

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

**Décision n° 97-D-18
du 18 mars 1997**

**relative à des pratiques relevées
dans le secteur du portage de médicaments à domicile**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 11 décembre 1995, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur du portage de médicaments à domicile ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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 ;

Vu les observations présentées par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace, par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais, par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie, par M. Duceau (pharmacie) et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, des conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens susmentionnés et de M. Duceau entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A. - LE SECTEUR CONCERNÉ

1. Les produits vendus en pharmacie

L'article L. 512 du code de la santé publique réserve aux pharmaciens le monopole de la vente au détail des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine tels que définis par l'article L. 511 de ce code et d'un certain nombre de produits non médicamenteux : objets de pansements et articles présentés comme conformes à la pharmacopée, insecticides et acaricides destinés à être appliqués sur l'homme, produits destinés à l'entretien ou à l'application de lentilles oculaires de contact, produits destinés au diagnostic médical ou à celui de la grossesse, plantes médicinales inscrites à la pharmacopée sous réserves de dérogations, huiles essentielles, aliments lactés diététiques pour nourrissons et aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois) dont les caractéristiques sont fixées par arrêté.

Le monopole prévu à l'article L. 512 comporte des dérogations au profit des médecins propharmaciens (article L. 594), des droguistes d'Alsace-Lorraine (article L. 660) et des " non-pharmaciens " d'Outre-mer (article L. 662). De plus, d'autres dispositions du code de la santé publique prévoient une dérogation au profit des opticiens lunetiers pour la vente des produits destinés à l'entretien des lentilles oculaires de contact (article L. 512-1) et des herboristes diplômés à la date de la publication de la loi du 11 septembre 1941, pour les plantes visées aux alinéas 2 et 3 de l'article L. 659 du code de la santé publique.

Par ailleurs, l'article L. 569 du code de la santé publique autorise les pharmaciens à vendre des produits autres que ceux visés à l'article L. 512. Ainsi peuvent-ils vendre les médicaments et produits à usage vétérinaire, les produits, articles et appareils utilisés dans les soins et l'hygiène bucco-dentaire, les produits diététiques de régime et la confiserie pharmaceutique, les eaux minérales, les articles d'orthopédie, de grand appareillage et de prothèse, les articles nécessaires à l'hospitalisation à domicile, les produits et articles d'hygiène médicale, les produits, articles et appareils d'optique et d'acoustique médicales, les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, les produits, articles et appareils utilisés dans l'art de l'oenologie, les produits chimiques définis ou les drogues destinées à des usages non thérapeutiques, les produits de désinsectisation et de dératisation ainsi que les produits phytosanitaires.

2. Les officines

Les pharmaciens d'officine, détenteurs du monopole de distribution défini à l'article L. 512 du code de la santé publique, sont chacun propriétaires de leur fonds de commerce et titulaires d'un diplôme de pharmacien. Leur activité est soumise à un *numerus clausus*. L'implantation des officines pharmaceutiques est régie par les articles L. 570 et L. 571 du code de la santé publique, qui visent à garantir une répartition harmonieuse des officines sur le territoire national.

3. Les organisations représentatives des pharmaciens

Conformément aux articles L. 520 à L. 548 du code de la santé publique, les pharmaciens sont régis par l'Ordre national des pharmaciens qui a pour objet d'assurer le respect des devoirs professionnels et la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession. L'Ordre national des pharmaciens comprend 7 sections, chacune étant administrée par un conseil central. La section A regroupe les pharmaciens

titulaires d'une officine. Le conseil central de la section A établit et tient à jour le tableau national des pharmacies d'officine. Il coordonne l'action des conseils régionaux et transmet leurs vœux et leurs décisions au conseil national de l'Ordre des pharmaciens. Il peut proposer toutes mesures intéressant la moralité et la déontologie professionnelles.

Le conseil national de l'Ordre des pharmaciens est le défenseur de la légalité et de la moralité professionnelle. Il coordonne l'action des conseils centraux et des sections de l'Ordre et joue un rôle d'arbitrage entre les différentes branches de la profession.

Dans chaque région sanitaire, un conseil régional de l'Ordre des pharmaciens établit et tient à jour le tableau de l'Ordre et assure le respect des règles professionnelles propres à la pharmacie d'officine. Il siège en chambre de discipline et est alors présidé par un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel.

Les dispositions du code de déontologie des pharmaciens sont issues du décret n° 95-284 du 14 mars 1995, codifiées aux articles R. 5015-1 à R. 5015-77 du code de la santé publique. Les infractions aux dispositions du code de déontologie des pharmaciens relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre, sans préjudice d'éventuelles poursuites pénales. Les chambres de discipline des conseils régionaux et des conseils centraux de l'Ordre prononcent des peines disciplinaires en première instance. Le conseil national constitué en chambre de discipline est la juridiction d'appel des conseils centraux et des conseils régionaux. Le Conseil d'Etat est juge de cassation du contentieux disciplinaire.

4. Les services de portage de médicaments a domicile

Dans la plupart des cas, l'activité de portage de médicaments à domicile est exercée en complément d'une activité principale, notamment par des ambulanciers ou des infirmiers. En 1995, il existe environ 300 entreprises offrant un tel service. Seuls La Poste et le réseau de franchise Vital Portage, qui comprend, à l'époque des faits, 289 adhérents répartis sur 80 départements, couvrent la quasi-totalité du territoire français. Les 16 autres entreprises proposant un tel service en complément de leur activité principale ont un ressort géographique limité à la région.

La majeure partie de la clientèle des services de portage de médicaments à domicile est composée de personnes âgées, handicapées ou à mobilité réduite.

Les entreprises de portage de médicaments à domicile procèdent généralement de la façon suivante : déplacement au domicile du client sur appel de celui-ci ; introduction de l'ordonnance et des autres pièces (carte d'assuré social, chèque à l'ordre du pharmacien) dans une enveloppe qui est cachetée devant le client ; mention par ce dernier, sur celle-ci, du mandat donné au porteur pour aller quérir à sa place les médicaments à la pharmacie qu'il désigne ; déplacement à la pharmacie où le pharmacien place les médicaments dans un sachet spécial, sur lequel il indique d'éventuelles recommandations et retour au domicile du client pour livraison.

Hormis le service proposé par La Poste, dont le coût est supporté par les pharmaciens, les services de portage de médicaments à domicile sont rémunérés par le client. Les prix, qui comportent une part forfaitaire, varient en fonction de la distance parcourue et s'échelonnent, selon les entreprises, entre 40 et 150 francs.

Le marché du portage de médicaments à domicile est géographiquement très segmenté en raison de l'incidence des coûts de transport dans le coût total du service.

B. - LES PRATIQUES RELEVÉES

1. Le communiqué diffusé par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens

En février 1993, M. Gaulin, président du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, a diffusé auprès des conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens le communiqué suivant :

" (...) Rappelons que l'article L. 589 interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés, aussi bien de solliciter les commandes auprès du public que de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments dont la commande leur serait ainsi parvenue.

Le portage à domicile " organisé ", mis en place par quelque entreprise que ce soit, ne répond pas à l'article L. 568 du code de la santé publique dont il ressort que l'officine reste le lieu naturel de dispensation des médicaments : on entend par officine, l'établissement affecté à la dispensation au détail des médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L. 512, ainsi qu'à l'exécution des préparations magistrales ou officinales.

Aussi, le Conseil central " A " des pharmaciens d'officine est-il opposé au portage des médicaments à domicile par des sociétés diverses car il dépersonnalise la dispensation du médicament et est contraire au bon déroulement de l'acte pharmaceutique ".

2. Les courriers diffusés par certains conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens

a) En Lorraine

Le 24 novembre 1993, Mme Keller-Didier, président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, a adressé aux pharmaciens de son ressort, accompagnée du communiqué de M. Gaulin cité ci-dessus, la lettre circulaire suivante :

" (...) Vous avez été ou vous serez peut-être contacté par des entreprises de " portage à domicile ".

Sachez que ce sujet est étudié au niveau ordinal national.

(...) Le Conseil prête toute son attention aux déviations qui pourraient être induites par de tels systèmes de portage et ne saurait trop vous rappeler qu'aux termes de l'article L. 589 du code de la santé publique il est interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments dont la commande leur serait ainsi parvenue (...)

Vous trouverez ci-joint la circulaire du président Gaulin qui explicite la position du Conseil Central A à ce sujet (...) ".

Le 31 décembre 1994, le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine a adressé une deuxième lettre aux pharmaciens établis dans son ressort :

" Le point sur le portage

L'Ordre insiste beaucoup sur l'intérêt de la dispensation du médicament à l'officine lieu privilégié de la dispensation et rappelle que lorsque l'état du patient le requiert l'article L. 589 du CSP permet au pharmacien de se rendre au chevet du malade. C'est ce que nous indiquons à tout pharmacien sollicité par les sociétés de portage et c'est ce que nous expliquons à toutes ces " officines " qui voudraient fleurir partout mais qui disparaissent aussi vite qu'elles sont nées car le peu de service qu'elles rendent, pourtant à titre onéreux, ne suffit pas à faire vivre une personne et à entretenir une voiture et un téléphone.

Alors que dire de la convention de La Poste avec l'APR ?

Elle a été signée à titre d'essai, pour quelques secteurs isolés et exclut totalement l'urgence. Rien ne prouve qu'elle sera reconduite ou étendue.

Tous ces systèmes ou conventions mettent en péril le fondement même de notre exercice (...) ".

Par ailleurs, le 22 mars 1993, Mme Keller-Didier a adressé au responsable des ambulances Dexemple à Neufchâteau, qui proposaient un service de portage de médicaments à domicile, le courrier suivant :

" (...) Nous avons appris par la presse que vous proposiez un nouveau service à savoir : le portage à domicile des médicaments.

Nous avons l'honneur de porter à votre connaissance le communiqué (...) que Monsieur Gaulin, Président du Conseil Central A des pharmaciens d'officine vient de nous faire parvenir à ce sujet.

Vous pourrez constater que cette activité n'est pas compatible avec la législation (...) ".

Des courriers identiques ont été adressés le 10 mars 1993 à M. Czaplinski à Montigny les Metz (57158) et à Mme Gaspard à Vry (57640), ambulanciers qui proposaient un service de portage de médicaments à

domicile.

Mme Keller-Didier a indiqué lors de son audition par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le 25 janvier 1995 :

" En ce qui concerne le portage à domicile des médicaments, j'ai effectivement adressé un courrier en date du 22 03 93 aux ambulances Dexemple à Neufchâteau.

J'avais reçu moi-même, le mois précédent, un communiqué du président du Conseil Central " A " des pharmaciens d'officine, Jean Gaulin, qui reprenait tous les articles du code de la santé publique. J'étais parfaitement d'accord avec les termes de ce communiqué visant la dispensation à domicile de médicaments (...).

J'ai donc décidé d'informer en premier lieu la société Dexemple de Neufchâteau, de la législation en la matière (...)".

Au cours de la même audition, Mme Keller-Didier a reconnu adresser une lettre-type aux personnes qui sollicitaient son avis sur le portage de médicaments à domicile : " (...) *Actuellement nous avons un courrier type adressé à toute personne demandant des renseignements à propos du portage des médicaments à domicile* ".

Cette lettre-type indique :

" (...) Par contre, la remise de médicaments par un tiers, en paquet scellé, exclut le conseil du pharmacien et, par là même, l'usage rationnel du médicament.

La pharmacovigilance ne peut être assurée, le patient ne pouvant plus donner d'information au pharmacien, annihilant ainsi le contrôle des effets secondaires et des interactions.

(...) D'autre part, il convient de s'interroger sur les conditions de conservation (chaîne du froid par exemple) et de sécurité des médicaments qui ont ainsi quitté le circuit pharmaceutique et qui risquent d'être mis à la portée de tous et notamment des enfants.

En outre, un tel système d'acheminement des ordonnances ferait obstacle au libre choix du pharmacien par le malade, les médicaments devant être achetés à la pharmacie désignée par le malade et non dans les seules pharmacies ayant accepté de faire appel à vos services.

Nous ajoutons que l'article L. 589 du code de la santé publique interdit aux pharmaciens et à leurs préposés, aussi bien de solliciter des commandes auprès du public que de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments dont la commande leur serait ainsi parvenue ".

b) En Alsace

Le bulletin régional d'information du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace du mois de février 1994 consacre au portage des médicaments à domicile le passage suivant :

" Des pharmaciens se sont inquiétés de la multiplication des créations de ces entreprises, voyant là un danger de dérive.

Il faut savoir que cette activité de " portage à domicile " n'est pas réglementée, que par conséquent aucune autorisation administrative n'est requise pour l'exercer et que nul n'a qualité pour l'interdire dans l'état actuel de la législation.

(...) Peut-on imaginer qu'une personne malade soit prête à déboursier, selon les cas, 60 F, 120 F, ou 150 F, pour recevoir d'un inconnu incompetent en matière de santé, un paquet clos en provenance de la pharmacie ? ".

Par ailleurs, le 15 février 1994, le président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace a adressé à la SARL Ambulances taxi William, qui proposait un service de portage de médicaments à domicile, à Niedermorschwihr (68230), la lettre suivante :

" Nous tenons à vous informer du vote récent de la loi 94-43 relative à la santé publique et à la protection sociale du 18 janvier 1994 publiée au JO du 19 janvier, laquelle a modifié l'article L. 589 du code de la santé publique en autorisant les pharmaciens à se rendre au domicile des malades pour assurer eux-mêmes la dispensation des médicaments.

(...) Nous estimons par ailleurs que, l'officine étant un lieu naturel, légal et spécifique de dispensation du médicament, un service de portage ne saurait être développé pour les seules raisons de simple commodité du public (...) ".

c) Dans le Nord-Pas-de-Calais

Le 20 avril 1993, le président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais a adressé au directeur de Saint-André Ambulances, à Saint-André (59350), le courrier suivant :

" Les pharmaciens du secteur de Saint-André ont communiqué au Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens un document, envoyé par la poste, faisant état de l'organisation d'un portage de médicaments dans le secteur Saint-André-Wambrechies.

Il me semble judicieux de vous rappeler que la dispensation du médicament obéit à des règles très strictes visant à garantir au malade le meilleur service pharmaceutique possible, et édictées dans le code de la santé publique.

Il ressort des ces règles :

- que le seul lieu affecté à la dispensation au détail des médicaments est l'officine de pharmacie (L. 568) ;
- que les pharmaciens ont le droit et le devoir de dispenser le médicament au chevet du malade, dès lors que ce dernier est dans l'incapacité de les contacter (R. 5015-4) ;
- que les praticiens se voient interdire de solliciter des commandes auprès du public, et de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers (L. 589) ;
- que " toute commande livrée en dehors de l'officine ne peut être remise qu'en paquet scellé " (L. 589) sauf si le pharmacien délivre lui-même les médicaments chez le patient ;
- que la dispensation du médicament oblige les praticiens au strict respect du secret professionnel (R. 5015-19) ;
- que l'article L. 377-3 du code de la sécurité sociale punit d'amende et/ou d'emprisonnement quiconque, par offre, promesse d'argent, (...) aura attiré ou tenté d'attirer les assurés dans une officine de pharmacie (...) ".

Le 3 septembre 1993, le président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais a écrit au responsable des ambulances Didier, qui proposaient un service de portage de médicaments à domicile, à Hergnies (59199), la lettre suivante :

" Votre information relative à une pratique de portage des médicaments de votre société est parvenue au Conseil Régional.

Il me semble judicieux de vous rappeler que la dispensation du médicament obéit à des règles très strictes, visant à garantir au malade le meilleur service pharmaceutique possible et édictées par le code de la santé publique.

(...) L'Ordre des pharmaciens demeurera attentif à ce que le libre choix du pharmacien soit préservé dans tous les cas, aidé en cela par les pharmaciens prescripteurs de santé publique, et ce, tant que des sociétés proposeront, contre une somme d'argent, l'accès du médicament au malade (...) ".

d) En Basse-Normandie

Le 26 avril 1993, le président délégué du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie a adressé à M. Huet, pharmacien à Trouville-sur-mer, le courrier suivant :

" (...) J'ai bien reçu votre brochure concernant le portage à domicile des médicaments. Ce système de distribution est tout à fait en contradiction avec le code de la santé publique et le monopole qui est inhérent à notre profession. Je vous fais parvenir le texte que le président Gaulin a fait diffuser dernièrement à ce sujet (...) ".

3. Le refus de M. Duceau, pharmacien, de délivrer des médicaments à une entreprise de

portage à domicile

Se présentant le 7 juillet 1993 à l'officine de pharmacie exploitée par M. Duceau, à Vitry le François (51300), M. Gouilly, ambulancier faisant partie du réseau de franchise Vital Portage, s'est heurté au refus du pharmacien de lui délivrer des médicaments pour le compte de sa cliente, Mme Raulin. M. Duceau a porté sur l'enveloppe contenant l'ordonnance du médecin et la carte d'assuré social de Mme Raulin, la mention " *refusé le 7 juillet 1993 par J. Duceau* ". M. Duceau a confirmé lors de son audition, le 14 mars 1995, avoir refusé de délivrer les médicaments à M. Gouilly :

" Le 7 juillet, j'ai refusé de fournir des médicaments au franchisé Vital Portage qui s'est présenté (...)

(...) J'ai pris cette position pour plusieurs raisons :

- j'aurais accepté de remettre les médicaments à une personne connaissant le malade et le faisant à titre gracieux ;
- j'ai, à cette époque, contacté téléphoniquement le conseil de l'Ordre des pharmaciens qui m'a déconseillé de délivrer les médicaments pour des raisons dont je ne me souviens plus actuellement ;
- quel que soit l'intermédiaire, il peut y avoir un risque de détournement de clientèle, essentiellement à des fins pécuniaires, au profit du colporteur ou du pharmacien, et au détriment du malade ;
- ce service de portage de médicaments est régulièrement et gratuitement assuré par les pharmaciens.

J'ai entretenu de ce problème mes confrères qui partageaient tous ma position à cette époque ".

M. Gouilly, gérant de la SARL Ambollet, a confirmé, le 14 mars 1995 :

" J'ai tenté de faire une course dans le cadre de Vital Portage le 7 juillet 1993 et me suis vu opposer un refus de M. Duceau. Par la suite, je n'ai pas fait d'autre course et n'ai pas eu d'autre appel. En effet, j'ai abandonné toute publicité. A la suite du refus de M. Duceau j'ai rencontré plusieurs pharmaciens (Bukwa, Houvain). M. Bukwa n'était pas favorable à Vital Portage, mais était plus à l'écoute que M. Duceau ; il préférait avoir des garanties juridiques et en matière d'assurance. M. Bukwa m'a indiqué qu'il devait y avoir une réunion des pharmaciens de Vitry le François à laquelle je devais être convié, mais je n'ai jamais eu de nouvelles. M. Bukwa m'a également indiqué que sur les 13 officines de Vitry le François une majorité était opposée à ce système de portage. La pharmacie Houvain était, quant à elle, plutôt favorable à Vital Portage. Après avoir fait ces démarches pendant tout l'été 1993, j'ai abandonné par manque de temps et pour me consacrer à mon activité principale ".

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur les pratiques constatées :

En ce qui concerne les communiqués et courriers diffusés par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et par les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie :

Considérant que le communiqué diffusé en février 1993 par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, dont les termes sont reproduits au 1 du B du I de la présente décision, rappelle les termes de l'article L. 589 du code de la santé publique, indique que l'activité de portage de médicaments à domicile est contraire aux dispositions de l'article L. 568 du même code et qu'en conséquence le conseil central de la section A de l'Ordre est opposé à ce type de services ; qu'en diffusant ce communiqué, le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens a implicitement invité les pharmaciens à ne pas délivrer de médicaments lorsque l'ordonnance serait présentée par une entreprise de portage de médicaments à domicile ; que, ce faisant, le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens a mis en oeuvre une action concertée de boycott de nature à entraver l'accès au marché des entreprises de portage de médicaments à domicile ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine a transmis aux pharmaciens de son ressort le communiqué précité du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens ; qu'il leur a adressé deux lettres indiquant son opposition aux services de portage de médicaments à domicile et les mettant en garde contre ces services ; qu'il a aussi adressé des courriers à trois entreprises proposant un service de portage de médicaments à domicile, visant à les dissuader d'exercer leur activité, en faisant état de l'incompatibilité de celle-ci avec les dispositions du code de la santé publique ; qu'enfin, il a établi une lettre-type destinée aux personnes sollicitant son avis sur cette question, qui comportait les mêmes réserves ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace a adressé une mise en garde aux pharmaciens ainsi qu'un courrier à une entreprise proposant un service de portage de médicaments à domicile, lui faisant part de ses réserves, en rappelant que l'officine est le lieu de dispensation du médicament et en indiquant que "*un service de portage ne saurait être développé pour les seules raisons de commodité du public*" ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais a adressé des mises en garde à deux entreprises assurant un service de portage de médicaments à domicile en se référant aux articles L. 568 et L. 589 du code de la santé publique ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie a transmis à un pharmacien le communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et lui a fait part de son opposition aux services de portage de médicaments à domicile en faisant état de l'incompatibilité de ces services avec les dispositions du code de la santé publique ;

Considérant que le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie soutiennent que les prises de position des conseils régionaux ne révèlent pas l'existence d'une

concertation avec le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, dès lors que les instances ordinales régionales disposent d'une autonomie totale vis-à-vis du conseil central et que les moyens qu'elles ont utilisés pour marquer leur opposition aux services de portage de médicaments à domicile et les motifs de cette opposition étaient différents ;

Considérant toutefois qu'il résulte de l'instruction que toutes les mises en garde contre les services de portage de médicaments à domicile ont été diffusées par les conseils régionaux précités entre les mois de mars 1993 et février 1994, soit dans la période immédiatement postérieure au communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens de février 1993 ; que les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine et Basse-Normandie se sont expressément référés à ce communiqué qu'ils ont diffusé auprès des pharmaciens ; que, lors de son audition, le 25 janvier 1995, Mme Keller-Didier, président du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, a déclaré " *J'avais reçu moi-même, le mois précédent un communiqué du président du conseil central " A " des pharmaciens d'officine, Jean Gaulin, qui reprenait tous les articles du code de la santé publique. J'étais parfaitement d'accord avec les termes de ce communiqué visant la dispensation à domicile de médicaments (...) J'ai donc décidé d'informer en premier lieu la société Dexemple de Neufchâteau, de la législation en la matière (...)* " ; que, dans sa lettre du 15 février 1994, adressée à la SARL Ambulances taxi William, le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace a repris les arguments figurant dans le communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre, relatifs aux problèmes juridiques posés par les services de portage de médicaments à domicile ; que, dans sa lettre du 20 avril 1993 adressée au directeur des ambulances Saint-André, le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais s'est référé, comme le conseil central de la section A, aux articles L. 568 et L. 589 du code de la santé publique ; que, dès lors, les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie se sont associés à l'action concertée de boycott mise en oeuvre par le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens ;

Considérant que le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie soutiennent qu'il n'est pas établi que les pratiques en cause aient eu un effet, dès lors que, les communiqués et courriers diffusés n'ayant pas de caractère contraignant, il n'est pas démontré que les pharmaciens d'officine s'y soient conformés et se soient ainsi associés à la concertation avec les instances ordinales ;

Mais considérant que l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibe les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'entre ainsi dans le champ de ces dispositions toute pratique dès lors qu'elle a un objet ou peut avoir un effet anticoncurrentiel sur un marché ; qu'ainsi, alors même que la participation des pharmaciens d'officine à l'action concertée des instances ordinales ne serait pas démontrée, les communiqués et courriers diffusés par celles-ci étaient, pour partie d'entre eux, destinés aux pharmaciens d'officine, avaient pour objet de les mettre en garde contre les services de portage de médicaments à domicile et pouvaient avoir pour effet d'empêcher l'accès au marché des entreprises proposant ce type de service ; que de telles pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne le refus de M. Duceau de délivrer les médicaments à une entreprise de portage de médicaments à domicile :

Considérant qu'il est constant que le 7 juillet 1993, M. Duceau, pharmacien à Vitry le François a refusé de délivrer des médicaments à M. Gouilly, représentant de la société Vital Portage ; que M. Duceau soutient qu'un tel refus ne procède pas d'une action concertée avec les instances de l'Ordre national des pharmaciens, mais était motivé par le fait que n'était pas joint de moyen de paiement et que le transport de médicaments dans une ambulance est interdit ; que, toutefois, M. Duceau, selon les termes de son procès-verbal d'audition en date du 14 mars 1995, a indiqué les raisons de son refus, au nombre desquelles ne figuraient ni l'absence de moyen de paiement, ni l'interdiction de transporter les médicaments dans une ambulance ; qu'en revanche, il fait état d'un appel téléphonique à l'Ordre des pharmaciens qui lui aurait déconseillé de délivrer les médicaments à des entreprises de portage à domicile ; qu'il ne saurait donc utilement soutenir avoir pris contact avec l'Ordre des pharmaciens postérieurement à son refus de délivrer les médicaments au représentant d'une entreprise de portage à domicile ; qu'ainsi un tel refus manifeste la volonté de ce pharmacien de s'associer aux consignes diffusées par les instances ordinales ; qu'alors même que M. Duceau aurait seulement pris contact, comme il l'affirme, avec le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Champagne-Ardenne, auquel n'ont pas été notifiés de griefs, cette circonstance est sans influence sur la qualification du comportement de M. Duceau au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'il révèle une adhésion aux consignes des instances ordinales ayant eu pour objet et pu avoir pour effet d'empêcher l'accès d'une entreprise de portage de médicaments à domicile au marché, qui est donc prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur l'application du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : 1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application (...) " ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 589 du code de la santé publique dans sa rédaction antérieure à la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, relative à la santé publique et à la protection sociale :

" Il est interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public.

Toute commande livrée en dehors de l'officine ne peut être remise qu'en paquet scellé portant le nom et l'adresse du client.

Il est, en outre, interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile des médicaments dont la commande leur serait ainsi parvenue " ; qu'aux termes de l'article L. 589 du code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 :

" Il est interdit aux pharmaciens ou à leurs préposés de solliciter des commandes auprès du public.

Il est en outre interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de médicaments et autres produits ou objets mentionnés à l'article L. 512 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.

Toutefois, sous réserve du respect des dispositions du premier alinéa de l'article L. 580, les pharmaciens d'officine ainsi que les autres personnes légalement habilitées à les remplacer, assister ou seconder, peuvent dispenser personnellement une commande au domicile des patients dont la situation le requiert.

Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décrets pris après avis du Conseil d'Etat " ;

Considérant que contrairement à ce que soutiennent le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et les conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie, les entreprises de portage de médicaments à domicile, qui se bornent à proposer à leurs clients un service de messagerie, sans avoir le rôle d'un intermédiaire mettant en relation deux parties en vue de la conclusion d'un contrat, et qui sont rémunérées non en fonction du coût de la marchandise achetée mais sur la base d'un tarif forfaitaire auquel s'ajoute une somme proportionnelle à la distance parcourue, ne sauraient être regardées comme des courtiers au sens de l'article précité ; que par suite, ces entreprises sont au nombre des personnes visées au troisième alinéa du même article dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 1994, cité ci-dessus, qui, contrairement à ce qu'affirment les instances ordinaires, n'interdit pas que ce transport soit habituel, pourvu que la commande soit livrée en paquet scellé portant le nom et l'adresse du client ;

Considérant que si le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et les conseils régionaux mis en cause invoquent les dispositions du décret n°87-965 du 30 novembre 1987, relatif à l'agrément des transports sanitaires terrestres auquel se réfère une réponse écrite du 3 octobre 1996 du ministre du travail et des affaires sociales, selon laquelle les véhicules affectés au transport sanitaire ne peuvent être utilisés pour d'autres activités, ce texte n'interdit pas le portage de médicaments à domicile et ne saurait exonérer de leur caractère anticoncurrentiel les pratiques du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et des conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie ;

Considérant que si l'Ordre national des pharmaciens a pour mission, en vertu de l'article L. 520 du code de la santé publique d'assurer le respect des devoirs professionnels et la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession ; que si, en son sein, le conseil central de la section A peut proposer

toutes mesures intéressant la moralité et la déontologie professionnelles ; que si le conseil national de l'Ordre des pharmaciens est, aux termes de l'article L. 538 du même code " *le défenseur de la légalité et de la moralité professionnelle (...)* " ; que s'il est qualifié pour représenter dans son domaine d'activité la profession pharmaceutique auprès des autorités publiques et auprès des organismes d'assistance et participe à l'élaboration du code de déontologie ; que, si l'Ordre national des pharmaciens peut donner son avis aux pouvoirs publics sur les questions relevant de sa compétence, il sort de sa mission en diffusant des mises en garde constituant un appel à un boycott collectif du portage de médicaments à domicile, portage dont les conditions sont précisées par les dispositions de l'article L. 589 du code de la santé publique ;

Considérant par suite que les pratiques du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens, des conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, de Basse-Normandie et du Nord-Pas-de-Calais, et de M. Duceau, pharmacien à Vitry le François, ont eu pour objet et pu avoir pour effet d'empêcher l'accès au marché des entreprises de portage de médicaments à domicile ; que ces pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sans que le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens ni les conseils régionaux puissent utilement invoquer les dispositions du code de la santé publique pour bénéficier de l'exonération prévue au 1 de l'article 10 de la même ordonnance ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs " ; qu'en application de l'article 22, alinéa 2, de la même ordonnance, la commission permanente peut prononcer les mesures prévues à l'article 13, les sanctions infligées ne pouvant, toutefois, excéder 500 000 F pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en compte le fait que les pratiques en cause avaient pour objet et ont pu avoir pour effet d'empêcher des entreprises de développer un nouveau service susceptible de répondre à une demande et, notamment, au besoin de personnes seules à mobilité réduite ; qu'en ce qui concerne la gravité des faits, il y a lieu de relever que les instances ordinales ont, pour certaines d'entre elles, interprété les dispositions du code de la santé publique dans un sens qui pouvait laisser supposer que les pharmaciens qui délivreraient des médicaments à des entreprises de portage de médicaments à domicile ne respecteraient pas la législation ; qu'enfin, le communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens a connu une large diffusion auprès des conseils régionaux du Nord et de l'Est de la France et par l'intermédiaire de ceux-ci auprès des

pharmaciens, encourageant ainsi une pratique de boycott par nature anticoncurrentielle ;

En ce qui concerne le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens :

Considérant que le conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens est à l'origine de la rédaction et de la diffusion du communiqué à l'ensemble des conseils régionaux ;

Considérant que le montant des ressources du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens s'est élevé en 1995/1996 à 31 274 459 F, dont la somme de 19 100 000 F affectée aux conseils régionaux ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 300 000 F ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine :

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine a transmis aux pharmaciens de son ressort le communiqué précité du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens ; qu'il leur a adressé deux lettres indiquant son opposition aux services de portage de médicaments à domicile et les mettant en garde contre ces services ; qu'il a aussi adressé des courriers à trois entreprises assurant un service de portage de médicaments à domicile, visant à les dissuader d'exercer leur activité, en faisant état de l'incompatibilité du portage de médicaments à domicile avec les dispositions du code de la santé publique ; qu'enfin, il a établi une lettre-type destinée aux personnes sollicitant son avis sur cette question, qui comportait les mêmes réserves ;

Considérant que le montant des ressources du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine s'est élevé en 1995/1996 à 860 000 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 12 000 F ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace :

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace a adressé, dans son bulletin régional d'information, une mise en garde aux pharmaciens contre les services de portage de médicaments à domicile ainsi qu'un courrier à une entreprise de portage de médicaments à domicile, lui faisant part de ses réserves ;

Considérant que le montant des ressources du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace s'est élevé en 1995/1996 à 619 000 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 6 000 F ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais :

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais a adressé des mises en garde à deux entreprises assurant un service de portage de médicaments à domicile en se

prévalant des dispositions du code de la santé publique ;

Considérant que le montant des ressources du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais s'est élevé, en 1995/1996 à 1 050 000 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie :

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie a transmis à un pharmacien de son ressort le communiqué du conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens et lui a fait part de son opposition aux services de portage de médicaments à domicile en faisant état de leur incompatibilité avec les dispositions du code de la santé publique ;

Considérant que le montant des ressources du conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie s'est élevé en 1996 à 415 000 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 000 F ;

En ce qui concerne M. Duceau :

Considérant que M. Duceau, pour la pharmacie Duceau, s'est associé aux consignes données par les instances ordinales, mais qu'il n'est pas établi par l'instruction qu'il aurait opposé plus d'un refus de délivrer des médicaments à une entreprise de portage de médicaments à domicile ;

Considérant que le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par la pharmacie Duceau au cours de l'exercice clos le 30 juin 1996 s'est élevé à 9 272 692 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1 000 francs,

DÉCIDE :

Article 1^{er}.- Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 300 000 F au conseil central de la section A de l'Ordre national des pharmaciens ;
- 12 000 F au conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine ;
- 6 000 F au conseil régional de l'Ordre des pharmaciens d'Alsace ;
- 10 000 F au conseil régional de l'Ordre des pharmaciens du Nord-Pas-de-Calais ;
- 2 000 F au conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie ;
- 1 000 F à M. Duceau.

Article 2.- Dans un délai maximum de trois mois suivant sa notification, le texte intégral de la présente décision sera publié aux frais du conseil central de la section A et des conseils régionaux de l'Ordre des pharmaciens de Lorraine, d'Alsace, du Nord-Pas-de-Calais et de Basse-Normandie dans le Moniteur des pharmacies et des laboratoires. Cette publication sera précédée de la mention " Décision du Conseil de la

concurrence du 18 mars 1997, relative à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile ".

Délibéré, sur le rapport de Mme Nathalie Massias, par M. Barbeau, président, M. Cortesse, vice-président, et M. Sloan, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

Le rapporteur général,
Marie PICARD

Le président,
Charles BARBEAU