

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

CONSEIL D'ETAT  
Section des référés, 14 février 2013

Décision n° 365459

Vu la requête, enregistrée le 24 janvier 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. A. demeurant..., ; le requérant demande au juge des référés du Conseil d'Etat:

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution des dispositions de l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 insérant, dans le code de la santé publique, les articles L. 5125-34 et L. 5125-36 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

il soutient que :

- la condition d'urgence est remplie dès lors que les dispositions litigieuses sont de nature à préjudicier de manière grave et immédiate au chiffre d'affaires du site de vente en ligne de médicaments qu'il exploite ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées ;
- les dispositions contestées méconnaissent la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 en limitant la possibilité de commercialisation en ligne des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale obligatoire aux seuls médicaments en accès libre ;
- les dispositions litigieuses portent atteinte au principe de libre concurrence ;
- le régime d'autorisation prévu par les dispositions contestées méconnaît la directive précitée qui ne prévoit qu'une obligation de notification de la vente des médicaments sur internet ;

Vu les dispositions dont la suspension de l'exécution est demandée ;

Vu la copie de la requête à fin d'annulation de l'ordonnance contestée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 1er février 2013, présenté par la ministre des affaires sociales et de la santé, qui conclut au rejet de la requête ; elle soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie, le préjudice allégué devant être rapporté au chiffre d'affaires global du requérant ;
- aucun des moyens soulevés n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées ;

Vu le mémoire en réplique et le mémoire complémentaire, enregistrés les 5 et 6 février 2013, présentés par M. A..., qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; il

soutient en outre que la condition d'urgence est remplie dès lors que l'ordonnance contestée porte atteinte à l'intérêt des consommateurs ; que les dispositions contestées portent une atteinte illégale à la libre circulation des médicaments ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 ;

- Vu l'arrêt n° C-332/01 du 11 décembre 2003 de la Cour de justice de l'Union européenne ;

- Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, M.A..., d'autre part, le Premier ministre et la ministre des affaires sociales et de la santé ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 7 février 2013 à 14 heures 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- M.A... ;

- le représentant de M.A... ;

- les représentants de la ministre des affaires sociales et de la santé ;

et à l'issue de laquelle le juge des référés a prolongé l'instruction jusqu'au 8 février 2013 à 18 h ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 8 février 2013, présenté par M.A... ;

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : " Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision " ;

2. Considérant que la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 a modifié la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 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 ; que, par

l'ordonnance du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement des médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification des médicaments, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, le gouvernement a modifié le code de la santé publique afin d'assurer la transposition de cette directive ; que M.A..., pharmacien d'officine à Caen qui a ouvert un site de vente de médicaments en ligne en novembre 2012, demande la suspension de l'exécution des dispositions de cette ordonnance qui ont inséré, dans le code de la santé publique, les articles L. 5125-34 et L. 5125-36 ;

Sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution des dispositions insérant un article L. 5125-34 dans le code de la santé publique :

3. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions du code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en particulier des articles 70 à 72 de ce code, que la classification des médicaments ne comporte, en droit de l'Union Européenne, que deux catégories correspondant aux médicaments soumis à prescription médicale et aux médicaments non soumis à prescription ; qu'au sein de cette seconde catégorie, le droit français distingue certains médicaments dits de médication officinale, dont la liste est fixée, en application de l'article R. 5121-202 du code de la santé publique, par le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, et que le pharmacien d'officine peut présenter en accès direct au public dans les conditions prévues à l'article R. 4235-55 du même code ;

4. Considérant que les dispositions contestées ont créé, au sein du chapitre V bis du titre II du livre Ier de la cinquième partie du code de la santé publique intitulé " Commerce électronique de médicaments par un pharmacien d'officine ", un article L. 5125-34 aux termes duquel : " Seuls peuvent faire l'objet de l'activité de commerce électronique les médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine, ayant obtenu l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à l'article L. 5121-8 ou un des enregistrements mentionnés aux articles L. 5121-13 et L. 5121-14-1 " ; qu'il résulte des dispositions de l'article 85 quater que la directive du 8 juin 2011 a inséré dans le code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, telles qu'éclairées par le considérant 24 de cette directive et interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment son arrêt C-322/01 du 11 décembre 2003, que les Etats membres ne peuvent exclure de la vente à distance au public au moyen de services de la société de l'information que les médicaments soumis à prescription ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que les dispositions litigieuses méconnaissent la directive du 8 juin 2011 en tant qu'elles ne limitent pas aux seuls médicaments soumis à prescription obligatoire l'interdiction de faire l'objet de l'activité de commerce électronique, est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à leur légalité ;

5. Considérant, en second lieu, que la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt

public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ;

6. Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier et des éléments recueillis lors de l'audience publique, notamment des documents comptables fournis par le requérant, que son activité de vente de médicaments en ligne, connaît, depuis novembre 2012, un développement constant et rapide ; qu'ainsi, en décembre 2012, 767 commandes ont été effectuées à distance pour un chiffre d'affaires de 37 000 euros environ ; qu'en janvier 2013, 1569 commandes ont été passées pour un chiffre d'affaires de près de 83 000 euros ; que, depuis décembre 2012, le requérant a embauché quatre nouveaux préparateurs en pharmacie afin de faire face à cette nouvelle activité ; qu'il apparaît, au vu des calculs effectués sur une semaine, que la proportion des médicaments ainsi vendus qui ne sont pas soumis à prescription obligatoire mais ne figurent pas sur la liste des médicaments en accès libre correspond à environ 58 % du chiffre d'affaires réalisé ; qu'il s'ensuit que l'application, à compter du 1er mars 2013, des restrictions à la vente en ligne que prévoit l'article L. 5125-34 du code de la santé publique est de nature à porter un préjudice grave et immédiat au requérant, alors même que son activité de vente de médicaments en ligne ne correspond, à ce jour, qu'à une fraction de son chiffre d'affaires global ; d'autre part, que l'intérêt public commande, pour les motifs énoncés au point 4, que soient prises les mesures provisoires nécessaires pour faire cesser immédiatement l'atteinte aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union Européenne ; que, dans ces conditions, la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. A...est fondé à demander la suspension de l'exécution de l'article L. 5125-34 du code de la santé publique en tant qu'il ne limite pas aux seuls médicaments soumis à prescription obligatoire l'interdiction de faire l'objet de l'activité de commerce électronique ;

Sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution des dispositions insérant un article L. 5125-36 dans le code de la santé publique :

8. Considérant qu'aucun des moyens soulevés à l'encontre de ces dispositions n'est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à leur légalité ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, M. A...n'est pas fondé à demander la suspension de l'exécution de l'article L. 5125-36 du code de la santé publique ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le versement à M. A...d'une somme de 2000 euros ;

ORDONNE :

Article 1er : Jusqu'à ce que le Conseil d'Etat, statuant au contentieux ait statué sur sa légalité, l'exécution de l'article L. 5125-34 du code de la santé publique en tant qu'il ne limite pas aux seuls médicaments soumis à prescription obligatoire l'interdiction de faire l'objet de l'activité de commerce électronique est suspendue.

Article 2 : L'Etat versera la somme de 2 000 euros à M. A...au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à M. C. au Premier ministre et à la ministre des affaires sociales et de la santé.