



Avis n° 92-A-02 du 5 mars 1992

relatif à un projet d'arrêté fixant les caractéristiques des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont la vente au détail et toute délivrance au public sont réservées aux pharmaciens par l'article L. 512 du code de la santé publique

Le Conseil de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 26 février 1992 sous le numéro A 97, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et du budget, a, au nom du Gouvernement, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté fixant les caractéristiques des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont la vente au détail et toute délivrance au public sont réservées aux pharmaciens par l'article L. 512 du code de la santé publique ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée, ensemble le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu l'avis n° 88-A-08 du Conseil de la concurrence du 26 avril 1988 relatif à un projet d'arrêté fixant les caractéristiques des laits infantiles dont la distribution est réservée aux pharmaciens en application de l'article L. 152 (6°) du code de la santé publique ;

Vu la décision du Conseil d'Etat du 10 février 1992 sur la requête n° 90262 de la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France ;

Vu l'avis de la commission interministérielle et interprofessionnelle d'étude des aliments destinés à une alimentation particulière en date du 15 novembre 1988 ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,

Emet l'avis ci-après exposé :

L'article L. 512 du code de la santé publique dispose que "Sont réservées aux pharmaciens... 6° La vente au détail et toute délivrance au public des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont les caractéristiques sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la consommation".

L'arrêté interministériel prévu par ces dispositions a été pris le 28 avril 1988 après consultation du Conseil de la concurrence qui a émis le 26 avril 1988 son avis susvisé. Cet arrêté a été abrogé et remplacé par un nouvel arrêté interministériel en date du 9 juin 1988, lequel a été annulé par la décision du Conseil d'Etat du 10 février 1992 susvisée, aux motifs qu'en application de l'article 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'arrêté interministériel prévu par l'article L. 512 (6°) du code de la santé public ne peut intervenir qu'après consultation du Conseil de la concurrence et que l'arrêté du 9 juin 1988 "règle des questions nouvelles sur lesquelles le Conseil de la concurrence n'a pas été appelé à se prononcer lors de sa précédente consultation ; que, par suite, il ne pouvait intervenir qu'après nouvelle consultation du Conseil de la concurrence".

C'est dans ces conditions que le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté fixant les caractéristiques des aliments visés par la disposition précitée de l'article L. 512 du code de la santé publique.

Cette disposition législative apportant une limitation à l'exercice de la libre concurrence, qui constitue le régime général de la commercialisation des produits, est nécessairement d'interprétation stricte (cf. Cour de justice des communautés européennes, arrêts C-369/88 et C-60/89 du 21 mars 1991). Dès lors que le législateur a renvoyé à un arrêté interministériel la définition des caractéristiques des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois), il y a lieu d'apprécier si, et dans quelle mesure, les dispositions de l'arrêté soumis au Conseil de la concurrence reposent sur des motifs d'intérêt général, et notamment de santé publique, suffisants pour justifier la vente exclusive en pharmacie des aliments visés par ledit arrêté. Il convient de tenir compte, dans cette appréciation, des considérations développées dans l'avis n° 88-A-08 du Conseil de la concurrence susvisé.

L'article 1er du projet d'arrêté soumis au conseil rend applicable la disposition précitée de l'article L. 512 (6°) du code de la santé publique aux "aliments lactés pour nourrissons et enfant du premier âge (moins de quatre mois) dont les protéines sont hydrolysées" et aux "aliments de régime destinés aux nourrissons et enfants du premier âge (moins de quatre mois) atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels, en vue de répondre à leurs besoins spécifiques". L'article 2 de ce même projet abroge l'arrêté du 28 avril 1988.

En ce qui concerne les "aliments de régime destinés aux nourrissons et enfants du premier âge (moins de quatre mois) atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels, en vue de répondre à leurs besoins spécifiques" :

Dans son avis n° 88-A-08 susvisé, le conseil avait estimé que la distribution exclusivement en pharmacie des "préparations de régime qui permettent de répondre aux besoins alimentaires spéciaux des enfants de moins de quatre mois atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels" pouvait répondre à un objectif de protection de la santé, aux motifs que ces laits sont habituellement consommés sur prescription médicale et que des conseils sur leur utilisation peuvent être utilement donnés par le pharmacien.

Dès lors qu'il n'apparaît pas que des changements de circonstances remettent en cause cette appréciation, le conseil est d'avis que les dispositions du projet d'arrêté relatives à la distribution des "aliments de régime destinés aux nourrissons et enfants du premier âge (moins de quatre mois) atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels, en vue de répondre à leurs besoins spécifiques" peuvent être regardées comme fondées sur des considérations de santé publique justifiant leur vente exclusive en pharmacie.

En ce qui concerne les "aliments lactés pour nourrissons et enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont les protéines sont hydrolysées" :

L'article 1er de l'arrêté interministériel du 28 avril 1988 réserve à la vente exclusive en pharmacie "les préparations lactées qui permettent de répondre aux besoins nutritionnels de l'enfant normal du premier âge (jusqu'à quatre mois) dans des conditions aussi proches que possible de celles de l'allaitement maternel, dans le cadre d'une alimentation exclusivement lactée au cours des premiers mois et dans le cadre d'une alimentation diversifiée dans la suite".

L'avis que le Conseil de la concurrence avait émis le 26 avril 1988 sur ces dispositions était en ce sens que la distribution exclusive en pharmacie des aliments lactés diététiques maternisés n'était fondée sur aucune considération de santé publique, et, qu'en ce qui concernait les aliments diététiques non maternisés, elle ne pourrait être admise que si les risques résultant d'un changement de marque étaient scientifiquement démontrés, ce qui n'était pas suffisamment établi par le dossier soumis au conseil.

L'arrêté interministériel du 9 juin 1988, qui s'est appliqué jusqu'à son annulation par le Conseil d'Etat, a abrogé les dispositions précitées de l'article 1er de l'arrêté du 28 avril 1988 et les a remplacées par les dispositions limitant le monopole pharmaceutique aux seuls "aliments lactés pour nourrissons et enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont les protéines sont hydrolysées". Ces dispositions sont reprises par le projet d'arrêté soumis au Conseil de la concurrence.

Le conseil constate que ces dispositions restreignent l'étendue du monopole pharmaceutique et constituent ainsi, par rapport à celles de l'arrêté du 28 avril 1988, une interprétation plus stricte de la disposition législative précitée qui limite l'exercice de la libre concurrence.

Les laits dont les protéines sont hydrolysées sont des laits hypoallergéniques qui n'ont commencé à être commercialisés qu'à la fin de l'année 1987.

Selon l'avis susvisé émis le 15 novembre 1988 par la commission interministérielle et interprofessionnelle d'étude des aliments destinés à une alimentation particulière, ces laits ne devraient être consommés que sur prescription médicale et ne devraient pas faire l'objet d'une publicité auprès du grand public. Ils présentent des caractéristiques particulières et sont normalement destinés aux enfants pour lesquels existent des risques familiaux d'allergie. Aux termes de ce même avis "il faut laisser à l'appréciation des pédiatres (...) de les recommander ou non (...) sans qu'une publicité abusive ne les y invite de manière pressante. Sinon le risque serait grand que la mise sur le marché de ces produits, en dépit des espoirs qu'elle fait naître, n'aille à l'encontre de l'intérêt des enfants".

Bien qu'aucune étude nouvelle n'ait été produite par l'administration sur les effets et la nature de ces produits postérieurement à celle qu'en a faite la commission interministérielle en 1988, le Conseil de la concurrence est d'avis que les dispositions du projet d'arrêté relatives aux produits considérés peuvent également être regardées comme fondée sur des considérations de santé publique de nature à justifier leur distribution exclusive en pharmacie.

Délibéré en commission permanente, sur le rapport oral de Mme Anne-Françoise Roul, dans sa séance du 5 mars 1992 où siégeaient :

M. Laurent, président,

MM. Béteille, vice-président, et Sloan remplaçant M. Pineau, vice-présidents, empêché.

Le rapporteur général,
F. Jenny

Le président,
P. Laurent

© Conseil de la concurrence