



Avis n° 95-A-04 du 21 février 1995
relatif à une question posée par l'Association de défense des pharmaciens de Paris

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre, enregistrée le 24 janvier 1994 sous le numéro A-134, par laquelle l'Association de défense des pharmaciens de Paris a, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, posé au Conseil de la concurrence la question de savoir si les articles 7 et 10 de cette ordonnance seraient susceptibles de trouver application s'agissant d'une opération promotionnelle mise en oeuvre par des pharmaciens et consistant à afficher en vitrine des rabais sur la parapharmacie ;

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

Vu le code de la santé publique, et notamment ses articles L. 511, L. 512, L. 551 et L. 569 ;

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

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

Le 15 janvier 1994, l'Association de défense des pharmaciens de Paris (ci-après dénommée A.D.P.P.) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande fondée sur l'article 5, alinéa 2, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 concernant la compatibilité d'une opération promotionnelle portant sur la parapharmacie avec les règles posées par cette même ordonnance.

L'A.D.P.P. expose que 'la sortie de la parapharmacie' hors du monopole des pharmaciens met ceux-ci en concurrence avec les grandes et moyennes surfaces et que pour être concurrentiels, les pharmaciens doivent faire connaître au public, par voie de publicité, les éventuelles réductions de prix qu'ils pratiquent. En conséquence, cette association interroge le Conseil sur la compatibilité avec le droit de la concurrence d'une campagne d'annonces de rabais sur les produits de parapharmacie par le biais d'affiches apposées dans les vitrines de certaines officines, à l'initiative de l'A.D.P.P.

L'association souhaite savoir si l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est susceptible de recevoir application compte tenu du fait que cette campagne de publicité, selon la demande d'avis, 'est de nature à permettre le développement économique et d'en faire équitablement profiter le consommateur final qui trouvera à meilleur compte le produit de qualité à proximité de son domicile et en bénéficiant, en tant que de besoin, du conseil d'un professionnel éclairé'.

A. - Le secteur de la parapharmacie

En application de l'article L. 569 du code de la santé publique, les pharmaciens ne sont autorisés à vendre que certaines catégories de produits, articles et appareils. Leur énumération figure dans un arrêté ministériel du 19 mars 1990 pris pour l'application de cette disposition.

Ceux-ci peuvent être rangés, pour les besoins du présent examen, en deux catégories :

- ceux qui sont soumis au monopole des pharmaciens tel que défini par l'article L. 512 du code de la santé ou par des textes particuliers (médicaments vétérinaires, contraceptifs...);
- ceux qui ne relèvent pas de ce monopole et qui peuvent être vendus par l'intermédiaire d'autres circuits de distribution.

Ces derniers produits constituent la parapharmacie. Ils sont soumis au libre jeu de la concurrence, comme l'a considéré le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 87-D-15 du 9 juin 1987, confirmée sur ce point par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 28 janvier 1988. Le Conseil a rappelé cette position dans son avis n° 91-A-02 du 12 février 1991, rendu à la demande de la Fédération des entreprises de distribution de magasins à prédominance alimentaire et de services (Fedimas).

Il demeure néanmoins des incertitudes quant à la nature juridique exacte de certains produits distribués par les pharmacies (parfois appelés 'produits frontières'), qui sont proches à la fois des médicaments et des produits diététiques, cosmétiques ou d'hygiène corporelle. Lorsque ces produits sont regardés comme des médicaments, à raison de leur composition, ils entrent dans le champ du monopole pharmaceutique. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (chambre criminelle) s'agissant par exemple de l'alcool à 70° modifié, de la crème à l'arnica, à la sauge ou de préparations vitaminées.

Néanmoins, dans son avis précité rendu à la demande de la Fedimas, le Conseil a considéré que, sous réserve de certaines précautions, 'les intérêts de la santé publique paraissent pouvoir être sauvegardés sans qu'il soit pour autant nécessaire de soustraire le marché des 'produits frontières' au mécanisme normal de la concurrence'.

Au plan économique, le Conseil et la cour d'appel de Paris (décision n° 87-D-15 et arrêt de la 1re chambre [Concurrence] du 28 janvier 1988), confirmés sur ce point par la Cour de cassation, ont considéré que la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle par le circuit officinal constitue un marché propre, du fait que ce mode de distribution revêt aux yeux du consommateur une spécificité liée à la qualité du vendeur, pharmacien dispensateur de médicament et membre d'une profession réglementée, auprès duquel le consommateur recherche 'la satisfaction d'un besoin de sécurité et de conseil'.

Par les mêmes décisions, le Conseil et la cour d'appel de Paris ont décidé que les fabricants de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle peuvent légitimement diffuser leurs produits par le biais de réseaux de distribution sélective, mais que l'exigence contractuelle que le revendeur soit pharmacien d'officine n'est pas justifiée par les nécessités d'une distribution adéquate des produits en cause. A cet égard, la Cour de cassation, saisie de cette affaire, a énoncé que 'l'activité consistant à vendre des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et à conseiller les utilisateurs de ceux-ci n'est pas réservée aux pharmaciens' (Cour de cassation, 25 avril 1989).

Enfin, il faut souligner la grande diversité des modes de distribution des produits pharmaceutiques au sein de l'Union européenne, la création d'un monopole et son étendue restant de la compétence des Etats membres (directive [CEE] 85-432 du 16 septembre 1985 relative à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certaines activités du domaine de la pharmacie).

Dans un arrêt Sandoz du 14 juillet 1983, la Cour de justice des Communautés européennes a par ailleurs affirmé qu'"il appartient aux Etats membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes", à condition toutefois que les atteintes à la concurrence soient limitées 'à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection de la santé légalement poursuivis' par ceux-ci. S'agissant des produits qui n'entrent pas dans la définition du médicament telle qu'elle résulte de la directive (CEE) 65/65 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques, la Cour de Luxembourg a considéré qu'"il appartient à la juridiction nationale de vérifier si le monopole conféré aux pharmaciens pour leur commercialisation est nécessaire à la protection de la santé ou des consommateurs et si ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives du commerce intracommunautaire' (C.J.C.E., arrêt Delattre du 21 mars 1991).

B. - Examen des pratiques soumises au Conseil

Consulté en application de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil n'a pas à qualifier les pratiques, objets de la demande d'avis, sur le fondement des articles 7 et 10 de ladite ordonnance, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses.

Il lui appartient, en revanche, d'apporter des réponses aux questions de concurrence soulevées par la demande d'avis de l'A.D.P.P., sous réserve des décisions qu'il pourrait rendre au cas où il serait saisi de pratiques similaires sur le fondement du titre III de l'ordonnance.

Il sera donc procédé à l'examen des questions de concurrence que pose la pratique d'opérations promotionnelles consistant à placer dans les vitrines des officines des annonces de rabais décidés collectivement par plusieurs pharmaciens, ce qui conduit dans un premier temps à rappeler le contexte juridique dans lequel s'inscrivent les actions publicitaires que peuvent mettre en oeuvre les pharmaciens.

1. La publicité concernant les produits d'officine

L'article L. 551 du code de la santé publique soumet la publicité concernant les médicaments, les établissements pharmaceutiques ainsi que d'autres produits tels ceux favorisant le diagnostic, la prévention et le traitement des maladies à des interdictions ou limitations fixées par les articles R. 5045 et suivants du même code.

Ces articles prévoient principalement :

1° L'interdiction de toute publicité auprès du public en faveur des médicaments délivrés sur ordonnance et de ceux qui sont remboursés par les organismes de sécurité sociale ;

2° Une autorisation ministérielle (visa de publicité), délivrée après avis d'une commission, pour les autres médicaments et produits visés à l'article L. 551, alinéa 2, du code de la santé publique.

Certains produits de parapharmacie peuvent entrer dans le champ de cette réglementation.

Par ailleurs, les règles déontologiques régissant la profession de pharmacien, qui figurent aux articles R. 5015-1 à R. 5015-64 du code de la santé publique, comportent certaines dispositions limitant la possibilité pour les pharmaciens de faire de la publicité.

Les principales d'entre elles sont les suivantes :

- l'article R. 5015-26, qui interdit aux pharmaciens 'de solliciter la clientèle par des procédés et moyens contraires à la dignité de leur profession, même lorsque ces procédés et moyens ne sont pas expressément prohibés par la législation en vigueur' ;

- l'article R. 5015-30, qui leur interdit de 'porter atteinte au libre choix du pharmacien par les malades en octroyant directement ou indirectement à certains d'entre eux des avantages que la loi ne leur aurait pas explicitement dévolus' ;

- l'article R. 5015-60, qui prévoit que 'les pharmaciens inscrits à l'ordre se doivent mutuellement aide et assistance pour l'accomplissement de leurs devoirs professionnels', et qu'ils doivent, 'en toute circonstance, [...] faire preuve de loyauté les uns envers les autres et de solidarité'.

Le Conseil d'Etat, statuant en qualité de juge de cassation des décisions à caractère disciplinaire prises par les instances compétentes de l'ordre, après avoir rappelé que les dispositions de l'article R. 5015-26 s'appliquent à l'ensemble des activités du pharmacien, a confirmé les sanctions qui avaient été prononcées par le conseil de l'ordre (Conseil d'Etat, arrêt du 30 octobre 1989, Mme Raveneau-Sabardeil contre Conseil national de l'ordre des pharmaciens). Pour autant, il ne peut être déduit de cette décision que l'article R. 5015-26 du code de la santé publique interdit au pharmacien de procéder, de manière appropriée, à toute forme de publicité concernant les produits qu'il est autorisé à commercialiser en application de l'article L. 569 du code de la santé publique.

En effet, si les principes de la libre concurrence ne peuvent trouver à s'appliquer en ce qui concerne la vente des médicaments, compte tenu des impératifs de santé publique qui prévalent en ce qui les concerne, ni même pour les produits qui sans être des médicaments entrent dans le monopole des pharmaciens, les principes dont s'inspire l'ordonnance du 1er décembre 1986 en matière de libre concurrence retrouvent leur empire s'agissant de la commercialisation des autres produits que sont habilités à vendre les pharmaciens d'officine dès lors que n'y font pas directement obstacle des préoccupations d'intérêt général, essentiellement tirées de la protection de la santé.

Ces préoccupations pourraient naître de la nature même des produits concernés ou de la spécificité de l'activité des pharmaciens.

Sur le premier point, les produits de parapharmacie étant par définition d'une nature telle qu'ils ne justifient ni distribution exclusive par les professionnels hautement qualifiés que sont les pharmaciens, ni procédure d'autorisation de mise sur le marché, aucun motif tiré de la protection de la santé publique ne paraît justifier que leur commercialisation soit exclue du libre jeu de la concurrence par des limitations concernant les modalités selon lesquelles la publicité pourrait être faite en leur faveur, sous réserve le cas échéant, du respect des obligations résultant de l'article L. 551 du code de la santé publique.

Sur le deuxième point, deux arguments sont généralement mis en avant pour justifier la limitation de la concurrence entre officines sur les produits de parapharmacie et par voie de conséquence, pour condamner certains procédés publicitaires mis en oeuvre par les pharmaciens.

Le premier consiste à exposer que la libre concurrence aurait pour conséquence de mettre en péril la rentabilité des officines qui consacrent la plus grande part de leur activité à la délivrance de médicaments, activité moins rémunératrice compte tenu de la fixation de prix de vente maxima par l'autorité administrative (article L. 162-38 du code de la sécurité sociale). A terme, serait compromis le réseau de distribution des médicaments, certains malades risquant de ne plus disposer de pharmacie près de leur domicile.

A cet égard, il convient de rappeler que l'implantation des officines repose sur des critères définis par la loi, notamment par les articles L. 570 et L. 571 du code de la santé publique, compte tenu des besoins de la population au regard des impératifs de la santé publique, mais que le fait que la création des officines soit soumise à la délivrance d'une autorisation ne met pas les pharmaciens à l'abri des aléas inhérents à toute forme d'activité commerciale.

Le Conseil constate par ailleurs que l'argumentation consistant à lier les difficultés économiques que rencontreraient certaines officines avec la circonstance que d'autres procèdent à des rabais sur les produits de parapharmacie ne tient pas compte du fait que la concurrence par les prix peut avoir, au plan général, un effet bénéfique sur le volume global des ventes des officines et donc sur la rentabilité de ces dernières.

Le second argument avancé pour condamner certaines formes de publicité, consiste à invoquer le fait que le consommateur, qui entre dans une officine pour bénéficier d'un rabais sur les prix des produits de parapharmacie, sera enclin à procéder également dans celle-ci à ses achats de médicaments, ce qui mettrait en cause les obligations déontologiques pesant sur les pharmaciens et en particulier celle qui leur interdit de porter atteinte au libre choix du pharmacien par le malade (art. 5015-30 du code de la santé publique).

Il convient de relever à cet égard que l'annonce de promotions en vitrine, dans le respect des prescriptions légales relatives à la publicité, constitue une mesure favorable à l'exercice par le consommateur de sa liberté de choix.

Il peut également être noté que les pharmaciens cherchent légitimement à s'attacher la clientèle par d'autres moyens, comme la qualité et le soin porté à la présentation des produits ou des officines ou encore la qualité de l'accueil et du service offerts, sans que soit mis en cause cet objectif de fidélisation de la clientèle.

Ces arguments ne paraissent donc pas de nature à justifier, au nom de la protection de la santé publique ou des consommateurs, des restrictions à la libre concurrence qui doit s'exercer sur la commercialisation des produits de parapharmacie.

S'agissant enfin, des règles déontologiques de la profession, dont l'application peut conduire à limiter la concurrence que peuvent se faire les pharmaciens, il n'appartient pas au Conseil de les interpréter, cette mission relevant des instances ordinales sous le contrôle du Conseil d'Etat. A cet égard, le Conseil ne peut que constater la convergence du droit de la concurrence, qui vise notamment à garantir aux consommateurs la plus grande liberté de choix en ce qui concerne les personnes avec lesquelles ils entendent contracter, avec les principes qui sous-tendent les règles posées par les articles R. 5015-26, R. 5015-30 et R. 5015-60 du code de la santé publique ci-dessus mentionnés, en ce qu'ils tendent à promouvoir la transparence et le respect de la liberté de choix des consommateurs.

2. Appréciation de ces opérations collectives de publicité au regard des principes qui régissent le droit de la concurrence

D'un point de vue général, la concurrence qui s'exerce sur les produits de parapharmacie est favorisée par les opérations promotionnelles sur les prix de ces produits et l'information donnée au public, sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires qui régissent la publicité des prix à l'égard des consommateurs.

De même, aucune disposition de l'ordonnance de 1986 n'interdit que des opérations de communication soient organisées par une profession, afin d'informer la clientèle du fait que ses membres sont susceptibles de pratiquer des opérations promotionnelles.

S'agissant d'opérations collectives de publicité sur les prix de vente, le Conseil rappelle que des commerçants indépendants se trouvant en situation de se faire concurrence ne peuvent s'entendre pour pratiquer des prix de revente identiques ou fixer des prix de revente minimum, ce type d'accords ayant pour objet et pouvant avoir pour effet d'empêcher la concurrence par les prix sur le marché concerné, en faisant obstacle à leur fixation par le libre jeu du marché (cf. décision du Conseil n° 92-D-38 en date du 9 juin 1992, confirmée sur ce point par la 1^{re} chambre (section Concurrence) de la cour d'appel de Paris le 3 juin 1993 et décision du Conseil n° 94-D-60 du 13 décembre 1994).

Il en va de même lorsque l'accord porte sur des rabais uniformes, si ceux-ci ont pour base un prix imposé ou simplement conseillé mais collectivement respecté par les parties à l'accord (cf. décision du Conseil n° 91-D-22 en date du 14 mai 1991).

En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une association de commerçants indépendants mette en oeuvre une politique commerciale commune à l'ensemble de ses membres, dès lors que cette politique n'altère pas l'indépendance de chacune des entreprises en cause et que la fixation de prix identiques ne concerne jamais des entreprises en situation de se faire concurrence (cf. décision du Conseil n° 88-D-28 en date du 21 juin 1988).

Le Conseil relève enfin que, dès lors que l'action concertée soumise à son examen ne peut être qualifiée sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance, il ne lui appartient pas de l'examiner au regard des dispositions du 2 de l'article 10 du même texte.

Il précise, de façon générale, que le fait qu'un accord améliore la situation de la concurrence dans un secteur donné n'est pas nécessairement suffisant pour prouver qu'il a pour effet d'assurer un progrès économique au sens du 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Le Conseil souligne, en outre, que l'entreprise qui se prévaut de ces dispositions doit rapporter la preuve que les restrictions de concurrence générées par les pratiques en cause sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Adopté, sur le rapport de Mme Lise Leroy-Gissingier, par MM. Barbeau, président, Cortesse et Jenny, vice-présidents, Blaise, Robin, Rocca, Thiolon et Urbain, membres.

Le rapporteur général,
Marie Picard

Le président,
Charles Barbeau

© Conseil de la concurrence