire Z11

Ministère public

appelant principal

PARTIE CIVILE

LE CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES PHARMACIENS (CNOP)

4 avenue Ruysdaël - 75008 PARIS

Partie civile, appelant

*Non comparant, représentée par Maître SAUMON Olivier, avocat au
barreau de PARIS, vestiaire P 82 substitué par Me LAIGNEAU Jean-
François, avocat au barreau de PARIS toque P82.*

PARTIE INTERVENANTE

Agence régionale de la santé d'île de France

Immeuble le curve - 13 rue du landy - 93200 SAINT DENIS

Partie civile, non appelant

Non comparant, non représenté

COMPOSITION DE LA COUR

lors des débats et du délibéré :

PRÉSIDENT : Claire D'URSO

CONSEILLERS : Thierry PERROT
Stéphane THERME

Ministère public : Michel DEBACQ avocat général aux débats et au
prononcé

Greffier : Anne-Lise LEPLUMEY aux débats et Marie-Claude COPPET au
prononcé

LA PROCÉDURE :

La saisine du tribunal et la prévention

Les 23 novembre et 3 décembre 2020, **La SAS DOCTIPHARMA** et **SFEZ Fabien**
ont été poursuivis devant le tribunal correctionnel de Paris, à l'audience du 29 janvier
2021, par voie de citations d'huissier à la requête du Procureur de la République
prévenus d'avoir :

La SAS DOCTIPHARMA

- à LEVALLOIS PERRET (92300), du 16 décembre 2014 au 24 février 2015, en
tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exercé illégalement la
pharmacie, en se livrant à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les
conditions légales de cet exercice, en l'espèce en se livrant à la vente électronique au
détail de médicaments notamment DAFALGAN 500mg, gélules, DOLIPRANE
500mg, comprimés, poudre pour solution buvable, EFFERALGAN 500 mg ;
comprimés effervescents, à partir du site internet www.doctipharma.fr qui n'est pas

un site internet d'une officine de pharmacie selon les dispositions de l'article L5125-33 du code de la santé publique qui impose que l'activité de commerce électronique soit réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie,
infraction prévue par les articles L.4223-1 AL.8, AL.1, L.4211-1, L.4221-1, L.4221-2, L.4221-3, L.4221-4, L.4221-5, L.4221-7, L.4221-9, L.4221-11, L.4221-12, L.4221-14-1, L.4221-14-2, L.4221-16 du Code de la santé publique, l'article 121-2 C.PENA et réprimée par l'article L.4223-1 AL.8, AL.1 du Code de la santé publique, les articles 131-38, 131-39 2 °, 3 °, 4 °, 5 °, 6 °, 7 °, 8 °, 9 ° du Code pénal.

SFEZ Fabien

- à LEVALLOIS PERRET (92300), du 16 décembre 2014 au 24 février 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exercé illégalement la pharmacie, en se livrant à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les conditions légales de cet exercice, en l'espèce en se livrant à la vente électronique au détail de médicaments notamment DAFALGAN 500mg, gélules, DOLIPRANE 500mg, comprimés, poudre pour solution buvable, EFFERALGAN 500 mg ; comprimés effervescents, à partir du site internet www.doctipharma.fr qui n'est pas un site internet d'une officine de pharmacie selon les dispositions de l'article L5125-33 du code de la santé publique qui impose que l'activité de commerce électronique soit réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie,
infraction prévue par les articles L.4223-1 AL.1, L.4211-1, L.4221-1, L.4221-2, L.4221-3, L.4221-4, L.4221-5, L.4221-7, L.4221-9, L.4221-11, L.4221-12, L.4221-14-1, L.4221-14-2, L.4221-16, L.4222-9 C.SANTE.P et réprimée par l'article L.4223-1 AL.1, AL.2 du Code de la santé publique

LE JUGEMENT

Le tribunal judiciaire de Paris - 31ème chambre - par jugement contradictoire, en date du 13 octobre 2021,

Sur l'action publique

- **a renvoyé La SAS DOCTIPHARMA et SFEZ Fabien** des fins de la poursuite

Sur l'action civile

- A DÉCLARÉ recevable la constitution de partie civile du CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES PHARMACIENS ;

- A DÉBOUTÉ la partie civile de ses demandes en raison de la décision de relaxe intervenue.

LES APPELS

Appel a été interjeté par :

- M. le procureur de la République, le 20 octobre 2021 contre SFEZ Fabien et la SAS DOCTIPHARMA (*appel principal*)

- Maître Elise RAGOBERT substituant Maître Olivier SAUMON, conseil du CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES PHARMACIENS (CNOP), le 28 octobre 2021 au greffe du tribunal judiciaire de Paris (*appel incident des dispositions civiles*).

DÉROULEMENT DES DÉBATS :

À l'audience publique du 10 juin 2024, la présidente a constaté l'identité du prévenu Fabien SFEZ et l'a informé de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Ont été entendus :

Le prévenu Fabien SFEZ a été interrogé et entendu en ses moyens de défense,

M.SFEZ a été entendu en début d'audience de 14h à 15h30 car ce dernier devait partir à partir de 15h30. Puis la cour a pris un autre dossier à la suite des interrogatoires de M.SFEZ et l'affaire a été reprise en continuation à 17h35.

La cour a informé la représentante de la société SAS Doctipharma de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, conformément aux dispositions de l'article 406 du code de procédure pénale.

Claire D'URSO, a été entendue en son rapport,

La représentante de **SAS DOCTIPHARMA**, en son interrogatoire,

Me LAIGNEAU Jean-François de la partie civile pour l'ordre des pharmaciens, en sa plaidoirie et conclusions déposées,

Michel DEBACQ, avocat général, en ses réquisitions,

Me LESUR, avocat de SAS Doctipharma, en sa plaidoirie,

Maître LAMBERT-BARRET, avocat de SFEZ, en sa plaidoirie,

La représentante de la société qui a eu la parole en dernier.

Puis la cour a mis l'affaire en délibéré et le président a déclaré que l'arrêt serait rendu à l'audience publique du 24 septembre 2024, le délibéré a été prorogé au 01 octobre 2024.

Et ce jour, en application des articles 485, 486 et 512 du code de procédure pénale, et en présence du ministère public et du greffier, Claire D'URSO, président ayant assisté aux débats et au délibéré, a donné lecture de l'arrêt.

DÉCISION :

Rendue après en avoir délibéré conformément à la loi.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

La SAS DOCTIPHARMA est une société créée le 1er juillet 2013 par le groupe Lagardère dont l'objet social est le conseil en systèmes et logiciels informatiques. L'intégralité des titres de cette société était détenue par la société Doctissimo, filiale du groupe depuis 2008, avant d'être transférée à la société Hachette à l'exception d'une action cédée à un fonds d'investissements. Par contrat en date du 13

février 2019, la société Hachette a cédé l'intégralité de ses titres à la société suisse Zur Rose Group AG.

A l'époque des faits Fabien SFEZ occupait les fonctions de Président de la société DOCTIPHARMA et de Directeur général en charge de la technologie du digital pour la société Lagardère Active et l'ensemble du groupe.

La société DOCTIPHARMA a conçu et développé le site www.Doctipharma.fr, actif à compter de mars 2014, pour des produits de parapharmacie puis pour des médicaments sans ordonnance, à compter de novembre 2014.

Par note du 24 février 2015, l'agence régionale de santé (ARS) d'Ile-de France signalait au Procureur de la République de Nanterre que la société DOCTIPHARMA implantée à Levallois-Perret (92) et dirigée par M. SFEZ, était selon son site www.Doctipharma.fr, concepteur et éditeur d'une plate-forme permettant à des pharmaciens d'office de mettre en ligne leur site de commerce électronique de produits de santé conformément à la réglementation en vigueur.

Or une enquête sur écran réalisée par Benoit DUFAY, pharmacien inspecteur de santé publique, avait permis de constater des infractions majeures au code de la santé publique :

- exercice illégal de la pharmacie en proposant à la vente des médicaments sur un site internet non autorisé par une ARS et ne pouvant l'être car non adossé à une officine

- et conception du site ne respectant pas les Bonnes Pratiques de Dispensation des médicaments par voie électronique (BPDME) du fait d'un classement des médicaments non conforme et de la violation de la confidentialité des données personnelles de santé.

Par note du 29 juillet 2016, l'ARS, en réponse à une demande du Procureur de la République, précisait qu'au travers de DOCTIPHARMA, l'association 60 millions d'e-patients voulait démontrer les dérives possibles de la vente en ligne de médicaments.

Elle indiquait que le propriétaire du nom de domaine de type pharmacie1.Doctipharma.fr n'était en aucun cas le pharmacien mais bien Doctissimo, lui-même propriétaire de Doctipharma.fr, DOCTIPHARMA étant une filiale à 100% de Doctissimo, avec des risques de conflit d'intérêts.

Selon l'ARS, DOCTIPHARMA était une place de marché qui n'osait dire son nom car cela était interdit par l'arrêté des bonnes pratiques de dispensation du médicament par voie électronique. En effet, si DOCTIPHARMA était juste une plateforme technique en charge de la conception et de la maintenance, les pseudo sites de pharmaciens seraient indépendants, ce qui n'était pas le cas.

En effet, sur le site Doctipharma.fr, il était possible de trouver des articles de 3 façons :

- via le lien "Trouver votre pharmacie en ligne",
- via le moteur de recherche
- et via le menu.

Or les produits ne devraient apparaître que sur les sites des pharmacies et non sur ceux de DOCTIPHARMA. En permettant les autres voies d'entrée, DOCTIPHARMA jouait le rôle d'intermédiaire, ce qui était prohibé par l'article L5125-25 du code de la santé publique et par l'arrêté des bonnes pratiques de dispensation du médicament par voie électronique. D'ailleurs à aucune des étapes de l'achat, le client n'était renvoyé sur le site de la pharmacie.

De plus, le reversement par les pharmacies d'un pourcentage sur la vente pouvait être assimilé à une recherche de référencement contre rémunération. En outre, le fait de toucher une commission sur les ventes pouvait entraîner un grave conflit d'intérêts puisque DOCTIPHARMA allait chercher à encourager les ventes sur son site.

Le site *www.Doctipharma.fr* se définissait selon l'ARS, lui-même, comme un site de pharmacie en ligne. Or, il ne s'agissait pas d'un site autorisé par l'ARS.

L'ARS mettait en garde contre le précédent que ce site allait créer, ouvrant la porte à d'autres prestataires tels Amazon ou des supermarchés. Les paniers étant partagés entre plusieurs pharmacies, l'ARS s'interrogeait sur l'information des pharmaciens concernés, eu égard au risque potentiel d'interaction entre 2 médicaments vendus séparément.

Des captures d'écran du site et des conditions générales de vente sur Internet ainsi qu'une demande d'autorisation d'une pharmacie d'avoir recours au site Internet et une autorisation de l'ARS, étaient versées au dossier.

Par soit-transmis en date du 8 septembre 2015, le Procureur de la République du Tribunal judiciaire de Nanterre se dessaisissait au profit du Procureur de Paris.

Le 31 mai 2016, le Tribunal de commerce de Nanterre, sur assignation de l'Union des Groupements des Pharmaciens d'Officine (UGPO), déclarait illicite le site *http://www.doctipharrna.fr* pour la vente de médicaments, condamnait DOCTIPHARMA à cesser le commerce électronique de médicaments sur ledit site sous astreinte et ordonnait le retrait immédiat des pages proposant ce commerce électronique.

Il motivait sa décision comme suit :

Attendu que l'article L.4211-1 du code de la santé publique dispose que " Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent code.

1° La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ;

2° La préparation des objets de pansements et de tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée ;

3° La préparation des générateurs, trousses ou précurseurs mentionnés à l'article L. 5121-I ;

4° La vente en gros, la vente au détail, y compris par internet, et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3°... ;

Attendu que cet article réserve ainsi la vente de médicaments, avec ou sans ordonnance, aux seuls pharmaciens ;

Attendu que l'article L.5125-25 du code de la santé publique dispose qu'il est interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public.

Il est interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments et autres produits ou objets mentionnés à l'article L 4211-1 par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments, produits ou objets précités, dont la commande leur serait ainsi parvenue.

Toute commande livrée en dehors de l'officine par toute autre personne ne peut être remise qu'en paquet scellé portant le nom et l'adresse du client ;

Attendu en outre que l'article L5125-26 du code de la santé publique dispose que : " Est interdite la vente au public de tous médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L. 4211-1 par l'intermédiaire de maisons de commission, de groupements d'achats ou d'établissements possédés ou administrés par des personnes

non titulaires de l'un des diplômes, certificats ou autres titres mentionnés à l'article L4221-1. " ;

Attendu ainsi qu'aucun intermédiaire quel qu'il soit ne peut s'immiscer dans la relation de vente entre une pharmacie et ses clients ;

Attendu que l'article L5125-33 du code de la santé publique dispose que " On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne.

L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie.

La création et l'exploitation d'un tel site sont exclusivement réservées aux pharmaciens suivants :

1° Pharmacien titulaire d'une officine ;

2° Pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres.

Le pharmacien titulaire de l'officine ou gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière est responsable du contenu du site internet qu'il édite et des conditions dans lesquelles l'activité de commerce électronique de médicaments s'exerce. " ;

Attendu que l'article L5125-34 du code de la santé publique modifié par la loi n°2014-201 du 24 février 2014 - art. 4 dispose que : " Seuls peuvent faire l'objet de (l'activité de commerce électronique) les médicaments qui ne sont pas soumis à prescription obligatoire. " ;

Attendu que l'article L.5125-37 du code de la santé publique dispose que " Dans le cadre d'un regroupement de plusieurs officines de pharmacie mentionné à l'article L.5125-15 il ne peut être créé et exploité qu'un seul site internet rattaché à la licence issue du regroupement. La création du site internet issu du regroupement est soumise aux dispositions de l'article L.5125-36. Ce site internet ne pourra être exploité que lorsque, le cas échéant, les sites internet de chacune des officines auront été fermés. " ;

Attendu qu'il résulte des textes de droit interne sus mentionnés, qui fixent des conditions justifiées par la protection de la santé publique à la délivrance au détail de médicaments offerts à la vente à distance au moyen de services informatiques conformément aux objectifs de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 interprétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), que seuls les pharmaciens peuvent proposer à la vente des médicaments et que la pharmacie en ligne n'est que le prolongement naturel de l'officine traditionnelle ;...

Attendu, en outre, que le rôle de Doctipharma ne se limite pas à cette fonction de support technique ; qu'il n'est pas contesté que Doctipharma a créé, en guise de plateforme technique, son propre site internet, doctipharma.fr ;

Que le site Doctipharma.fr permet aux clients des pharmacies d'accéder aux sites internet des officines et joue ainsi un rôle d'intermédiaire ; que le site Doctipharma.fr propose des médicaments sans ordonnance sous forme d'un catalogue préenregistré de médicaments que le client peut saisir en vue d'une commande et qu'il est ainsi possible à toute personne de commander des médicaments par ce procédé ;

Attendu que c'est bien le site Doctipharma.fr qui présente les médicaments sans ordonnance proposés par les pharmacies, sous forme de gammes de produits avec leur prix ; qu'il en établit des comparatifs de prix ainsi qu'une présentation marketing incluant des promotions commerciales ;

Que le tribunal relève que le site Doctipharma.fr transmet les commandes aux pharmaciens ;

Que, ce faisant, le site doctipharma.fr joue ainsi un rôle majeur d'intermédiaire entre les clients, d'une part, et les pharmacies et leur site respectif, d'autre part ;

Attendu que le tribunal relève également que cette intermédiation se matérialise aussi à travers d'un système de paiement unique, commun à l'ensemble des pharmacies adhérentes à Doctipharma.fr ; que même si Doctipharma prétend ne pas procéder directement à l'encaissement des recettes afférentes aux ventes, il est toutefois établi que les clients utilisent cette solution technique de paiement sécurisé développée par Doctipharma, à partir d'un compte dédié unique ; que la finalisation de la commande se termine ainsi par Merci de votre commande Votre commande n°51844 d'un montant de 12,33 euros a été transmise aux pharmaciens. Vous recevrez un message sur ce compte et à l'adresse Henripignerolm@gmail.com vous informant au plus tôt le déroulé de votre commande. " ; Que pour toutes les transactions, un seul identifiant n° 079441156100010 est utilisé sur le site de paiement sécurisé Mercanet mis en place par Doctipharma, ne faisant nullement apparaître l'identité du pharmacien auprès duquel la transaction a été conclue ;

Attendu, dès lors dans ces conditions, que Doctipharma ne peut soutenir qu'elle n'exerce pas l'activité de commerce électronique de médicaments, ou tout le moins qu'il n'existe aucun mandat de vente de médicaments ou de recouvrement entre elle et les pharmaciens de nature à lui conférer une position et un rôle d'intermédiaire, sachant que l'existence d'un partenariat entre Doctipharma et les pharmaciens partenaires n'est pas contestée ; que l'article L.5125-25 précité, prescrivant toute immixtion de tiers dans la relation entre patient et pharmacien, n'est pas respecté ;

Attendu que Doctipharma, qui n'est pas une officine de pharmacie, dont aucun responsable n'est pharmacien inscrit à l'ordre des pharmaciens, joue ainsi manifestement un rôle actif dans l'activité d'e-commerce en offrant à la vente à distance au public des médicaments non soumis à prescription obligatoire ;

Attendu que Doctipharma viole ainsi les dispositions relatives à la vente de médicaments et au commerce électronique de médicaments destinées à protéger la santé du public ;

Le service enquêteur consultait le site le 10 avril 2017 ; la vente de médicaments n'était plus proposée et le site proposait des produits de parapharmacie.

Le représentant du CNOP (CNOP) était entendu. Il déclarait que le fait que le site propose des médicaments en ligne était problématique dans la mesure où il n'avait pas d'autorisation et où seul un pharmacien pouvait commercialiser des médicaments sur internet.

L'ordre publiait sur son site les sites autorisés par les ARS en France. A sa connaissance il existait cinq sites en lien avec Doctipharma.

En parallèle à la procédure initiée par l'ARS, il existait une action de l'Union des groupements des pharmacies d'officines qui avait également assigné DOCTIPHARMA devant le tribunal de commerce et qui avait abouti à l'interdiction du site mais dont il avait été interjeté appel.

Il remettait les cadres juridiques de commerce en ligne, les sites autorisés, des articles de presse, des éléments sur les aspects administratifs et un exemple similaire concernant le site 1001 pharmacie.com, qui avait été interdit. Il indiquait que le site pharmarket faisait actuellement l'objet d'une enquête. A sa connaissance aucune procédure disciplinaire n'avait été engagée.

Le 12 décembre 2017, la Cour d'appel de Versailles infirmait le jugement du Tribunal de commerce dans toutes ses dispositions.

Elle motivait sa décision comme suit :

La société Doctipharma rappelle exactement que la Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la Directive 2001/83/CE

instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés a été transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, notamment par la création des articles L.5125-33 à L.5125-41 du code de la santé publique, y insérant un chapitre V bis intitulé : Commerce électronique de médicaments par une pharmacie d'officine et qu'elle a ensuite été complétée par les dispositions du décret n° 2012-1562 du 31 décembre 2012 relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet, qui a créé les articles R.5125-70 à R.5125-74 du même code;

Qu'un arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, pris en application de l'article L.5121-5 du code de la santé publique, comportant notamment des dispositions relatives au site de commerce électronique de l'officine de pharmacie a été annulé par arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 2015 ;

Qu'en tout état de cause ce texte avait fait l'objet d'un avis défavorable n°13-A-12 du 10 avril 2013 de l'Autorité de la concurrence, qui concluait au fait que le projet d'arrêté qui lui était soumis contenait un ensemble de dispositions particulièrement restrictives, dont l'accumulation [conduisait] à créer un cadre extrêmement contraignant et limitatif, qui [avait] pour conséquence de brider toute initiative commerciale en termes de prix, de gammes de produits, de services nouveaux, ajoutant que les "bonnes pratiques" proposées [retiraient] tout intérêt à la commercialisation de médicaments sur internet, tant pour le patient-consommateur que pour les pharmaciens et [apparaissaient] dissuasives, proposant un certain nombre de modifications pour lever cet avis ;

Qu'à la date de l'assignation aucun nouvel arrêté n'avait été pris ;

Qu'il ressort du préambule de la Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011, notamment de ses paragraphes 21 à 30, qu'elle vise à assurer, dans un objectif de sauvegarde de la santé publique, la traçabilité des médicaments vendus via internet, pour prévenir le commerce de médicaments falsifiés par leur introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale en complétant les dispositions concernant les bonnes pratiques de fabrication et de distribution des substances actives et les règles détaillées applicables aux médicaments introduits dans l'Union sans être importés et les dispositifs de sécurité....

La société Doctipharma en déduit justement que le site Doctipharma.fr est une plateforme technique qui ne pratique pas la commercialisation directe de médicaments qui reste le fait des seuls pharmaciens référencés sur cette plateforme.

Prenant l'exemple de la pharmacie Saint Barthélémy à Marseille (13014), que l'huissier de justice a trouvé via le moteur de recherches Google, elle démontre parfaitement les conditions dans lesquelles l'activité de commerce électronique de médicaments y est exercée.

Le pharmacien y dispose d'une adresse internet propre : pharmacie-st-barthelemy-marseille.Doctipharma.fr, d'une page d'accueil sur laquelle figure sa photographie, ses coordonnées téléphoniques et son adresse, ainsi qu'un onglet : contactez-moi.

La société Doctipharma produit, en outre, pour cette pharmacie, la décision de l'ARS du 8 septembre 2014 de lui accorder une autorisation de création et d'exploitation d'un site de commerce électronique de médicaments, via l'adresse www.pharmacie-st-barthelemy-marseille.Doctipharma.fr.

Ainsi le site Doctipharma.fr n'enfreint pas les dispositions de l'article L.5121-33 du code de la santé publique qui réserve la création et l'exploitation d'un site internet aux seuls pharmaciens d'officine et à partir de ces officines, dès lors qu'il n'interdit pas que ceux-ci aient recours à une plateforme commune comme support technique de leurs sites.

Sur la prétendue violation des dispositions de l'article L.5125-25 du code de la santé publique par la société Doctipharma qui jouerait un rôle d'intermédiaire, il convient de rappeler que ce texte édicte que : Il est interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public.

Il est interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments et autres produits ou objets mentionnés à l'article L.4211-1 par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments, produits ou objets précités, dont la commande leur serait ainsi parvenue...

(La société Doctipharma) fait observer que si les commandes transitent inexorablement par la plateforme, support technique des sites des pharmaciens d'officine, elles sont reçues et traitées par les pharmaciens eux-mêmes, sans qu'elle-même intervienne autrement dans leur traitement...

La cour constate en effet qu'il ressort du procès-verbal de constat d'huissier de justice du 6 février 2015 qu'aucune promotion commerciale de médicaments n'y figure et que, pour en acquérir, il est nécessaire de passer par le site de la pharmacie Saint Barthélémy, d'y ouvrir un compte contenant ses coordonnées personnelles et d'en approuver, les conditions générales d'utilisation, ce qui ne caractérise en rien le rôle d'intermédiaire de la société Doctipharma dans l'acquisition de médicaments parle client...

Le rôle d'intermédiaire de la société Doctipharma n'est pas davantage caractérisé par ce système de paiement unique, simple prestation technique mise à disposition des pharmaciens ayant recours à cette plateforme, celle-ci n'intervenant pas comme un répartiteur mais permettant simplement de mettre directement en contact des clients et des pharmaciens d'officine, qui reçoivent directement la commande, l'honorent sur leurs stocks propres et en assurent le suivi.

Au surplus, la preuve du risque que cette plateforme ferait courir à la santé publique n'est pas rapportée, alors qu'elle est l'un des objectifs prioritaires qui a sous-tendu l'adoption de la Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011.

Suite à cet arrêt, la procédure était clôturée à la demande du Procureur de la République.

Aux termes d'un arrêt en date du 19 juin 2019 la Cour de cassation cassait et annulait en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 décembre 2017 par la Cour d'appel de Versailles et renvoyait les parties devant la Cour d'appel de Paris.

Elle motivait sa décision comme suit :

Attendu que pour infirmer le jugement ayant fait droit aux demandes de l'UDGPO, ordonner, sous astreinte, la publication de la décision sur le site internet de celle-ci, et autoriser cette publication dans des revues professionnelles à ses frais, l'arrêt, après avoir relevé que les commandes de médicaments par les internautes, qui transitent seulement par la plate-forme créée par la société Doctipharma en tant que support technique des sites des pharmaciens d'officine, sont reçues et traitées par les pharmaciens eux-mêmes, sans que cette société intervienne autrement dans leur traitement, puisque le site litigieux permet de mettre directement en contact des clients et des pharmaciens d'officine, retient que ce site est licite ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'est interdite la vente au public de tous médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L. 4211-1 du code de la santé publique par l'intermédiaire de personnes non titulaires d'un diplôme de pharmacien,

et qu'il est aussi interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de ces mêmes produits par l'entremise habituelle de courtiers ou d'intermédiaires, la cour d'appel, qui a relevé que l'activité que la société Doctipharma exerçait sur son site consistait, notamment, à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente de médicaments, ce dont il résultait qu'elle avait un rôle d'intermédiaire entre eux et participait de la sorte au commerce électronique de vente de médicaments bien que n'étant pas pharmacien, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Par arrêt du 17 septembre 2021, la cour de renvoi a, avant dire droit, :

- soumis à la CJUE les questions préjudicielles suivantes :

- L'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt exercée sur et à partir de son site www.Doctipharma.fr doit-elle être qualifiée de " service de la société de l'information ", au sens de la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 ?

- Dans cette hypothèse, l'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt, exercée sur et à partir de son site www.Doctipharma.fr entre-t-elle dans le champ d'application de l'article 85 quater de la Directive européenne du 6 novembre 2001, modifiée par la Directive du 8 juin 2011 ?

- L'article 85 quater de la Directive du 6 novembre 2001, modifiée par la directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce que constituerait une restriction justifiée par la protection de la santé publique l'interdiction, issue d'une interprétation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, de l'activité de Doctipharma telle que décrite dans le présent arrêt, exercée sur et à partir de son site www.Doctipharma.fr ?

- Si tel n'est pas le cas, l'article 85 quater de la Directive du 6 novembre 2011, modifiée par la Directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de Doctipharma telle que décrite par le présent arrêt, exercée sur et à partir de son site www.Doctipharma.fr ?

- Dans cette hypothèse, l'interdiction de l'activité de Doctipharma, issue de l'interprétation par la Cour de cassation des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du Code de la santé publique, est-elle justifiée par la protection de la santé publique au sens de l'article 85 quater de la Directive du 6 novembre 2001, modifiée par la Directive du 8 juin 2011 ?

- Si tel n'est pas le cas, l'article 85 quater de la Directive du 6 novembre 2001, modifiée par la Directive du 8 juin 2011, doit-il être interprété en ce sens qu'il autorise l'activité de " service de la société de l'information " proposée par Doctipharma ?

- et sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée ;

Les 23 novembre et 3 décembre 2020, Fabien SFEZ et la SAS DOCTIPHARMA étaient cités par le Procureur de la République à l'audience du 29 janvier 2021 du Tribunal judiciaire de Paris pour avoir à Levallois Perret (92), du 16 décembre 2014 au 24 février 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exercé illégalement la pharmacie, en se livrant à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les conditions légales de cet exercice, en l'espèce en se livrant à la vente électronique au détail de médicaments notamment Dafalgan 500mg, gélules, Doliprane 500mg, comprimés, poudre pour solution buvable, Efferalgan 500 mg, comprimés effervescents, à partir du site internet www.doctipharma.fr qui n'est pas un site internet d'une officine de pharmacie selon les dispositions de l'article L5125-33 du code de la santé publique qui impose que l'activité de commerce électronique soit réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie, faits prévus par les articles L.4223-1 alinéas 1 et 8, L.4211-1, L.4221-1, L.4221-2, L.4221-3, L.4221-4, L.4221-5, L.4221-7, L.4221-9, L.4221-11, L.4221-12, L.4221-14-1, L.4221-14-2, L.4221-16 et L.4222-49 du code de la santé publique et réprimés par l'article L.4223-1 alinéas 1 et 2 du code de la santé publique.

A l'audience de renvoi du 1er septembre 2021, M. SFEZ et Mickaël NEFF, directeur juridique dûment habilité de la société DOCTIPHARMA, comparaissaient, assistés de leurs conseils.

Le représentant de l'ARS d'Ile de France, intervenant volontaire, commentait les pages du procès-verbal de son collègue, relatives aux copies d'écran du site www.Doctipharma.fr effectuées le 5 décembre 2014.

M. SFEZ déclarait que Lagardère active était une filiale du groupe Lagardère. Il indiquait qu'ils avaient des juristes et des conseils. Il avait intégré le groupe Lagardère active en septembre 2012 et on lui avait confié l'activité digitale en 2013. Des équipes étaient constituées pour chaque activité. Il était alors également Président de Doctissimo.

En 2013, il avait compris qu'il fallait diversifier l'activité du groupe. Ils avaient réalisé une étude et listé des projets de développement parmi lesquels 2 ou 3 avaient été retenus. Ils avaient développé Doctolib et Doctipharma et conscients de la réglementation, s'étaient faits assister par une équipe juridique.

Tout le travail avait consisté à identifier ce qui était autorisé et ce qui ne l'était pas. Ils en avaient déduit qu'il fallait une activité purement technique, à destination des pharmacies. L'ensemble de la réglementation avait été respectée.

Il expliquait qu'un pharmacien souhaitant créer un site seul affrontait un parcours du combattant, l'équation économique étant impossible pour ce dernier. Le groupe apportait une vraie aide aux pharmaciens et leur permettait d'avoir une visibilité. Leur activité se résumait à un support technique.

C'était un prestataire qui stockait les données.

Ils avaient démarré leur activité par la parapharmacie puis par les médicaments sans ordonnance.

S'agissant de l'autorisation de l'ARS, ils avaient fourni toutes les informations dont les copies d'écran et c'était sur cette base que les autorisations avaient été délivrées.

Il ajoutait n'avoir jamais acheté aucun produit et que la facture était au nom de la pharmacie, cette dernière étant responsable des prix, des produits et des stocks et s'occupant de l'envoi du produit. L'internaute au moment de sa commande se rendait compte qu'il était en relation avec une pharmacie.

Le représentant de la société DOCTIPHARMA, assisté d'un interprète en langue suisse allemande, contestait également la prévention et s'en remettait principalement aux écritures de ses conseils.

Le CNOP, aux termes de conclusions, se constituait partie civile et demandait la condamnation solidaire des prévenus au paiement de la somme de 20 000 euros, à titre de dommages et intérêts, avec exécution provisoire, et de chacun à la somme de 1 000 euros, au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale (CPP).

Le Procureur de la République s'opposait à ce qu'il soit sursis à statuer, requerrait la condamnation des deux prévenus, respectivement à 10 000 euros d'amende dont 4 000 assortis du sursis à l'encontre de M. SFEZ et à 20 000 euros dont 10 000 avec sursis à l'encontre de la société DOCTIPHARMA et s'en remettait à justice sur la demande de non inscription de la condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire de la condamnation de la société DOCTIPHARMA.

Le conseil de M. SFEZ, entendue en sa plaidoirie, sollicitait la relaxe.

Le conseil de la société DOCTIPHARMA, entendu en sa plaidoirie, sollicitait principalement un sursis à statuer des questions préjudicielles ayant été posées devant la cour d'appel de renvoi, subsidiairement, la relaxe et à titre très subsidiaire la non inscription de la condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire.

Le 13 octobre 2021, le Tribunal correctionnel de Paris, statuant en formation collégiale, contradictoirement à l'égard de l'ensemble des parties et en premier ressort a :

Sur l'action publique

- dit n'y avoir lieu à sursis à statuer,
- renvoyé la SAS DOCTIPHARMA et Fabien SFEZ des fins de la poursuite,

Sur l'action civile

- déclaré recevable la constitution de partie civile du CNOP,
- et débouté la partie civile de ses demandes en raison de la décision de relaxe.

Il motivait sa décision comme suit :

Au titre d'exception in limine litis, le conseil de la société Doctipharma a sollicité un sursis à statuer aux motifs que la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi par un arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2019, devait rendre son arrêt le 17 septembre 2021, qu'il avait, dans le cadre de cette instance civile, posé des questions préjudicielles à transmettre à la CJUE et que lesdites questions concernaient l'interprétation de l'article 85 quater de la Directive du 8 juin 2011 d'une part, d'autre part le principe de libre circulation des services, au regard de l'activité de Doctipharma, autant de points de droit identiques, selon ce défenseur, à ceux soumis au tribunal de céans.

Certes, selon l'article 384 du CPP, " Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi en dispose autrement, ou que le prévenu excipe d'un droit réel immobilier ". Certes, l'article 386 dudit code précise que " L'exception préjudicielle est présentée avant toute défense au fond. Elle n'est recevable que si elle est de nature à retirer au fait qui sert de base à la poursuite le caractère d'une infraction. Elle n'est admise que si elle s'appuie sur des faits ou des titres donnant un fondement à la prétention du prévenu. Si l'exception est admissible, le tribunal impartit un délai dans lequel le prévenu doit saisir la juridiction compétente. Faute par le prévenu d'avoir introduit l'instance dans ce délai et de justifier de ces diligences, il est passé outre à l'exception. Si l'exception n'est pas admise les débats sont continués ".

En l'espèce, lesdites questions préjudicielles n'ayant pas été soulevées devant ce tribunal, il n'existait donc aucun motif légal de surseoir à statuer. L'incident a donc été joint au fond et les débats ont continué.

Dans le temps du délibéré, le conseil de la société Doctipharma a communiqué au tribunal et aux parties, copie de l'arrêt rendu le 17 septembre par la Cour d'appel de Paris (Pôle 5 Chambre 11). Dans sa motivation, la cour précise que sa décision a pour objet de statuer, notamment, sur la demande de transmission des questions préjudicielles formulées par la société Doctipharma, mais " non sur le fond de l'affaire dont elle a été saisie suite à la décision de renvoi de l'arrêt de la Cour de cassation "

Au demeurant, le tribunal est saisi des faits tels que décrits dans la procédure qui lui est soumise et ignore la teneur, mais surtout le fondement technique et les constatations faites par l'huissier de ceux jugés par le jugement du Tribunal de commerce de

Nanterre, la Cour d'appel de Versailles, la Cour de cassation puis la Cour d'appel de Paris.

Aussi, il importe d'examiner les faits tels qu'ils ressortent de la procédure dont le tribunal correctionnel est saisi avant, et afin, de se prononcer sur des éventuels sursis à statuer ou supplément d'information.

Sur le fond

Pour mémoire, 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 réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent code :

- 1 ° La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ;
- 2° La préparation des objets de pansements et de tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée ;
- 3° La préparation des générateurs, troussees ou précurseurs mentionnés à l'article L. 5121-1 ;
- 4° La vente en gros, la vente au détail, y compris sur internet, et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3° ;

Au soutien de leurs conclusions de relaxe régulièrement déposées et soutenues, les prévenus contestent catégoriquement la prévention. Ils soutiennent que la société Doctipharma propose aux pharmaciens d'officine un service de conception et de maintenance technique de leur site internet et ce en conformité avec les textes, que la société Doctipharma est un sous-traitant technique sans rôle actif dans l'activité de la vente en ligne de médicaments sans ordonnance. Les services proposés par la société Doctipharma n'empiètent pas, ne couvrent ni ne correspondent, en tout ou partie, ni directement ni même indirectement, aux opérations réservées aux pharmaciens par la loi ou les textes réglementaires.

Ils contestent l'analyse faite par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 juin 2019, de la compatibilité avec le droit européen de l'interdiction de l'activité de ce site *www.Doctipharma.fr*.

Sur l'élément matériel

Il convient de noter que le seul élément matériel concernant le site litigieux repose sur une série de copies d'écrans faite par le pharmacien inspecteur de santé publique de l'ARS d'Ile-de-France, datée du 5 décembre 2014. Durant l'enquête, ni M. SFEZ, ni Madame Stéphanie Barré, la Directrice générale de la société Doctipharma, ni un des concepteurs du site n'ont été entendus, ou détaillé le fonctionnement de ce site.

Certes, les prévenus ont versé aux débats un constat d'huissier établi à la demande de la société Doctipharma (pièce n° 32 Doctipharma, n°3 de F. SFEZ). Si ce constat a été dressé le 6 février 2015, soit pendant la période de prévention qui s'achève le 24 février 2015, les constatations faites par cet huissier partent d'une recherche via le site d'une pharmacie marseillaise (Saint-Barthélémy) et non via le site Doctipharma lui-même : le nom de cette pharmacie apparaît, en premier dans la barre de recherche des copies d'écran successives, et ce jusqu'à la page 81 a minima.

Cet axe de recherche et de progression dans le logiciel relativise donc fortement l'intérêt des informations que ce procès-verbal contient.

En revanche, les pièces examinées par le Tribunal de commerce de Nanterre pour rendre son jugement le 31 mai 2016 (pièce n° 24 Doctipharma) n'ont pas été versées à la procédure.

L'examen de cette série de copie d'écrans datés du 5 décembre 2014 figurant au dossier permet de constater qu'en page 8 du procès-verbal, l'onglet " Douleurs et fièvre " fait ressortir le Paracétamol, avec une présentation de quatre médicaments (Dafalgan, Doliprane, en boîte de 12 et de 16 comprimés, Efferalgan) à la vente.

Certes, le nom " pharmacie St Barthélémy " apparaît en petit caractères sous chacun de ces quatre médicaments, juste au-dessus de leur prix.

Cependant, l'internaute ne se trouve pas encore sur le site de la pharmacie mais toujours sur celui de Doctipharma ainsi que le chemin le précise. L'internaute choisit le médicament puis est mis en relation, via la plateforme, avec une officine.

C'est donc sur cet écran qu'est caractérisée la proposition à la vente telle que visée dans la définition du commerce en ligne de médicament faite par l'article L. 5125-33 code de la santé publique (dans sa version en vigueur au moment des faits) :

" On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne. (...) "

Ce même article poursuit en indiquant : " L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie.

La création et l'exploitation d'un tel site sont exclusivement réservées aux pharmaciens suivants :

1° Pharmacien titulaire d'une officine ;

2° Pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres. (...) "

Ainsi, comme cette définition du commerce en ligne de médicaments fait référence au critère de l'offre par voie électronique et ne s'attache pas à l'exécution du contrat, toute proposition de mise à disposition de médicaments, retirés par la suite en pharmacie, en relève.

Or, M. SFEZ n'est pas pharmacien, le site Internet de la SAS DOCTIPHARMA n'est pas adossé à une officine de pharmacie et n'avait pas l'autorisation d'une ARS territorialement compétente, autorisation légalement requise à l'époque des faits. Cette proposition de médicaments illégale est donc matériellement constituée.

Deux autres éléments viennent conforter cet élément matériel de mise en vente illégale de médicaments sur le site www.Doctipharma.fr., et non sur le site d'une pharmacie même.

Les premiers éléments ressortent de la teneur des écrans postérieurs à cette proposition. En effet, ce n'est qu'en page 10 du constat, sur la copie d'écran intitulée " *Précautions de santé relatives à l'achat de médicaments* ", qu'il est mentionné l'information suivante " *100% sécurisé données de santé communiquées exclusivement aux pharmaciens chez qui vous commandez* " : il peut en être déduit que les écrans précédents relèvent du site Doctipharma lui-même et non pas encore celui de la pharmacie.

Au surplus, en page 11 du constat relatif à la dernière copie d'écran sur lequel le produit a été ajouté au panier, si le nom de la pharmacie est indiqué, aucune mention de cette pharmacie n'apparaît dans la barre de recherches et la localisation géographique de cette pharmacie demeure inconnue.

Les seconds éléments découlent de l'analyse des " *Conditions particulières de conception, d'hébergement et de maintenance de site Web d'officine de pharmacies* " versées aux débats par la société Doctipharma (pièce n°31) qui attestent que les internautes payent leurs achats sur le site Doctipharma et non sur celui de la pharmacie auprès de laquelle ils vont ensuite récupérer les médicaments.



En effet, ce document, établi par la société Doctipharma elle-même, précise :
" En contrepartie de la fourniture par Doctipharma des prestations visées aux conditions générales de conception, d'hébergement et de maintenance du site selon les conditions définies en Annexe 1, le pharmacien versera à Doctipharma les sommes définies au sein du devis accepté par le pharmacien.

Les conditions et modalités financières sont mises en œuvre dans le cadre du module de paiement sécurisé comprenant un compte dédié pour les flux financiers du commerce électronique en faveur du pharmacien.

Les factures correspondant à ces rémunérations seront disponibles dans l'espace vendeur à l'issue de chaque période de facturation. Elles doivent être payées dans un délai maximum de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les sommes dues à Doctipharma pourront être déduites de la somme reversée à la pharmacie à l'issue de chaque période de facturation, par compensation dans le respect des conditions définies aux articles 1289 et suivants du Code civil de sorte à ce que le pharmacien n'est pas à effectuer de virement vers le compte de Doctipharma."

La "compensation" évoquée atteste d'une perception des fonds par Doctipharma, et non par la pharmacie, ce qui nécessite que l'internaute soit resté sur le site *Doctipharma.fr* jusqu'au règlement du médicament.

Sur l'élément intentionnel

Quant à l'élément intentionnel, il convient de relever que le contexte juridique, bien que récent, paraissait stabilisé depuis l'arrêté du 20 juin 2013 du ministre de Santé relatif aux Bonnes pratiques, soit depuis plus d'un an au moment des faits. Cependant, cet arrêté a été annulé par un arrêt du Conseil d'Etat peu après les faits, le 16 mars 2015.

Par ailleurs, le projet Doctipharma ne visait pas à assurer un site marchand, ainsi que l'indiquait le 10 avril 2014 Mme BARRE, directrice générale de l'entreprise :

"Doctipharma n'est pas un site de e-commerce. Nous ne vendons rien. Les officines ont leur site à part entière, avec des URL propres à chaque site. Le patient achète directement aux pharmaciens..." (Pièce n°2b SFEZ). M. SFEZ soutient aussi que la société Doctipharma a pris de précautions en amont en sollicitant des juristes : si M. SFEZ ne peut en apporter la preuve, cela peut s'expliquer dans la mesure où il a quitté le groupe Lagardère en avril 2019 et que la citation lui a été délivrée le 20 novembre 2020, soit près de 18 mois après son départ.

Enfin, il ressort du contrat qu'il était demandé aux pharmacies partenaires de respecter la réglementation qui exigeait, à l'époque, l'autorisation préalable de l'ARS territorialement compétente.

Au demeurant, comme l'a fait remarquer M. SFEZ à l'audience au soutien de sa bonne foi, des autorisations ont été données aux pharmacies partenaires dès 2014 par des ARS (celle de Provence Alpes-Côte d'azur en septembre 2014, celle d'Auvergne en décembre 2014), et si, pour la première pharmacie, l'autorisation a pu être donnée sur une maquette de la plateforme, en revanche, pour la deuxième, le site fonctionnait déjà. Donc l'autorisation donnée a pu l'être sur le site en réel.

Pour l'ensemble de ces motifs, il convient de renvoyer M. SFEZ des fins de la poursuite, et, par conséquent, la société Doctipharma qu'il dirigeait.

En conséquence, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

ELEMENTS RELATIFS AU PARCOURS ET A LA PERSONNALITE

S'agissant de la SAS DOCTIPHARMA, prévenue personne morale

La SAS DOCTIPHARMA est une société créée le 1er juillet 2013 par le groupe LAGARDERE dont l'objet social est le conseil en systèmes et logiciels informatiques.

Elle a pour objet d'accompagner les pharmaciens dans la vente en ligne de produits de parapharmacie et de médicaments disponibles sans ordonnance.

L'intégralité des titres de la SAS DOCTIPHARMA était détenue par la société DOCTISSIMO, filiale du groupe LAGARDERE depuis 2008, avant d'être transférée à la société HACHETTE FILIPACCHI PRESSE à l'exception d'une action cédée à un fonds d'investissement.

Par un contrat de cession d'actions en date du 13 février 2019, la société HACHETTE FILIPACCHI PRESSE a cédé l'intégralité des titres qu'elle possédait de la société DOCTIPHARMA à la société suisse ZUR ROSE GROUPE AG.

La société DOCTIPHARMA, dont le siège social était situé à Levallois-Perret au moment des faits visés par la prévention est désormais sise 33 rue La Fayette dans le 9ème arrondissement de Paris.

A l'époque des faits visés par la prévention, Fabien SFEZ occupait les fonctions de président de la société DOCTIPHARMA et était également le directeur général en charge de la technologie du digital pour la société LAGARDERE ACTIVE et l'ensemble du groupe LAGARDERE.

La société DOCTIPHARMA a conçu et développé un site web devenu www.Doctipharma.fr, actif depuis mars 2014 pour la vente de produits de parapharmacie. Depuis novembre 2014, le site vend également des médicaments disponibles sans ordonnances.

Le casier judiciaire en date du 3 novembre 2021 ne fait mention d'aucune condamnation.

S'agissant de Fabien SFEZ

Fabien SFEZ est aujourd'hui retraité et exerce toujours une activité de consultant. Il indique gagner 150 000 euros par an.

Il est marié et père de deux enfants dont un à charge. L'une de ses filles est pharmacienne. Sa femme est juriste au crédit foncier.

Il quitte le lycée avant l'obtention de son baccalauréat et commence à travailler dans une entreprise d'informatique avant d'être repéré puis embauché en qualité de consultant informatique par un des clients de cette société.

Il occupe par la suite des fonctions stratégiques dans de grandes entreprises, notamment le groupe CANAL+, la société VIVENDI, la société FNAC, la société PIXMANIA et le groupe LAGARDERE.

C'est au sein du groupe LAGARDERE, qui a acquis la société DOCTISSIMO en 2008, que Fabien SFEZ a l'idée de créer la société DOCTIPHARMA, dont l'objet est d'accompagner les pharmaciens dans le monde digitalisé. Dans le cadre de ses fonctions, il a été amené à superviser la conception du projet.

Entendu par la Cour, M. SFEZ être le président de la société SAFIAN qui aidait d'autres sociétés à se débarrasser des nuisibles et en matière de climatisation et de protection incendie. Ses revenus étaient de 180 000 euros par an. Il travaillait pour le compte d'une autre société et avait investi dans le fond Albert capital. Il était en couple depuis 41 ans avec une juriste dont les revenus étaient de 40 à 60 000 euros par an. Il avait deux enfants qui n'étaient plus à charge. Il était propriétaire de son appartement et n'avait aucun crédit.

Le casier judiciaire en date du 3 novembre 2021 ne fait mention d'aucune condamnation.

LES APPELS

Le 20 octobre 2021, le Procureur de la République faisait appel principal du jugement sur le dispositif pénal, le CNOP (CNOP) ayant formé le 28 octobre 2021 appel incident.

A l'audience du 4 octobre 2022, M. SFEZ et la société DOCTIPHARMA ont comparu, assistés de leur conseil et le CNOP et PARS étaient représentés par leur conseil.

Le conseil de la société DOCTIPHARMA a sollicité que la cour sursoit à statuer dans l'attente de l'arrêt sur le fond de la cour d'appel de renvoi de Paris ou, à tout le moins, dans l'attente des réponses qui seront apportées par Cour de justice de l'Union Européenne aux questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Paris.

Il faisait valoir que si la Cour de justice de l'Union Européenne apportait des réponses confirmant l'interprétation de la société DOCTIPHARMA, l'infraction reprochée à cette dernière n'était pas constituée. Par conséquent, afin d'éviter toute contradiction entre les décisions de la cour d'appel saisie au civil et de la cour d'appel saisie au pénal, il convenait dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer.

Le conseil du CNOP, entendu en sa plaidoirie, a déclaré s'en remettre à justice.

Le conseil de l'ARS d'Ile de France, entendu en sa plaidoirie, a déclaré s'en remettre à justice.

L'avocat général s'est opposé à la demande pour les motifs invoqués au jugement.

Le conseil de M. SFEZ, entendu en sa plaidoirie, a déclaré s'en remettre à la sagesse de la cour.

Aux termes d'un arrêt en date du 23 janvier 2023, la Cour d'appel de Paris a :

- déclaré les appels du Procureur de la République et du CNOP recevables,
- dit n'y avoir lieu de joindre l'incident au fond,
- sursi à statuer dans l'attente de la décision de la CJUE sur les questions posées par la cour d'appel de Paris par arrêt du 17 septembre 2021
- et renvoyé à l'audience du 8 janvier 2024.

Aux termes d'un arrêt en date du 29 février 2024, la CJUE a dit pour droit :

1) L'article 1^{er} point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, et l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil, du 9 septembre 2015, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, doivent être interprétés en ce sens que : un service fourni sur un site Internet consistant à mettre en relation des

pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, de médicaments non soumis à prescription médicale relève de la notion de " service de la société de l'information », au sens de ces dispositions.

2) L'article 85 quater de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2011, doit être interprété en ce sens que : les États membres peuvent, sur le fondement de cette disposition, interdire la fourniture d'un service consistant à mettre en relation, au moyen d'un site Internet, des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, de médicaments non soumis à prescription médicale, s'il s'avère, compte tenu des caractéristiques dudit service, que le prestataire du même service procède lui-même lui-même à la vente de tels médicaments sans y être autorisé ou habilité par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il est établi.

La CJUE motivait sa décision notamment, comme suit :

57. Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux deuxième à sixième questions que l'article 85 quater de la directive 2001/83 doit être interprété en ce sens que les États membres peuvent, sur le fondement de cette disposition, interdire la fourniture d'un service consistant à mettre en relation, au moyen d'un site Internet, des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, de médicaments non soumis à prescription médicale, s'il s'avère, compte tenu des caractéristiques dudit service, que le prestataire du même service procède lui-même à la vente de tels médicaments sans y être autorisé ou habilité par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il est établi.

A l'audience de renvoi du 10 juin 2024, la SAS DOCTIPHARMA était représentée par son conseil. Il convient par conséquent de statuer à son égard par arrêt contradictoire.

Entendu par la Cour, son conseil expliquait que la SAS DOCTIPHARMA avait cessé complètement son activité, sans pouvoir préciser à quelle date, et ne disposait plus d'aucun contrat actif avec une pharmacie. A sa connaissance, il n'existait pas d'équivalent en France. Il précisait que la société était active en revanche en Allemagne et en Espagne, le siège de la société étant basé en Suisse et l'activité principale développée en Allemagne. La société existait encore n'avait plus ni employés, ni activité. La société n'avait pas fait l'objet d'autres poursuites, à sa connaissance.

M. SFEZ comparait, assisté de son avocat. Il convient par conséquent de statuer à son égard par arrêt contradictoire.

Entendu par la Cour concernant les faits, il expliquait qu'il avait été responsable, d'une partie technique et d'une partie digitale avec les radios et les applications internet. Il avait été Président de la société Doctissimo. La société avait fait des études afin d'augmenter son chiffre d'affaires et s'étant rendu compte qu'elle avait atteint un plafond, avait considéré deux voies viables : la première mon docteur qui était à l'initiative de Doctolib et Doctipharma qui permettait aux pharmaciens de développer des sites. La société avait développé le site Internet après avoir consulté des conseils juridiques, une nouvelle réglementation au niveau européen sur la vente des médicaments étant en projet. Il s'agissait de mettre à la disposition des pharmaciens une plateforme technique permettant le développement d'un site Internet dans le respect de la réglementation mettant en relation l'internaute et la pharmacie pour la vente de parapharmacie et de médicaments sans ordonnances, les ventes étant réalisées par un pharmacien, depuis son officine et depuis ses stocks. La société s'était adossée à une plate-forme technique permettant la mise à disposition d'un paiement par carte bancaire.

Concernant le fonctionnement du site Internet, il indiquait que la personne se connectait sur le site Doctipharma et cliquait sur le médicament recherché, ce qui le conduisait aux pharmacies en disposant et disposant de l'autorisation de vente par Internet de l'ARS. Au moment de la création de son compte sur Doctipharma, la personne indiquait sa pharmacie de référence ou son code postal, ce qui permettait de lui proposer des pharmacies à proximité. Il devait également remplir un questionnaire en ligne, mis à disposition du pharmacien afin de détecter les contre-indications éventuelles de certains médicaments, Doctipharma n'ayant pas accès à ce document.

Une dizaine de pharmacies usaient de cette plateforme. Après avoir choisi sa pharmacie en cliquant dessus, il réglait sa commande au pharmacien par carte bancaire par l'intermédiaire d'un outil commun à toutes les pharmacies. Le pharmacien informé de cette transaction, devait la valider et mettre le produit de côté. Le paiement était crédité sur un compte puis transféré sur celui du pharmacien, sans prélèvement de commission, les pharmaciens s'acquittant seulement d'un abonnement de 30 à 50 euros par mois. La pharmacie disposait via la plateforme d'une facture éditée et livrait le produit au client.

Doctipharma ne permettait pas en revanche de gérer les stocks des pharmaciens.

Il n'existait aucun lien entre Doctolib et Doctipharma.

La parapharmacie représentait 80% des ventes et les médicaments sans ordonnance 20%.

Il ne s'agissait pas de courtage, la société mettant seulement à disposition un support technique permettant une mise en relation.

Il concluait en indiquant qu'il avait cherché à respecter les règles et que les pharmaciens avec lesquels ils avaient travaillé disposaient tous d'une autorisation des ARS.

Il avait été surpris de cette poursuite pénale.

Le conseil du CNOP, entendu en sa plaidoirie au soutien de ses conclusions, sollicitait la confirmation du jugement sur la recevabilité de la constitution de partie civile, l'infirmerie du jugement sur le surplus, la condamnation solidaire de la SAS DOCTIPHARMA et de M. SFEZ à payer au CNOP la somme de 2 000 euros à titre de dommages et intérêts, la condamnation de la SAS DOCTIPHARMA et de M. SFEZ à payer chacun au CNOP la somme de 1 000 euros, en application de l'article 475-1 du code de procédure pénale (CPP).

Il faisait valoir que la diffusion des produits objets de la prévention relevait du monopole pharmaceutique et que si la vente de médicaments pouvait être faite par voie électronique, c'était à condition que le site internet soit exploité par une officine de pharmacie. L'arrêt rendu le 29 février 2024 par la CJUE ne remettait aucunement en cause la réalité de la matérialité de l'infraction d'exercice illégal de la pharmacie.

Aux termes de l'article L. 4211-1 du code de la santé publique :

" Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent code :

1° La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ;

4° La vente en gros, la vente au détail, y compris par internet, et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3°.

La notion de médicament était définie par l'article L. 5111-1 du code de la santé publique. Selon ce texte :

"1. On entend par médicament à usage humain toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier ses fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique ()."



Aux termes de l'article L. 5111-2 du code de la santé publique " On entend par spécialité pharmaceutique, tout médicament préparé à l'avance, présenté sous un conditionnement particulier et caractérisé par une dénomination spéciale ".

Les textes spécifiques applicables à la vente de médicaments par le biais d'internet confirment que cette activité est réservée à la seule profession de pharmacien, sans qu'un tiers ne puisse s'y immiscer en prenant une part active dans le processus de vente. Il s'agit d'abord de la directive 2011/62/UE et des principes dégagés par la CJUE (1.3.1), mais aussi des textes nationaux pris en application de la directive.

Aux termes de son arrêt DocMorris du 11 décembre 2003 (C-322/01), la CJCE a conditionné la licéité de la vente de médicaments par le biais d'internet au respect d'un certain nombre de conditions :

- le commerce électronique de médicaments est soumis au monopole pharmaceutique, la pharmacie virtuelle devant être soumise au même contrôle des autorités que l'officine dite " de brique et de mortier ",
- le commerce électronique de médicaments doit permettre une interaction effective entre le pharmacien et le patient,
- au regard de leur dangerosité, les médicaments soumis à prescription médicale obligatoire peuvent être exclus de la vente par le biais d'internet.

La directive 2011/62/UE souligne d'emblée les risques liés à la vente de médicaments par le biais d'internet, raison pour laquelle les Etats-membres peuvent parfaitement la confier aux seuls pharmaciens, choix qu'a fait le législateur français.

C'est pourquoi l'article 85 quarter - 1 de cette directive dispose : " Les États membres veillent à ce que les médicaments soient offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information (__) aux conditions suivantes :

- a) La personne physique ou morale offrant des médicaments est autorisée ou habilitée à délivrer des médicaments au public, également à distance, conformément à la législation nationale de l'État membre dans lequel cette personne est établie ". Or, il s'agit, en France, de la seule profession de pharmacien.

Les articles du code de la santé publique spécifiques au commerce électronique de médicaments rappellent également que cette activité ne peut être effectuée que par un pharmacien et, plus particulièrement, qu'un site internet proposant la vente en ligne de médicaments doit être le prolongement d'une officine de pharmacie physique.

C'est ainsi que l'article L. 5125-33 du code de la santé publique dispose : " On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne.

L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie. La création et l'exploitation d'un tel site sont exclusivement réservées aux pharmaciens suivants :

- 1° Pharmacien titulaire d'une officine,
- 2° Pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres. "

L'article L. 5125-35 du même code précise :

" La création du site internet de commerce électronique de médicaments de l'officine de pharmacie prévu au troisième alinéa de l'article L. 5125-33 est subordonnée à l'ouverture effective de la pharmacie. "

En conséquence, d'une part, une pharmacie désirant se livrer au commerce électronique de médicaments doit exploiter directement son site internet et, d'autre part, tout site se livrant au commerce électronique de médicaments doit être exploité par une officine de pharmacie et une seule.

A ce sujet, le Conseil d'Etat a considéré que l'exigence de réaliser l'activité de commerce électronique de médicaments à partir du site internet d'une officine de pharmacie, dont la création est subordonnée à l'existence d'une licence et à l'ouverture effective de la pharmacie, est justifiée par des considérations de protection de la santé publique. En l'occurrence, il s'agit de lutter contre le risque de commercialisation de médicaments falsifiés par le moyen de la vente à distance et de garantir le respect par le pharmacien de son devoir particulier de conseil. Il a ainsi jugé que l'impossibilité de créer un site Internet commun à plusieurs officines de pharmacie ne méconnaissait pas les objectifs de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la licéité des plateformes de commerce électronique de médicaments, fournissant un catalogue commun à plusieurs officines.

Par arrêt du 25 mars 2016, la Cour d'appel de Paris a condamné la société Enova Santé, en retenant qu'elle avait commis une faute délictuelle au préjudice de l'Ordre des pharmaciens. Ce faisant, les juges d'appel ont retenu que la société Enova santé avait créé une plateforme de mise en relations entre des internautes clients et des officines de pharmacie, permettant aux patients d'acheter sur la plateforme des médicaments, en indiquant les spécialités pharmaceutiques qu'ils souhaitaient se voir délivrer puis en sélectionnant l'officine de pharmacie qui procédera à la livraison des produits. La cour a jugé que ce faisant cette société avait violé les textes encadrant le commerce électronique de médicaments, puisque la plateforme participait à la vente de médicaments alors qu'elle n'était pas elle-même le prolongement d'une officine de pharmacie. Les juges d'appel ont notamment retenu dans leur motivation que le code de la santé publique proscrivait toute immixtion de tiers dans la relation patient /pharmacien (article L. 5125-25 du code de la santé publique)

Concernant le site *www.Doctipharma.fr*, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par arrêt du 19 juin 2019, a décidé que " l'activité que la société Doctipharma exerçait sur son site consistait, notamment, à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente de médicaments, ce dont il résultait qu'elle avait un rôle d'intermédiaire entre eux et participait de la sorte au commerce électronique de vente de médicaments bien que n'étant pas pharmacien ", ce qui est contraire aux articles L. 5125-25 alinéa 2 et L. 5125-26 du code de la santé publique (Com. 19 juin 2019, n° 18- 12.292, Bull.).

Dans son arrêt en date du 29 février 2024, la CJUE considère que : " les États membres peuvent interdire la fourniture d'un service consistant à mettre en relation, au moyen d'un site internet, des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, de médicaments non soumis à prescription médicale, s'il s'avère, compte tenu des caractéristiques dudit service, que le prestataire du même service procède lui-même à la vente de tels médicaments sans y être autorisé ou habilité par la législation de l'État membre sur le territoire duquel il est établi " (§57).

Aussi, elle précise : " Afin de déterminer si un service tel que celui fourni par Doctipharma peut être interdit sur le fondement de législations nationales adoptées conformément à l'article 85 quater, paragraphe 1, sous a), de la directive 2001/83, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si, compte tenu des caractéristiques de ce service de mise en relation de pharmaciens et de clients pour la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription médicale, le prestataire dudit service doit être regardé comme se bornant, par une prestation propre et distincte de la vente, à mettre en relation des vendeurs avec des clients, ou si ce prestataire doit être considéré comme étant lui-même prestataire de la vente.

Or, l'analyse des éléments factuels du dossier permettait de considérer que Doctipharma prenait activement part à l'opération de vente et à cet égard, commet un exercice illégal de la pharmacie.

En effet, cette société proposait à la vente, sur la page générale de son propre site, les spécialités pharmaceutiques Dafalgan 500 mg gélules, Doliprane 500 mg comprimés et poudre pour solution buvable ou encore Efferalgan 500 mg comprimés effervescents. Le client pouvait finaliser sa commande sans avoir été redirigé vers le site d'une des officines. À chaque instant de la commande, l'intitulé du site apparaissait dans la barre d'adresse, y compris lorsque le prix des médicaments mis à la vente étaient apparents, ceci prouvant que les échanges d'informations avaient bien lieu entre le consommateur et DOCTIPHARMA et non un pharmacien d'officine. Or selon l'article L.5125-33 du code de santé publique, c'est le pharmacien qui exploite directement et personnellement le site de vente par internet de médicaments et qui est responsable du contenu du site-internet qu'il édite et des conditions dans lesquelles l'activité de commerce électronique de médicaments s'exerce.

Au regard de ce qui précède, c'était à bon droit que le tribunal avait retenu dans son jugement du 13 octobre 2021 que l'élément matériel de l'infraction d'exercice illégal de la pharmacie était caractérisé, aux motifs que la plateforme avait proposé à la vente, sous l'onglet "douleurs et fièvres", plusieurs médicaments, que le choix du médicament s'opérait avant la redirection vers l'officine de pharmacie, que l'achat du médicament s'effectuait avant la redirection vers l'officine de pharmacie et que le prix était versé entre les mains de Doctipharma.

Le site proposait en outre un catalogue de médicaments aucunement rattaché à une pharmacie.

Contre toute attente, le tribunal avait relaxé M. SFEZ et la SAS DOCTIPHARMA en retenant que l'élément intentionnel n'était pas caractérisé, aux motifs que le contexte juridique paraissait stabilisé depuis l'arrêté du 20 juin 2013 du ministre de la Santé relatif aux Bonnes pratiques, arrêté par la suite annulé par un arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 2015, alors que cet arrêté prévoyait déjà à l'époque des faits, que le commerce électronique des médicaments devait être réalisé à partir d'un site internet adossé à une pharmacie d'officine elle-même autorisée, disposition par ailleurs toujours en vigueur et prévue à l'article R. 5125-71 du code de la santé publique. Les articles fixant le monopole pharmaceutique, que ce soit de manière générale (L. 4211-1 du CSP) ou spécifiquement au regard du commerce électronique (L. 5125-33 CSP) n'avaient pas évolué dans leurs contours depuis la transposition de la directive 2011/62.

Le tribunal avait retenu également la bonne foi du fait des autorisations délivrées aux pharmaciens partenaires de la SAS DOCTIPHARMA alors que les ARS n'avaient pas une connaissance précise du système mis en œuvre par DOCTIPHARMA et que des notes des ARS avaient été adressées à des pharmaciens afin de cesser tout commerce électronique de médicaments via le site www.Doctipharma.fr.

Sur les intérêts civils, l'article L. 4233-1 du code de la santé publique donnait compétence au CNOP 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 ".

Or en vertu de l'Ordonnance du 5 mai 1945, le CNOP veillait au respect des dispositions protectrices de la santé publique notamment à travers la défense de l'intérêt collectif de la profession de pharmacien. L'exercice illégal de la pharmacie avait pour effet de causer un préjudice direct à l'intérêt collectif de la profession de pharmacien. Cette plateforme, en lien avec le forum Doctissimo, présentait le risque de surconsommation de médicaments et notamment de paracétamol, substance active qui représente un fléau en cas de mésusage et qui n'est plus en accès libre dans les pharmacies. Enfin, le système conçu par Doctipharma ne permettait pas le libre choix de la pharmacie par le patient.

L'exercice illégal de la profession de pharmacien et plus généralement le mépris des règles relatives à la vente de médicament, contraignait le CNOP et donc l'ensemble de la profession à mettre en œuvre des frais de prévention et d'information du public afin de sauvegarder la santé publique.

L'ARS d'Ile de France ne comparaissait pas et n'était pas représentée.

L'avocat général sollicitait la confirmation du jugement.

Le conseil de la SAS DOCTIPHARMA, entendu en sa plaidoirie au soutien de ses conclusions, sollicitait la confirmation du jugement, le débouté de la partie civile et la condamnation de cette dernière au paiement de la somme de 468 euros hors taxes au titre de l'article 800-2 du CPP.

Il faisait valoir que Le cadre légal et réglementaire de la vente en ligne de médicaments avait été marqué par une forte instabilité législative et réglementaire et des évolutions jurisprudentielles permanentes.

Au départ, la directive européenne n° 2011/62/UE du 8 juin 2011 avait introduit un titre VII bis relatif à la vente à distance au public de médicaments, dans le code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (Pièce n°4).

L'article 85 quater de la directive imposait aux Etats membres d'autoriser la vente en ligne de médicaments dans les conditions suivantes : " Sans préjudice des législations nationales qui interdisent l'offre à la vente à distance au public de médicaments soumis à prescription, au moyen de services de la société de l'information, les États membres veillent à ce que les médicaments soient offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information tels que définis dans la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information " (Pièce n°4).

L'alinéa 2 de cet article prévoit que toute mesure susceptible de restreindre la délivrance au détail de médicaments offerts à la vente en ligne au public doit être justifiée par la protection de la santé publique :

" Les États membres peuvent imposer des conditions, justifiées par la protection de la santé publique, pour la délivrance au détail, sur leur territoire, de médicaments offerts à la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information. " (Pièce n°4).

Cette directive a été transposée en droit interne par ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 aux articles L. 5125-33 à L. 5125-41 du code de la santé publique et un décret d'application du 31 décembre 2012 a été édicté. A compter de fin 2012, le droit français a donc autorisé, tout en l'encadrant, l'activité de vente en ligne de médicaments sans prescription obligatoire. Les principales dispositions issues de cette ordonnance sont les suivantes :

- " l'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie " (art. L. 5125-33 du code de la santé publique) ;
- l'activité de commerce électronique est limitée aux seuls médicaments qui ne sont pas soumis à prescription obligatoire (art. L. 5125-34 du code de la santé publique) ;
- une simple déclaration préalable auprès du directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) territorialement compétente est, désormais, suffisante pour créer un site de vente en ligne de médicaments depuis une loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (dite loi ASAP). Auparavant, une autorisation formelle de l'ARS était nécessaire, autorisation que les officines de pharmacies utilisatrices de la solution Doctipharma avaient obtenue (Pièce n°5).

Par ailleurs, un arrêté du 20 juin 2013 est venu compléter ce cadre réglementaire afin de préciser les " bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique " (Pièce n°6).

Il précisait en son point 1.2 Règles techniques que : " La sous-traitance à un tiers de tout ou partie de l'activité de vente par internet est interdite, à l'exception de la conception et de la maintenance techniques du site internet, qui ne peuvent cependant pas être confiées à une entreprise produisant ou commercialisant des produits de santé mentionnés à l'article L. 5311-1 du code de la santé publique. " (Pièce n°6).

C'était précisément le modèle qui était proposé par Doctipharma à l'époque des faits. Son activité se limitait, en effet, à la seule conception et maintenance technique des sites internet des officines ayant recours à ses services. Chaque pharmacien d'officine conservait l'entière maîtrise des conditions de vente et du processus de commercialisation.

Cet arrêté a été annulé par le Conseil d'Etat en mars 2015 (Pièce n°7).

Deux arrêtés étaient venus le remplacer :

- l'Arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières ;
- l'Arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments.

Ce dernier texte a repris les éléments relatifs à la sous-traitance de l'arrêté annulé par le Conseil d'Etat et a ajouté la possibilité de faire réaliser l'administration du site internet par un personnel habilité par le pharmacien : " L'administration du site internet (qui comprend notamment la gestion des contenus du site internet, à l'exception des données de santé) ne peut être réalisée que par des personnels disposant d'une habilitation délivrée par le pharmacien " (Pièce n°8).

Là encore, la solution que proposait Doctipharma était en tous points conforme aux normes en vigueur.

Cela était d'autant plus vrai que l'Autorité de la concurrence n'avait cessé d'inciter à de nouveaux assouplissements du cadre légal et réglementaire applicable à la vente en ligne de médicaments, jugeant celui-ci trop restrictif et contraire à l'esprit de la directive.

Dans son avis n° 19-A-08 du 4 avril 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée, l'Autorité de la concurrence relevait ainsi que la réglementation en matière de commerce électronique de médicaments avait besoin d'être assouplie afin de rétablir une égalité des conditions de concurrence entre les acteurs au niveau européen : " Les besoins d'assouplissement identifiés portent sur :

a. le développement de la cyberpharmacie, notamment de l'activité de vente en ligne de médicaments à prescription médicale facultative, pour permettre aux professionnels français de tirer pleinement parti de l'ouverture de la vente en ligne de médicaments sans ordonnance, décidée au niveau européen. Il convient aujourd'hui de rétablir une égalité des conditions de concurrence entre les acteurs établis en France et ceux opérant depuis des pays voisins, notamment la Belgique : ces derniers profitent aujourd'hui des rigidités du cadre français pour développer fortement leur activité auprès des patients français, tandis que les acteurs opérant en France sont bridés par de multiples contraintes que la protection de la santé publique, objectif en soit plus que légitime, ne justifie pas toujours (exemple : interdiction de recourir au référencement pour faire connaître un site de vente en ligne, contrainte sur le lieu de stockage et sa distance par rapport à l'officine, etc.) (section H) " (Pièce n°9).

L'Autorité de la concurrence s'était également montrée favorable à l'introduction de la possibilité pour les officines de regrouper leur offre via un site commun : " dans un marché où la création d'un site internet s'avère coûteuse et complexe en raison des contraintes réglementaires, et où les possibilités de se différencier des concurrents sont extrêmement réduites par les règles encadrant la communication des sites de pharmacies, il serait nécessaire que les pharmaciens puissent, a minima, mutualiser leurs moyens et regrouper leurs offres sur des sites communs. Il apparaît donc pertinent de prévoir explicitement dans la réglementation la possibilité pour les pharmaciens de vendre des médicaments à prescription médicale facultative via des plateformes de mise

en relation, (). Ces facultés pourraient être conditionnées à l'identification du pharmacien et à sa complète maîtrise de l'acte de dispensation du médicament, le site commun ne constituant qu'une interface technique mutualisée " (Pièce n°9).

A ce stade, la CJUE avait fixé le cadre légal dans lequel la vente en ligne de médicaments sans ordonnance devait être effectuée.

C'était uniquement à l'occasion de la citation à comparaître devant le tribunal correctionnel de Paris que le nouvel actionnaire de Doctipharma, la société suisse Zur Rose Group AG, désormais DocMorris AG, avait découvert l'existence d'une enquête pénale précédée de plusieurs contrôles administratifs diligents par les autorités de tutelle dès 2015.

Ainsi, le 22 janvier 2015, un signalement avait été adressé par le président de l'Ordre national des pharmaciens de la région PACA-Corse à l'ARS de cette région (Pièce n°10). Il était indiqué ce qui suit :

" La société Doctipharma semble jouer un rôle actif dans l'organisation du commerce électronique de médicaments " car lors d'une commande de médicaments proposés par l'officine St Barthélemy sur le site www.Doctipharma, l'internaute demeure, à toutes les étapes, sur ce site mère et non sur celui de l'officine, ce qui est contraire à la réglementation ".

Le référencement de la pharmacie St Barthélemy avait pourtant obtenu une autorisation de l'ARS (Pièce n°11) qui avait considéré que les conditions d'exploitation du site internet de la pharmacie St Barthélemy, adossé à la solution technique DOCTIPHARMA, répondaient aux exigences légales et réglementaires en vigueur (Pièce n°11).

De son côté, l'ARS Ile-de-France avait procédé à un contrôle administratif entre le 16 décembre 2014 et le 23 février 2015. Dans son rapport intitulé " Constats de dysfonctionnements du site de commerce électronique de médicaments de l'enseigne Doctipharma " du 24 février 2015, l'ARS concluait : " Ce site créé par la société DOCTIPHARMA n'est pas adossé à une officine de pharmacie disposant d'une licence et de ce fait, ne peut être autorisé par une ARS. Un tiers ne peut réaliser que la conception et la maintenance d'un site de commerce électronique de médicaments. En l'espèce, Monsieur Fabien SFEZ ainsi que la société DOCTIPHARMA vont au-delà de leurs prérogatives en proposant des médicaments à la vente sur le site internet www.doctipharma.fr (Pièce n°12).

M. SFEZ avait personnellement répondu à l'ARS par une lettre du 4 mars 2015 adressée au Procureur de la République, en rappelant : " La société DOCTIPHARMA propose uniquement sur le marché la conception et la maintenance d'une solution technique permettant aux pharmaciens qui le souhaitent de mettre en ligne un site de vente de médicaments. Cela est parfaitement illustré au sein des Annexes 1 et 2 de votre procès-verbal de constat qui représentent le haut (Annexe 1) et le bas (Annexe 2) d'une seule et même page web.

Au sein de l'Annexe 1 du procès-verbal de constat, seul le bandeau " médicaments " est représenté et les médicaments ne sont pas proposés à la vente. Au sein de l'Annexe 2 du procès-verbal de constat, en revanche les médicaments sont présentés à la vente (avec leur prix) dans le strict respect des dispositions de l'Arrêté et le pharmacien les proposant à la vente est clairement et distinctement identifié sous chacun desdits médicaments " (Pièce n°14).

L'ARS d'Ile-de-France, invitée à formuler toute observation utile, le 29 juillet 2016, adressait les observations suivantes : " à la date de cette réponse, le site présentait toujours un catalogue de médicaments à la vente. L'internaute accédant à ce catalogue n'était pas sur un site adossé à une licence d'officine Si, ensuite, il cliquait sur l'un de ces médicaments pour en faire la commande, tout en restant sur le site, il y déposait ses données de santé à caractère personnel et pouvait finaliser sa commande sur ce site sans avoir été redirigé vers le site d'une des officines. Toujours est-il que le fait que la société DOCTIPHARMA recueille les commandes des consommateurs internautes

pour ensuite les attribuer à une officine de pharmacie, avec ou sans leur consentement, constitue une activité de courtage (article L. 5124-19 et -20 du CSP) " (Pièce n°16).

L'ARS a, par ailleurs, fait savoir qu'elle avait procédé à un nouveau contrôle sur écran du site Doctipharma du 27 au 29 avril 2015 au cours duquel il avait été constaté ce qui suit : " une officine (Pharmacie du Lac -Annecy, 74000) a été autorisée par l'ARS Rhône Alpes à exploiter un site de VMI Doctipharma, le 26 février 2015 soit postérieurement au précédent contrôle de l'ARS " (Pièce n°16). " Par contre, désormais, si l'internaute choisit d'abord le site d'une officine, tout le processus de vente s'effectue sur celui-ci (ce qui n'existait pas lors du 1er contrôle de l'ARS ".

Le 10 avril 2017, les services de police avaient débuté leurs investigations par des contrôles écrans du site internet de DOCTIPHARMA. Ce contrôle avait abouti au constat selon lequel la vente de médicaments sans ordonnance n'était effectivement plus proposée par DOCTIPHARMA. Seuls des produits de parapharmacie étaient désormais disponibles sur le site (Pièce n°19).

Le 14 décembre 2017, la police judiciaire avait reçu pour instruction de suspendre les investigations (Pièce n°21), à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 12 décembre 2017 rendu dans une procédure civile parallèle engagée par l'Union des Groupements de Pharmaciens d'officine (UDGPO) contre DOCTIPHARMA (Pièce n°22) qui avait validé le modèle de DOCTIPHARMA en l'ensemble de ses composantes et avait autorisé les officines à utiliser la plateforme Doctipharma pour vendre des médicaments sans ordonnance en ligne selon les conditions et formes initialement retenues (Pièce n°22).

Le 30 janvier 2015, l'UDGPO avait fait assigner la société DOCTIPHARMA et la société Pictime SAS (connue sous son nom commercial Coreye), en tant qu'hébergeur informatique de Doctipharma, devant le tribunal de commerce de Nanterre en vue de leur enjoindre de cesser le commerce électronique de médicaments sans ordonnance sur le site [www. Doctipharma](http://www.Doctipharma). Par jugement du 31 mai 2016, le tribunal de commerce de Nanterre avait déclaré illicite le site de DOCTIPHARMA pour la partie vente de médicaments sans ordonnance sur le fondement des articles L. 5125-25 et L. 5125-26 du code de la santé publique, au motif pris de ce " qu'aucun intermédiaire quel qu'il soit ne peut s'immiscer dans la relation de vente entre une pharmacie et ses clients. " (Pièce n°24), arrêt infirmé par un arrêt du 12 décembre 2017 de la Cour d'appel de Versailles qui indiquait que " Le pharmacien dispose d'une adresse internet propre, d'une page d'accueil sur laquelle figure sa photographie, ses coordonnées téléphoniques et son adresse, ainsi qu'un onglet "contactez-moi". La Cour avait déduit que DOCTIPHARMA n'était bien qu'un simple prestataire de solutions techniques.

Suite à un pourvoi, le rapport du conseiller rapporteur près la Cour de cassation avait conclu au rejet, tout comme l'avocat général (Pièce n°25) et contre toute attente, cette position n'avait pas été suivie par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 juin 2019 aux motifs suivants : " La Cour d'appel qui a relevé que l'activité que la société DOCTIPHARMA exerçait sur son site consistait, notamment, à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente de médicaments, ce dont il résultait qu'elle avait un rôle d'intermédiaire entre eux et participait de la sorte au commerce électronique de vente de médicaments, bien que n'étant pas pharmacien, la cour d'appel, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations. " (Pièce n°26).

La CJUE dans un arrêt le 29 février 2024 (Pièce n°37), a considéré qu'un service tel que celui fourni par DOCTIPHARMA devait être qualifié de service de la société de l'information s'agissant d'un service prêté, d'une part, à la demande individuelle des pharmaciens, ceux-ci devant souscrire au site Internet de Doctipharma pour pouvoir bénéficier dudit service, et, d'autre part, à la demande individuelle des clients, ceux-ci devant créer un compte client pour pouvoir accéder aux sites des pharmaciens de leur

choix en vue d'acheter, sur commande, des médicaments non soumis à prescription médicale.

La CJUE avait rappelé que l'article 85 quarter paragraphe 1 de la directive du 8 juin 2011 disposait que les Etats membres doivent permettre la vente à distance de médicaments non soumis à prescription via des services de la société de l'information. Il leur appartient en revanche, au sens du paragraphe 2 de cet article, de déterminer qui peut vendre des médicaments à distance et imposer des conditions dès lors qu'elles sont justifiées par la protection de la santé publique. Cet arrêt constituait un désaveu de l'arrêt rendu par la Cour de cassation : si DOCTIPHARMA n'est pas identifié comme étant le vendeur, son activité doit être admise. (Pièce n°38)

Le pharmacien-inspecteur de santé publique, en charge de formuler des observations, dans sa note en date du 10 février 2020, concluait : " Le site Doct1pharma centralise les commandes en collectant des données de santé à caractère personnel par l'intermédiaire d'un questionnaire (imposé par les bonnes pratiques de vente électronique au détail de médicaments) sans qu'aucun lien direct ne soit établi entre l'acheteur (patient) et le site de la pharmacie d'of?cine, se rendait coupable d'exercice illégal de la pharmacie. La société éditrice, DOCTIPHARMA n'aurait dû avoir qu'un rôle de conception et de maintenance d'un site Internet, adossé à une pharmacie d'officine (---)

Enfin, le site semble éloigné dans sa construction de l'esprit du législateur qui compte-tenu de ce qui a été précédemment cité dans les bonnes pratiques (de 2013 et de (2016), souhaite une égalité de la qualité de la délivrance pharmaceutique dans les pharmacies et de manière électronique.

C'était dans ce contexte que la citation des prévenus était intervenue.

Le conseil insistait sur la période très courte et ancienne, du 16 décembre 2014 au 24 février 2015 (Pièce n°31). Le tribunal correctionnel de Paris avait prononcé la relaxe de la société DOCTIPHARMA et de M. SFEZ sur l'absence d'élément intentionnel. Le projet n'était pas en effet de vendre des produits.

S'agissant de l'élément matériel, l'article L. 4223-1 du code de la santé publique, fondement des poursuites, prévoit : " Le fait de se livrer à des opérations réservées aux pharmaciens, sans réunir les conditions exigées par le présent livre, constitue l'exercice illégal de la profession de pharmacien... "

L'article L. 5125-33 du code de la santé publique, prévoyait quant à lui, à l'époque des faits : " On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations. L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie. "

L'arrêté du 28 novembre 2016 relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments précise clairement que : " La sous-traitance à un tiers de tout ou partie de l'activité de vente par internet est interdite, à l'exception de la conception et de la maintenance techniques du site internet qui ne peuvent cependant pas être confiées à une entreprise produisant ou commercialisant des produits de santé visés à l'article L. 5311-1 du code de la santé publique (Pièce n°8).

C'était sur la base de cet arrêté, et pour des raisons évidentes de technicité, que DOCTIPHARMA avait lancé son activité en ayant recours à un hébergeur de données spécialisé, la société Coreye.

Or le principe de la légalité des délits et des peines impliquait que nul ne pouvait se voir pénalement sanctionné pour des comportements dont la commission n'était pas expressément interdite. Or en l'espèce, l'activité exercée par DOCTIPHARMA n'était pas illicite au regard des textes applicables.

La société ne vendait pas, acte défini par l'article 1582 du code civil lequel disposait : " L'acte de vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ", les pharmaciens ayant toujours conservé l'entière maîtrise de la fixation des conditions de vente et de l'entier processus de commercialisation. Le contrat fixant les relations entre DOCTIPHARMA et les pharmaciens était clair sur ce point : " DOCTIPHARMA fournit au Pharmacien les services suivants :

- 1) La conception (développement, réalisation, intégration des contenus) du site,
- 2) La mise en ligne du site,
- 3) La maintenance corrective et évolutive du site,
- 4) L'hébergement du site par un hébergeur agréé de données de santé au sens des dispositions de l'article L. 1111-8 du CSP dans les conditions définies en annexe 2 des Conditions Générales,
- 5) Des services d'assistance administrative. (Pièce n°33).

A partir du moment où les médicaments étaient présentés à la vente, avec affichage de leur prix, l'identité du pharmacien les proposant à la vente était clairement affichée sous chacun des médicaments, ce dont le tribunal a pris acte (Pièce n°12).

De la même manière, il ressortait du procès-verbal du 6 février 2015 qu'au moment où le client sélectionnait le produit qu'il entendait acheter, la barre de recherche indiquait le nom de la pharmacie sous chaque médicament et un encadré formalisait la proposition de vente individualisée avec mention du produit sélectionné par le client, du prix vendeur, de la pharmacie et de son numéro de téléphone. Seuls les pharmaciens avaient la responsabilité de déterminer les produits proposés à la vente, de fixer les prix ou de faire des remises et d'expédier les produits (Pièce n°34, page 65). Le paiement par carte bancaire offert ne caractérisait en aucune manière un rôle de vendeur, s'agissant d'une simple technique de paiement, par compensation de l'abonnement due à raison de la prestation proposée aux pharmaciens ayant recours à la plateforme Doctipharma. La CJUE a jugé qu'il était indifférent pour la qualification d'un service de la société de l'information, " que ce service soit fourni à titre gratuit à la personne qui achète le médicament non soumis à prescription, dès lors qu'il donne lieu à la conclusion entre le prestataire de ce service et chaque pharmacien ayant recours audit service d'un contrat de fourniture de services assorti d'un paiement. De même, seraient indifférents à cet égard le fait que, comme l'a indiqué DOCTIPHARMA, elle était, en vertu des conditions générales de vente, rémunérée par les pharmaciens qui souscrivaient à sa plateforme, sur la base d'un forfait ou encore, ainsi que l'a indiqué le gouvernement français, le fait que le service fourni par DOCTIPHARMA faisait l'objet d'un abonnement mensuel versé à DOCTIPHARMA par les pharmaciens clients et d'une rétrocession d'un pourcentage du montant des ventes, prélevé par la plateforme. " (Pièce n°37).

Enfin, si l'article L. 5125-33 du code de la santé publique posait le principe " une pharmacie = un site qui en est le prolongement virtuel ", il ne traitait aucunement de la manière par laquelle il serait imposé d'accéder audit site de la pharmacie procédant à la commercialisation des médicaments.

Concernant l'élément intentionnel, le conseil faisait valoir qu'en présence des autorisations de vente en ligne délivrées aux pharmaciens par l'ARS, la bonne foi de la société pouvait être retenue, ainsi que l'avaient retenu les Cours d'appel de Dijon et de Reims (CA Dijon, 15 juin 1994, Gaz. Pal. 1994. 2. Somm. 681 et CA Reims, 1er avril 1994, n°94/002240, Gaz. Pal., 1994 (1° sem.), p.316). Il convenait de rappeler à ce sujet que les demandes d'autorisation devaient, aux termes de l'article R. 5125-71 code de la santé publique, comporter "la description du site et de ses fonctionnalités permettant de s'assurer du respect de la législation et de la réglementation en vigueur".

En outre, ainsi que rappelé le cadre légal et réglementaire encadrant la vente en ligne de médicaments sans ordonnance était très instable depuis plusieurs années et faisait l'objet d'interprétations diverses et variées, souvent contradictoires.

La Cour d'appel de Versailles qui avait reconnu la légalité du modèle proposé par DOCTIPHARMA avait relevé que : " la preuve du risque que cette plateforme ferait courir à la santé publique n'est pas rapportée, alors qu'elle est l'un des objectifs prioritaires qui a sous-tendu l'adoption de la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011. " (Pièce n°22).

Le conseil de M. SFEZ, entendu en sa plaidoirie au soutien de ses conclusions, sollicitait la confirmation du jugement et le débouté du CNOP de toutes ses demandes.

A l'appui de ses prétentions, il faisait valoir qu'afin de répondre aux interrogations, la société DOCTIPHARMA avait décidé de décrire le parcours d'achat d'un médicament sans ordonnance par un internaute en faisant procéder à un constat d'huissier. Ce constat permettait de visualiser ce parcours d'achat sur le site de la pharmacie Saint-Barthélemy, utilisatrice de la plateforme de la société DOCTIPHARMA. (Pièce n°3)

Ainsi étaient établis, les éléments suivants :
L'adresse de connexion était celle de la pharmacie, l'intégralité de ses coordonnées et mentions légales étant facilement accessibles,
Le site était édité par Pharmacie St Barthelemy,
Il était indiqué que le développement et la maintenance technique du site étaient assurés par DOCTIPHARMA,
Les conditions générales de vente étaient celles de la société Pharmacie St Barthélemy, Etaient présentes sous chaque médicament des informations médicales, la posologie, les précautions et les contre-indications, après validation de la commande,
L'internaute était toujours sur le site de la pharmacie,
L'internaute devait remplir un formulaire de santé avant de pouvoir valider sa commande,
La possibilité de contacter le pharmacien en créant un compte,
L'indication " vendu par la pharmacie ",
La facture au nom de la pharmacie " St Barthélemy ",
La mise en garde du pharmacien et ses conseils par téléphone,
La livraison de la commande par la pharmacie Saint-Barthélemy.

La vente en ligne de médicaments sans ordonnance était parfaitement conforme aux termes de la loi. La société DOCTIPHARMA rappelait qu'elle proposait uniquement aux pharmaciens d'officine un service de conception et de maintenance technique de leur site internet et ce en conformité avec les dispositions de l'arrêté du 20 juin 2013. Ce service permettait de garantir que les pharmaciens exercent directement et personnellement, en toute indépendance, leur activité de vente en ligne de médicaments.

La société DOCTIPHARMA s'appuyait sur les impressions d'écran annexées pour établir cela :

-au sein de l'annexe 1 : seul le bandeau " médicaments " était représenté. Sur cet écran, les médicaments n'étaient pas proposés à la vente.
-au sein de l'annexe 2 : les médicaments étaient présentés à la vente (avec leur prix) et le pharmacien les proposant était clairement identifié sous chacun desdits médicaments.

La société DOCTIPHARMA expliquait également qu'elle n'avait aucun accès aux données de santé recueillies auprès des internautes, ces données étant directement transmises au pharmacien concerné et hébergées par une entité agréée.

Plusieurs ARS avaient successivement autorisé plusieurs sites de pharmacie à passer par Doctipharma.

Les décisions successives des juridictions confirmaient la diversité des interprétations juridiques auxquelles se prêtaient les textes.

La CJUE avait cependant tranché les questions préjudicielles, dans un sens favorable à la société DOCTIPHARMA dans les termes suivants :

- un service fourni sur un site Internet consistant à mettre en relation des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, des médicaments non soumis à prescription médicale, relève de la notion de " service de la société de l'information " (para. 38),
- les États membres ne peuvent interdire la fourniture d'un service consistant à mettre en relation, au moyen d'un site Internet, des pharmaciens et des clients pour la vente, à partir des sites d'officines des pharmacies ayant souscrit à ce service, de médicaments non soumis à prescription médicale, que si, compte tenu des caractéristiques dudit service, le prestataire du même service procède lui-même à la vente de tels médicaments sans y être autorisé ou habilité par la législation de l'État membre sur le territoire duquel il est établi (para. 57).

La CJUE laissait donc le soin à la Cour d'appel de renvoi de déterminer, au terme d'une appréciation factuelle, qui, de la plateforme Doctipharma ou des pharmaciens, procédait à la vente des médicaments non soumis à prescription.

Le conseil insistait sur le fait que le dossier pénal ne contenait aucun acte d'investigation relatif à la conception du site Doctipharma, ni aucune audition des représentants ou salariés de la société en charge du dossier.

Plusieurs sites comme Pharmarket ou encore Livmed qui permettaient également la vente de médicaments par des officines adossées à ces sites, avaient également bénéficié d'autorisations de l'ARS.

En l'espèce et contrairement à ce qui avait été jugé en première instance, l'élément matériel de l'infraction n'était pas constitué.

A titre préliminaire, le conseil de M. SFEZ rappelait qu'au visa de l'article 388 du Code de procédure pénale (CPP), la Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelait que les juridictions répressives ne pouvaient retenir à titre probatoire de faits antérieurs à ceux versés au titre de la période de prévention dans la citation comparaître à l'encontre du prévenu. (Crim. 11 avril 2012, n°11-83.816). Or, en l'espèce, la période de la prévention avait été fixée par la citation à de M. SFEZ du 16 décembre 2014 au 24 février 2015. Cette période correspondait aux dates du contrôle administratif effectué par l'ARS Ile de France ; le Tribunal correctionnel de Paris dans son jugement du 13 octobre 2021 avait indiqué que " le seul élément matériel concernant le site litigieux repose sur une série de copies d'écran faite par le pharmacien inspecteur de santé publique de l'ARS d'Ile-de-France, datée du 5 décembre 2014. ", soit à une date antérieure à la période de prévention. En revanche, aucun élément probatoire matériel n'existait pendant la période de prévention, étant précisé que les enquêteurs n'avaient pu retrouver le site tel qu'il était décrit par l'ARS d'Ile de France dans la mesure où celui-ci avait été modifié, les sites des officines hébergés par Doctipharma n'ayant plus proposé de vente de médicaments sans ordonnance, en raison du litige avec l'UDGPO.

En tout état de cause, l'article L.4223-1, alinéas 1 et 2, du code de la santé publique prévoyait que : "Le fait de se livrer à des opérations réservées aux pharmaciens, sans réunir les conditions exigées par le présent livre, constitue l'exercice illégal de la profession de pharmacien..."

Cette incrimination, particulièrement large puisqu'elle vise tout un livre, renvoyait notamment à l'article L.4211-1 du Code de la santé publique, qui disposait que : Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent Code :

- 1° La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine ;
- 2° La préparation des objets de pansements et de tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée ;
- 3° La préparation des générateurs, trousses ou précurseurs mentionnés à l'article L. 5121-1 ;

4° La vente en gros, la vente au détail, y compris par internet, et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3° ;

5° La vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée sous réserve des dérogations établies par décret ;

6° La vente au détail et toute dispensation au public des huiles essentielles dont la liste est fixée par décret ainsi que de leurs dilutions et préparations ne constituant ni des produits cosmétiques, ni des produits à usage ménager, ni des denrées ou boissons alimentaire ;

7° La vente au détail et toute dispensation au public des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge, c'est-à-dire de moins de quatre mois, dont les caractéristiques sont fixées par arrêté des ministres chargés de la consommation et de la santé ;

8° La vente au détail et toute dispensation de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro destinés à être utilisés par le public, à l'exception des tests destinés au diagnostic de la grossesse ainsi que des tests d'ovulation.

La fabrication et la vente en gros des drogues simples et des substances chimiques destinées à la pharmacie sont libres à condition que ces produits ne soient jamais délivrés directement aux consommateurs pour l'usage pharmaceutique et sous réserve des règlements particuliers concernant certains d'entre eux ".

Enfin, l'article L5125-33 du même code, visé dans la prévention, prévoyait à l'époque des faits : " On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne. L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie. La création et l'exploitation d'un tel site sont exclusivement réservées aux pharmaciens suivants :

1° Pharmacien titulaire d'une officine ;

2° Pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres.

Le pharmacien titulaire de l'officine ou gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière est responsable du contenu du site internet qu'il édite et des conditions dans lesquelles l'activité de commerce électronique de médicaments s'exerce.

Les pharmaciens adjoints ayant reçu délégation de l'un des pharmaciens mentionnés au sixième alinéa peuvent participer à l'exploitation du site internet de l'officine de pharmacie.

Les pharmaciens remplaçant de titulaires d'officine ou gérants d'officine après décès du titulaire peuvent exploiter le site internet de l'officine créé antérieurement par le titulaire de l'officine. "

Aux termes de l'article 111-4 du code pénal, la loi pénale étant d'interprétation stricte, le prévenu doit pouvoir déterminer avec précision, à la lecture des textes, si les faits qu'il commet sont ou non susceptibles d'appréhension pénale. A défaut, le doute lui bénéficie. En outre, si la commission d'un fait n'était pas expressément interdite, elle ne pouvait être pénalement sanctionnée, en application de l'article 111-3 du code pénal.

Or M. SFEZ n'avait pas procédé à la vente de médicaments sans ordonnance sur le site Doctipharma.fr. L'inspecteur pharmacien avait ainsi relevé que le site Doctipharma ne serait pas adossé à une officine de pharmacie disposant d'une licence et ne pouvait ce faisant, procéder à de telles ventes. L'acte de vente était défini par l'article 1582 du code civil, comme étant la convention par laquelle une partie s'engage à livrer une chose et l'autre à la payer. Il n'existait au dossier aucun élément probant d'un tel acte, la plateforme Doctipharma ayant été conçue pour que les actes de vente de médicaments sans prescription obligatoire ne puissent intervenir exclusivement qu'entre l'internaute et le site de l'officine. Cela ressortait du constat d'huissier du 6 février 2015 qui retraçait le parcours achat d'un internaute. (Pièce n°3). A la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, le Professeur Thibault Douville avait d'ailleurs considéré que l'activité de

la société DOCTIPHARMA ne pouvait s'analyser en une activité de vente de médicaments : " Dans la présente espèce, la vente de médicaments intervenait par voie électronique directement entre, d'une part, les pharmaciens disposant d'un site sur le portail de Doctipharma et, d'autre part, leurs clients. Ainsi, la société DOCTIPHARMA n'exerçait pas d'activité de vente de médicaments. A l'heure où l'un des géants d'internet a annoncé vouloir vendre des médicaments en ligne dans douze États américains et où des pharmacies situées dans d'autres pays européens profitent de législations moins contraignantes que la nôtre pour se développer, les sous-traitants techniques pourront contribuer au déploiement de l'activité en ligne des pharmacies installées en France. " (T. Douville, " Vente en ligne de médicaments : Doctipharma n'est pas un intermédiaire mais un sous-traitant technique ", La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires, n°8-09, 22 février 2018). Il relevait ainsi la distinction à opérer selon l'activité de la société DOCTIPHARMA, à savoir en fonction du produit en cause. D'une part, la société DOCTIPHARMA proposait en ligne des produits parapharmaceutiques ; d'autre part, s'agissant des médicaments, les ventes étaient conclues directement entre les internautes et les pharmaciens sans intermédiation de la société DOCTIPHARMA. Il résultait de ce qui précédait que DOCTIPHARMA était un simple éditeur et concepteur d'une solution technique, fédérant les sites des pharmaciens, prolongement virtuel de leur officine physique, sur lesquels se déroulaient exclusivement les opérations relevant du monopole des pharmaciens.

La conception même de la plateforme avait pour finalité de préserver l'exercice réglementé des pharmaciens. La société se présentait comme un prestataire offrant une plateforme technique aux pharmacies afin que ceux-ci puissent, eux-mêmes, réaliser les opérations de vente et de dispensation à partir de leur propre site, hébergé par Doctipharma. (Pièce n°1). Les annexes du constat réalisé par l'ARS d'Ile-de-France le 24 février 2015 faisaient apparaître, que le site Doctipharma ne vendait pas de médicament mais annonçait la possibilité d'en acquérir par les pharmaciens adhérents qui réalisaient, eux-mêmes l'opération. (Cf. Annexe 2 de la Note de l'ARS d'Ile-de-France du 29 juillet 2016).

La société DOCTIPHARMA permettait simplement aux pharmaciens d'exposer leurs médicaments avant que la commande ne soit réalisée avec eux, à l'instar d'un centre commercial, mais en ligne. Les annexes du procès-verbal de l'ARS faisaient ressortir les points suivants :

- Le site Doctipharma permettait de " trouver votre pharmacie en ligne ;
- En dessous de chaque produit, il était indiqué le nom de la pharmacie qui le vendait de sorte qu'il était parfaitement clair que c'était bien la pharmacie elle-même qui proposait un produit affiché à un certain prix.

La société DOCTIPHARMA n'intervenait donc pas dans l'opération de vente et se contentait d'assurer les aspects techniques des sites internet :

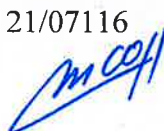
- La notice et le formulaire d'état de santé étaient ceux proposés par les pharmaciens ;
- Lorsque le médicament est placé dans le panier, il était indiqué de manière très apparente le nom de la pharmacie auprès de laquelle la commande était faite.

Contrairement à ce que retenait le tribunal, la société DOCTIPHARMA n'avait pas accès aux données de santé, qui étaient cryptées et recueillies par l'hébergeur spécialisé, Pictime devenu Coreye.

La compensation financière évoquée par le Tribunal ne traduisait aucunement le fait que l'internaute était resté sur le site Doctipharma pour faire son achat mais à la logique d'un terminal de paiement centralisé, permettant justement d'affecter les achats de façon automatique aux pharmaciens.

Aucun texte ne prévoyait l'interdiction de plateforme en ligne, fédérant des sites d'officine à partir desquels étaient réalisées les ventes de médicaments.

n° rg :


21/07116


Le jugement dont appel reposait sur une notion extensive de la vente puisqu'il comportait, au soutien des décisions dans lesquelles il avait été fait grief à la société DOCTIPHARMA d'avoir joué un rôle d'intermédiaire, dans la vente de médicaments par voie électronique.

La Cour de cassation retenait qu'en ayant mis en relation les internautes et les pharmacies, la société DOCTIPHARMA participait au processus de vente, alors que la vente était définie par le code civil comme " une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ". Or :

- DOCTIPHARMA n'avait aucune obligation de livraison, celle-ci étant à la charge du pharmacien,
- DOCTIPHARMA ne représentait aucunement l'internaute, ne négociant aucun prix pour son compte.

Son rôle se cantonnait à offrir une plateforme en ligne au sein de laquelle les sites des pharmacies pouvaient être créés et fonctionner, dans le respect du lien entre le patient et son pharmacien.

Cette interprétation particulièrement large par la Cour de cassation de l'intermédiation avait fait l'objet de critiques d'auteurs civilistes qui estimaient que l'intermédiation de la plateforme ne devait pas systématiquement être retenue mais cantonnée aux hypothèses d'un rôle actif de cette dernière : " Du reste, pour la Cour de cassation, le simple référencement des pharmacies sur le portail contribuait à mettre en relation ces dernières et les utilisateurs de la plateforme. C'est une conception très souple de l'intermédiation. Elle a pour mérite d'éviter tout mélange des genres entre les différentes activités exercées par DOCTIPHARMA mais il n'est pas certain que cette analyse soit opportune. Une distinction devrait utilement être opérée selon l'intensité de la mise en relation opérée et l'intermédiation réservée à l'hypothèse d'un rôle actif de la plateforme. " T. Douville, " Prohibition de l'intermédiation et vente en ligne de médicaments - La Cour de cassation et l'économie numérique ", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°43-44, 24 octobre 2019) " En revanche, l'interdiction de toute intermédiation selon l'interprétation donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt Doctipharma peut être contestée. Une analyse plus fine du rôle de la plateforme - simple intermédiaire passif ou actif devrait être adoptée. " (M. Malaurie-Vignal, " Les acteurs de la distribution de médicaments ", Revue Lamy de la concurrence, n°117, 1^{er} juin 2022)

C'était en ce sens que l'on pouvait comprendre l'arrêt rendu par la CJUE le 29 février 2024. La Cour invitait la Cour d'appel de renvoi à analyser qui procède effectivement à la vente et, dès lors, à déterminer si DOCTIPHARMA jouait un rôle autre que celui de pur intermédiaire, mettant en relation le pharmacien et le patient, qui réaliseront exclusivement ensemble le processus de vente de médicament sans ordonnance.

Commentant cet arrêt, la doctrine estimait que les dispositions litigieuses du code de la santé publique devaient être jugées non conformes au droit européen si leur interprétation conduisait à interdire toute intermédiation en matière de ventes de médicaments sans prescription : " Il est vrai que les dispositions de droit national ont une tonalité générale en réservant aux pharmaciens la vente en gros et au détail, y compris par internet, des médicaments et produits pharmaceutiques (CSP, art. L. 4211-1) et en interdisant leur commande par l'intermédiaire de courtiers (CSP, art. L. 5125-25, al. 2) ainsi que leur vente au public par l'intermédiaire d'établissements possédés ou administrés par des personnes non titulaires du diplôme de pharmacien. Toujours est-il que, suivant l'interprétation de la Cour de justice du droit de l'Union, ces dispositions du code de la santé publique ne sont pas conformes, dans leur généralité, au droit européen en ce qu'elles conduisent à interdire un service de mise en relation à distance de pharmaciens et de clients pour la vente de médicaments non soumis à prescription lorsque le site se borne, par une prestation propre et distincte de la vente, à proposer ce service en se faisant rémunérer par les vendeurs. () Ce que la décision enseigne, à titre principal, est le libre exercice d'une activité : l'intermédiation lorsqu'elle consiste à mettre en relation à distance des pharmaciens et des clients pour

la vente de médicaments non soumis à prescription. Peu importe que ce service soit rémunéré par les pharmaciens qui y souscrivent dès lors qu'il se limite à cette prestation distincte de la vente et que le site n'intervient pas plus directement dans la réalisation de la vente. Les dispositions du code de la santé publique, qui prohibent sans distinction toute intermédiation pour la commande ou la vente de médicaments même non soumis à prescription médicale, doivent en conséquence être reconsidérées dans cette mesure. " (G. Loiseau, " Site Internet - Un service de mise en relation pour la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription ne peut être interdit ", Communication Commerce électronique n°4, Avril 2024, comm. 34)

Six pharmacies avaient été admises à vendre en ligne des médicaments sans ordonnance, via leur site, lequel bénéficie de la conception, l'assistance et de la maintenance du site Doctipharma. Les faits poursuivis ont été dénoncés par l'ARS d'Ile-de-France, qui a par ailleurs autorisé Cofisanté exploitant Pharmarket et avait également autorisé la pharmacie Beaugrenelle, hébergée sur la plateforme en ligne Pharmarket. (Pièce n°8)

En présence d'une interprétation aussi variée des textes, le juge pénal devait considérer strictement l'élément matériel (la vente), constater qu'il fait défaut et qu'en tout état de cause, en application de l'article 111-4 du code pénal, l'interprétation la plus favorable au prévenu devait être retenue.

Concernant l'élément moral, l'analyse du Tribunal qui avait caractérisé l'absence d'élément intentionnel, méritait d'être confirmée. L'article 121-3 alinéa 1 du code pénal prévoyait en effet, que : " Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ". En outre, l'article 122-3 du même code précisait que : " N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter pouvoir légitimement accomplir l'acte ".

En d'autres termes, lorsque la loi était difficile à comprendre et que les précautions avaient été prises pour s'assurer d'appréhender le mieux possible les textes, l'élément intentionnel ne pouvait être retenu au motif que le prévenu avait légitimement été induit en erreur. (Montpellier, 9 mai 2000, n°99/00047 - Riom, 28 juin 2006, n°06/00172 - Crim., 15 octobre 2002, n°01-85.555 - Crim., 4 octobre 2011, n°10-88. 157)

En l'espèce, M. SFEZ n'avait jamais voulu exercer la profession de pharmacien. Dès le 3 avril 2014, Mme Barré, Directrice Générale de la société DOCTIPHARMA, indiquait dans une dépêche : " DOCTIPHARMA n'est pas un site de e-commerce. Nous ne vendons rien. [] Le patient achète directement aux pharmaciens. Aujourd'hui, l'e-commerce est inévitable. Lancer un site n'est pas le métier des pharmaciens, et ils n'ont pas le temps. En les aidant sur cet aspect nous leurs permettons de se concentrer sur le conseil ". (Pièce n°2b)

En effet, des consultations juridiques d'avocats et des notes de la direction juridique de Lagardère relatives au développement du projet Doctipharma ont été sollicitées et obtenues. Celles-ci avaient précisément pour objet de valider la conformité du projet Doctipharma aux lois et règlements, si récents qu'ils soient à l'époque des faits.

Les conseils juridiques sollicités, les statuts constitutifs déposés, les conditions générales de vente émises, les articles de presse, ou encore les réunions avec l'ARS d'Ile-de-France, démontraient que la société DOCTIPHARMA avait voulu être un éditeur et concepteur d'une solution technique et n'avait jamais voulu exercer une activité réservée aux pharmaciens. C'était ce qu'avait écrit M. SFEZ dans le courrier du 4 mars 2015 adressé à l'ARS d'Ile-de-France : " Néanmoins, nous sommes sensibles à vos observations et, ce faisant, a?n de lever toute ambiguïté et démontrer notre bonne foi nous proposons de supprimer purement et simplement l'ensemble du bandeau " médicament " figurant sur les Annexes 1 et 2. "

Aucun élément intentionnel ne saurait donc être retenu à l'encontre de M. SFEZ.

Par ailleurs, si un doute avait été émis sur la légalité de ces plateformes en ligne, aucune solution unanime n'avait été dégagée. La croyance légitime de M. SFEZ reposait en outre sur l'analyse juridique faite par les services du groupe Lagardère et les consultations externes, croyance confortée par les autorisations des ARS, la position de l'Autorité de la Concurrence et plus tard, la décision de la Cour d'appel de Versailles. DOCTIPHARMA et ses représentants s'étaient d'ailleurs réunis deux fois, à leur initiative, avec l'ARS d'Ile-de-France, afin de réfléchir ensemble à une solution technique conforme au cadre légal. L'erreur de droit devait être d'autant plus vivement admise qu'elle était manifestement partagée par des autorités et juridictions.

Il convenait de rappeler également que l'arrêté de 2013 avait été annulé par une décision du Conseil d'Etat en 2015 et que l'Autorité de la concurrence avait toujours fait des recommandations allant à l'encontre de la législation applicable.

La plateforme Pharmarket dont le fonctionnement était proche de celui de la société DOCTIPHARMA avait bénéficié d'autorisations pour des sites internet d'officines. Ce n'était qu'après le lancement de Doctipharma que ses directeurs de la publication avaient fait l'objet d'un procès-verbal pour exercice illégal de la profession de pharmacien (15 juillet 2014). Toutefois, en janvier 2023, Pharmarket était toujours en activité et fonctionnait avec l'approbation de l'ARS Ile-de-France.

Ces divergences d'interprétation étaient le témoin de la complexité du cadre légal et réglementaire régissant la vente de médicaments sur internet, s'agissant des plateformes techniques.

M. SFEZ avait toujours cru, et de façon légitime, agir dans le strict respect du cadre légal et réglementaire.

En tout état de cause, le CNOP ne justifiait pas du montant de son préjudice, se contentant d'invoquer des campagnes de sensibilisation du grand public contre le dopage, le mésusage ou la contrefaçon des médicaments. Il n'existait cependant aucun lien entre ces campagnes et les faits reprochés aux prévenus et par ailleurs, ces campagnes faisaient partie de la mission préventive du CNOP.

CECI ETANT EXPOSE,

SUR LE FOND

Sur l'action publique

Sur la culpabilité

M. SFEZ et la SAS DOCTIPHARMA ont été cités par le Procureur de la République pour avoir à Levallois Perret (92), du 16 décembre 2014 au 24 février 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, exercé illégalement la pharmacie, en se livrant à des opérations réservées aux pharmaciens sans réunir les conditions légales de cet exercice, en l'espèce en se livrant à la vente électronique au détail de médicaments notamment Dafalgan 500mg, gélules, Doliprane 500mg, comprimés, poudre pour solution buvable, Efferalgan 500 mg, comprimés effervescents, à partir du site internet www.doctripharma.fr qui n'est pas un site internet d'une officine de pharmacie selon les dispositions de l'article L5125-33 du code de la santé publique qui impose que l'activité de commerce électronique soit réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie, faits prévus par les articles L.4223-1 alinéas 1 et 8, L.4211-1, L.4221-1, L.4221-2, L.4221-3, L.4221-4, L.4221-5, L.4221-7, L.4221-9, L.4221-11, L.4221-12, L.4221-14-1, L.4221-14-2, L.4221-16 et L.4222-49 du code de la santé publique et réprimés par l'article L.4223-1 alinéas 1 et 2 du code de la santé publique.

La période de prévention visée à la citation est donc celle du 16 décembre 2014 au 24 février 2015.

Les constats réalisés sur le site Doctipharma par le pharmacien inspecteur de santé publique versés au soutien de la plainte déposée par l'ARS d'Ile-de France le 24 février 2015, ainsi que cela résulte du procès-verbal de constat en date du 24 février 2015 établi par Benoît DUFAY, Pharmacien inspecteur de santé publique, ont porté sur la période du 16 décembre 2014 au 23 février 2015.

Il n'existe par ailleurs au dossier aucun autre constat relatif à ce site internet hormis les copies d'écran du site réalisées par le pharmacien inspecteur de santé publique le 5 décembre 2014 et les consultations du site effectuées par les enquêteurs le 10 avril 2017, soit antérieurement et postérieurement à la période de prévention.

Dans ces conditions, en l'absence de tout constat le 24 février 2015, il convient de dire que les faits reprochés ne sont pas établis à cette date.

Concernant la période du 16 décembre 2014 au 23 février 2015, la Cour, à titre préliminaire, relève que le Ministère public partie poursuivante et appelant principal de la relaxe a sollicité à l'audience la confirmation du jugement et que l'ARS d'Ile de France n'a pas comparu.

Sur le fond, aux termes de l'article Article L4211-1 alinéa 1 4° du code de la santé publique, en vigueur au moment des faits visés à la citation " Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles du présent code :

4° La vente en gros, la vente au détail, y compris par internet, et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3° ".

Aux termes de l'article L5125-33 en vigueur à cette même période " On entend par commerce électronique de médicaments l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne.

L'activité de commerce électronique est réalisée à partir du site internet d'une officine de pharmacie.

La création et l'exploitation d'un tel site sont exclusivement réservées aux pharmaciens suivants :

1° Pharmacien titulaire d'une officine ;

2° Pharmacien gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres.

Le pharmacien titulaire de l'officine ou gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière est responsable du contenu du site internet qu'il édite et des conditions dans lesquelles l'activité de commerce électronique de médicaments s'exerce.

Les pharmaciens adjoints ayant reçu délégation de l'un des pharmaciens mentionnés au sixième alinéa peuvent participer à l'exploitation du site internet de l'officine de pharmacie.

Les pharmaciens remplaçant de titulaires d'officine ou gérants d'officine après décès du titulaire peuvent exploiter le site internet de l'officine créé antérieurement par le titulaire de l'officine ".

L'article 1582 alinéa 1 du code civil définit la vente comme suit : " La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer ".

En l'espèce, il résulte des conditions générales du contrat passé entre la société DOCTIPHARMA et une des officines de pharmacie (Leonard de Vinci) en cause, en date du 7 novembre 2014 que la société s'engageait à fournir aux pharmaciens les services suivants :

- la conception (développement, réalisation, intégration des contenus) du site,
- la maintenance corrective et évolutive du site,
- l'hébergement du site par un hébergeur agréé de données de santé au sens de l'article L1111-8 du code de la santé publique (CSP) dans les conditions définies en Annexe 2 des conditions générales
- et des services d'assistance administrative (Article 2).

Ces services sont explicités dans ce même article et aux articles suivants des conditions générales desquels il ressort d'une part, que le pharmacien pourra bénéficier de ces services pour commercialiser en ligne au choix, des produits de parapharmacie uniquement ou des médicaments non soumis à prescription médicale obligatoire (Article 2) et d'autre part, que c'est le pharmacien qui sélectionne les produits qu'il entend mettre en vente, qui échange avec le client et qui suit les commandes, via des modules mis à sa disposition.

Ainsi qu'il résulte de l'article 9 des conditions générales, le pharmacien est seul responsable de l'obtention d'une autorisation auprès de l'ARS, de l'édition et de l'exploitation du site, de la gestion des commandes de produits et de la prise en charge des règlements.

Les conditions particulières signées le même jour par cette même officine indiquent par ailleurs que ces services font l'objet d'une facturation, suite à l'émission d'un devis, et que leurs coûts ne dépendent pas du montant facturé par l'officine.

C'est ce qui résulte également des constats du Pharmacien inspecteur de santé publique qui font apparaître que si le point d'entrée sur le site Doctipharma est bien le médicament recherché, la vente à proprement parlé du médicament non soumis à ordonnance s'effectue quant à elle sur le site de l'officine qui est d'ailleurs le site agréé par l'ARS.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la société Doctipharma mettait à disposition des pharmaciens une plateforme permettant l'accès à des produits de parapharmacie et des médicaments non soumis à ordonnance et renvoyant sur le site édité et exploité par les officines de pharmacie pour ce qui est des services relatifs à ces médicaments (conseil...) et de leur vente.

Il ne s'agit donc pas d'un site de vente par Internet, au sens des articles L4211-1 alinéa 1 4° et L5125-33 du code de la santé publique, la vente s'effectuant sur le site de l'officine, gestionnaire du stock de médicaments, décidant de leur présentation, diffusant les conseils les concernant, fixant les prix de vente et les percevant.

La société DOCTIPHARMA, qui n'était pas en charge de favoriser la conclusion de contrats de vente, ni de négocier ou de conclure des contrats de vente pour le compte des officines de pharmacie, ne saurait non plus être considérée comme un agent commercial ou un courtier, au sens de l'article L134-1 du code du commerce.

Par conséquent, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a renvoyé la SAS DOCTIPHARMA et Fabien SFEZ des fins de la poursuite.

Sur l'action civile

Sur la recevabilité de la constitution de partie civile

Aux termes des articles 2 alinéa 1 et 3 du CPP " L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ".

" L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objet de la poursuite. "

Aux termes d'une jurisprudence constante il résulte de ces textes que, pour qu'une constitution de partie civile soit recevable, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale.

Tel est le cas en l'espèce, puisque le préjudice matériel invoqué par le CNOP est attesté par la nature des faits en cause et résulte directement de la mise en place de la plateforme Doctipharma.

Il convient par conséquent de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré recevable la constitution de partie civile du CNOP.

Sur la demande de dommages et intérêts

Eu égard à la relaxe des prévenus, le dommage dont le CNOP, partie civile, peut obtenir réparation devant la Cour d'appel résulte de la faute civile démontrée, à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite.

En l'espèce, en l'absence d'exercice illégal de la pharmacie, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté le CNOP de sa demande de dommages et intérêts.

Par ailleurs aux termes de l'article 475-1 du CPP " Le tribunal condamne l'auteur de l'infraction ou la personne condamnée civilement en application de l'article 470-1 à payer à la partie civile la somme qu'il détermine, au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. Les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent et le tribunal tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux organismes tiers payeurs intervenant à l'instance ".

En l'espèce, eu égard à la relaxe des prévenus, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté le CNOP de sa demande de ce chef et de le débouter de sa demande de ce chef en cause d'appel.

Sur la demande du chef de l'article 800-2 du CPP de la SAS DOCTIPHARMA

Aux termes de l'article 800-2 du CPP " A la demande de l'intéressé, toute juridiction prononçant un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité pénale peut accorder à la personne poursuivie pénalement ou civilement responsable une indemnité qu'elle détermine au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. Il en est de même, pour la personne civilement responsable, en cas de décision la mettant hors de cause.

A la demande de l'intéressé, toute juridiction prononçant un non-lieu, une relaxe, un acquittement ou toute décision autre qu'une condamnation ou une déclaration d'irresponsabilité pénale peut accorder à la personne poursuivie pénalement ou civilement responsable une indemnité qu'elle détermine au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci.

Cette indemnité est à la charge de l'Etat. La juridiction peut toutefois ordonner qu'elle soit mise à la charge de la partie civile lorsque l'action publique a été mise en mouvement par cette dernière.

Les deuxième et troisième alinéas sont applicables devant la Cour de cassation en cas de rejet d'un pourvoi portant sur une décision mentionnée au deuxième alinéa.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article ".

Il résulte de cet article que les frais non payés par l'Etat exposés par la SAS DOCTIPHARMA ne sauraient être mis à la charge du CNOP qui n'a pas mis en mouvement l'action publique.

Il convient par conséquent, de débouter la SAS DOCTIPHARMA de ce chef de demande.

PAR CES MOTIFS,

La Cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire à l'égard de la SAS DOCTIPHARMA, de SFEZ Fabien, du Conseil national de l'ordre des pharmaciens et contradictoire à signifier de l'Agence régionale de santé d'Ile de France et en dernier ressort,

Sur l'action publique

- **CONFIRME** le jugement en toutes ses dispositions,

Sur l'action civile

- **CONFIRME** le jugement en toutes ses dispositions,

- **DÉBOUTE** le Conseil national de l'ordre des pharmaciens de sa demande au titre de l'article 475-1 du CPP, en cause d'appel,

- **DÉBOUTE** la SAS DOCTIPHARMA de sa demande du chef de l'article 800-2 du CPP,

Le présent arrêt est signé par Claire D'URSO, président et par Marie-Claude COPPET, greffier.

LA PRÉSIDENTE



LE GREFFIER



La présente décision est assujettie à un droit fixe de procédure d'un montant de 169 euros dont est redevable chaque condamné. Ce montant est diminué de 20% en cas de paiement dans le délai d'un mois :

- à compter du jour du prononcé de la décision si celle-ci est contradictoire,
- à compter de la signification si l'arrêt est contradictoire à signifier ou par défaut.