

LES ENTENTES ILLICITES

Extrait de la thèse « Concurrence entre pharmaciens d'officine »
Guillaume Fallourd 2002

Introduction

Pour se protéger de la concurrence de ses confrères, le pharmacien d'officine peut, non seulement prévoir une obligation de non-concurrence, mais aussi chercher à s'entendre avec différentes personnes physiques ou morales, pharmaciens ou non.

- D'une part, observons que de telles ententes sont illicites dès lors qu'elles constituent des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Cette ordonnance prévoit deux grandes catégories de pratiques anticoncurrentielles, définies par ses articles 7 et 8. Néanmoins, seules les ententes illicites à proprement parler seront ici étudiées, c'est-à-dire celles définies par l'article 7. L'article 8 interdit en effet l'exploitation abusive de position dominante ou d'un état de dépendance économique. Or, de telles pratiques ne peuvent être mises en œuvre par les pharmaciens d'officine¹.

L'article 7 interdit, quant à lui, toute entente ayant pour objet ou pour effet d'empêcher de fausser ou de restreindre le libre jeu de la concurrence devant exister entre pharmaciens officinaux. Il conviendra donc, dans une première section, de déterminer dans quelle mesure les pharmaciens officinaux peuvent être sanctionnés sur ce fondement² par le Conseil de la concurrence.

De telles pratiques peuvent également justifier des sanctions disciplinaires, et ce notamment sur le fondement de l'article R. 5015-34 du Code de déontologie qui met à la charge des pharmaciens d'officine des devoirs de confraternité, solidarité et loyauté.

A cet égard, ainsi que l'a rappelé le Conseil de la concurrence, les stipulations de l'article R. 5015-34 précité n'interdisent pas aux pharmaciens de se faire concurrence³.

¹ L'exploitation abusive de position dominante n'est pas envisageable s'agissant de la concurrence que peuvent se faire les pharmaciens d'officine, dans la mesure où l'existence d'une domination sur le marché considéré ne peut être exercée ni par une seule officine sur les autres, et ce compte tenu de l'atomicité de l'offre réalisée, ni par un groupement de pharmaciens, puisque les membres de ce dernier ne se trouvent pas en situation de se faire concurrence. L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique n'est pas non plus envisageable dans la mesure où, compte tenu du principe d'indépendance présidant leur activité (énoncé à l'article R. 5015-3 du Code de déontologie), aucun lien de dépendance économique ne peut exister entre elles.

² Sur la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence, cf. *supra*. Introduction générale.

³ Cf. Cons. Conc., déc. n° 90-D-08, précité ; le Conseil a notamment précisé que l'article R. 5015-34 n'imposait pas « à un pharmacien de pharmacien d'adopter des jours et des heures de fermeture identiques à ceux convenus par ses confrères ». Cette solution est notamment à rapprocher des décisions du Conseil d'Etat dans les arrêts "Caro" et "Thomas" des 16 octobre 1964 et 11 janvier 1980, précité, cf. *supra* 2^{ème} Partie, Chapitre 1^{er}.

- D'autre part, au-delà des règles concurrentielles de droit commun, il convient de souligner l'existence de certaines ententes directement liées à son activité de dispensation de médicaments, auxquelles le pharmacien peut être tenté de participer. Nonobstant le caractère anticoncurrentiel que celles-ci peuvent revêtir, ces pratiques présentent essentiellement un danger pour la santé publique dans la mesure où elles se réalisent au détriment du patient. Il s'agit des pratiques de compéage et de colportage.

Ainsi, ces pratiques sont non seulement interdites par le Code de déontologie, et donc susceptibles d'être sanctionnées par le Conseil de l'Ordre, mais aussi par le Code de la santé publique, qui les a érigées en infraction pénale. Nous étudierons donc successivement les ententes illicites de l'article 7 (section n°1), puis les pratiques interdites par le Code de la santé publique (section n°2).

Section 1 - Les ententes au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986

Malgré le caractère libéral de la profession de pharmacien d'officine, de l'existence d'un monopole et d'une réglementation restrictive en matière de concurrence, cette profession n'en est pas moins soumise aux prescriptions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁴, et notamment à son article 7, repris par l'article L. 420-1 du Code du commerce, lequel dispose que :

"Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1. *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
2. *faire obstacle à la libre fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
3. *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
4. *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement".*

Ainsi, pour qu'une entente tombe sous le coup de la prohibition légale, il suffit, comme sous l'empire de l'ancien alinéa 1^{er} de l'article 50 de l'ordonnance de 1945, que deux conditions soient remplies :

- qu'il y ait une concertation entre plusieurs entreprises (§1) ;
- que cette concertation ait pour objet ou qu'elle puisse avoir pour effet d'entraver le jeu de la concurrence sur un marché (§2).

Sont ainsi énumérés les deux éléments constitutifs de l'entente illicite, appelant des développements séparés, au travers desquels il conviendra d'étudier en premier lieu, le rôle des différentes structures au regard des prescriptions de l'article 7, puis en second lieu, les ententes illicites que le pharmacien d'officine peut être amené à mettre en œuvre.

§1 Une concertation :

Toute concertation implique nécessairement un concours de volontés indépendantes tendant à instaurer une discipline collective de comportement sur le marché⁵. La notion de concertation doit être entendue largement, tant en ce qui concerne les entreprises qui y participent (1), que

⁴ Cf. *supra*, Introduction générale.

⁵ Cf. SELINSKY, *L'entente prohibée*, Litec, 1979, n° 201.

les formes qu'elle peut revêtir (2) ou les secteurs économiques dans lesquels elle peut se manifester (3).

1) Les parties à la concertation :

(1) Il s'agit bien évidemment des pharmaciens d'officine, qui vont s'entendre soit entre eux-mêmes, soit avec d'autres intervenants ayant un intérêt économique dans le circuit de distribution des produits de santé. La concertation peut ainsi être réalisée entre pharmaciens d'officine ou entre pharmaciens d'officine et laboratoires pharmaceutiques ou encore entre pharmaciens d'officine et grossistes-répartiteurs ou dépositaires, puisque ces derniers interviennent également dans le marché de la distribution des médicaments et autres produits de santé vendus par les officinaux.

(2) Les parties à la concertation doivent toutes bénéficier d'une réelle indépendance économique et juridique, et donner ainsi un consentement libre et éclairé à la concertation.

Le Conseil de la concurrence refuse ainsi de qualifier d'ententes illicites *"les accords entre une société mère et ses filiales, dès lors qu'il est établi que la première contrôle étroitement la stratégie des secondes"*⁶. Dès lors, de simples instructions données par les sociétés de participations financières, (pouvant être créées entre pharmaciens depuis l'entrée en vigueur de loi Murcef n° 2001-1168 du 11 décembre 2001) aux différentes sociétés d'exercice libéral les composant, ne peuvent entraîner la création d'une entente au sens de l'ordonnance de 1986.

(3) Les règles de l'article 7 s'appliquent de la même façon à toutes les entreprises, quel que soit le niveau auquel elles se situent les unes par rapport aux autres dans la concertation. Cela implique que l'article précité permet de sanctionner tant les ententes horizontales, liant les producteurs ou les distributeurs (tels que les pharmaciens d'officine) entre eux, que les ententes verticales, qui unissent des producteurs à des distributeurs.

La concertation peut revêtir différentes formes. Bien que le pharmacien exerce son activité individuellement, il existe plusieurs structures juridiques collectives auxquelles il participe, lesquelles peuvent être à l'origine d'une concertation. Il s'agit de syndicats, de groupements ou même de l'Ordre des pharmaciens, pouvant être à l'origine d'une concertation par l'intermédiaire du Conseil national ou l'un de ses Conseils centraux ou régionaux.

2) Forme de la concertation :

L'article 7 de l'ordonnance cite plusieurs types de concertations, à savoir *"les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions"*, qui peuvent être regroupées sous trois grandes catégories :

- les concertations dites "contractuelles",

⁶ Rapp. du Conseil concurrence. 1987, p. XV.

- les concertations dites "organiques",
- et les concertations dites "tacites".

2.1 la concertation contractuelle :

La concertation contractuelle peut d'abord se matérialiser dans une convention écrite, un protocole d'accord ou tout autre instrument contractuel par lequel les entreprises signataires organisent le marché sur lequel elles interviennent. Mais ces pactes écrits se font de plus en plus rares en raison des risques qu'ils font courir à leurs auteurs.

(1) La concertation peut se déduire de l'existence d'un accord entre un syndicat et les pharmaciens d'officine, ne se limitant plus ainsi à la seule structure organique de la personne morale de ce syndicat.

A ce titre, le Conseil de la concurrence a été saisi d'une affaire dans laquelle une convention avait été conclue entre un syndicat départemental et les pharmaciens d'officine de la localité, dont l'objet était la mise en place d'un tour de livraison pour la fourniture d'une maison de retraite.

Le Conseil de la concurrence a estimé qu'une telle pratique n'était pas, en l'espèce, contraire aux prescriptions de l'article 7, dans la mesure où notamment *"la maison de retraite, qui a agi dans le souci d'assurer les besoins des personnes hébergées, conserve la possibilité à tout moment de s'adresser à d'autres pharmacies..."*.

Or, une telle pratique aurait pu porter atteinte à la concurrence, notamment s'il avait été *"établi que ledit système comporte des pratiques d'exclusion ou de sanction"*⁷.

(2) La concertation peut également se manifester au travers des conditions générales de vente qu'un fournisseur, laboratoire ou grossiste-répartiteur, fait accepter aux pharmaciens ou dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale conclu entre un laboratoire et un groupement de pharmaciens ou un simple pharmacien.

(3) Il convient de souligner qu'une clause de non-concurrence ne peut constituer une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance. Il paraît en effet difficile d'établir le caractère anticoncurrentiel d'une clause de non-concurrence conclue entre deux pharmaciens d'officine, laquelle clause n'a de retentissement sur la concurrence qu'à l'égard des deux pharmaciens signataires. Cette clause ne peut donc avoir pour effet ou pour objet de déterminer une atteinte

⁷ Cf. Cons. Conc., déc. n° 92-D-27, 7 avril 1992, « Relative à la saisine présentée par M. REBERGA, pharmacien à Maganet (TARN) », B.O.C.C.R.F. du 30 avril 1992 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1992, n° 338, p. 204-205.

conséquence à la concurrence globale sur un marché considéré, au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986⁸.

2.2. la concertation organique :

La concertation peut se glisser dans les structures juridiques d'une personne morale, dont le pharmacien ferait partie : un groupement de pharmaciens (2.2.3), des organisations représentatives de la profession, tels les syndicats (2.2.2) et l'Ordre des pharmaciens (2.2.1) ou encore des pharmacies mutualistes (2.2.4).

Le support d'une entente peut ainsi être constitué soit par les statuts de la personne morale, soit par un acte de ses organes de gestion, telle qu'une circulaire ou un barème de prix publics, soit encore par une convention conclue sous son égide⁹.

Rappelons que si le Conseil de la concurrence reconnaît l'existence d'une entente compte tenu de la structure même de la personne morale en cause, il n'en demeure pas moins que c'est la nature économique de l'activité et non la qualité de l'opérateur ou la forme selon laquelle il intervient, qui déterminera l'application des règles de concurrence.

2.2.1 L'Ordre des pharmaciens :

En pratique, le Conseil de l'Ordre intervient directement auprès de ses membres, par voie de circulaires ou recommandations, parfois pour les informer d'éventuelles interdictions et dangers liés à l'exercice de leur profession.

De telles pratiques peuvent constituer de réels moyens de pression à l'encontre des pharmaciens d'officine, compte tenu du rôle juridictionnel conféré à l'Ordre des pharmaciens.

Le Conseil de la concurrence a, à cet égard, dénoncé à plusieurs reprises le rôle actif que pouvaient jouer les ordres professionnels, tel que l'Ordre des pharmaciens, dans la mise en œuvre et le contrôle d'initiatives anticoncurrentielles.

Citons à titre d'exemple, une affaire récente concernant la Vallée de l'Arve, dans laquelle l'Ordre des pharmaciens a été condamné pour avoir effectué des pressions à l'encontre d'un pharmacien pratiquant sur les produits de parapharmacie et les médicaments non remboursables, des prix nettement inférieurs aux tarifs habituels.

Le Conseil de la concurrence, puis la Cour d'appel de Paris, ont rappelé que l'intervention de l'Ordre *"n'était justifiée par aucune disposition législative ou réglementaire, notamment de nature déontologique"*.

⁸ Voir à cet égard, cf. Y. SERRA, « La validité des clauses de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire relative aux ententes », D. 1983, Chronique, p.51-56 ; à titre d'exemple, cf. Cons. conc., 4 mai 1993, D. 1995, Somm. p. 208.

⁹ Rapport de 1975 de la Commission technique des ententes, p. 997 ; R. HOUIN et M. PEDAMON, *Commerçants, concurrence et contrats du commerce*, op. cit., n° 453.

Il a été souligné que le Conseil régional concerné, qui pouvait avoir intérêt à intervenir à l'occasion d'une action agressive sur les prix dans le strict cadre d'une action disciplinaire, était en l'espèce, sorti de son rôle¹⁰.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans cette même affaire, a quant à elle estimé que l'existence d'une concertation n'avait pas à être démontrée lorsqu'il s'agissait d'examiner une entrave à la concurrence réalisée par le Conseil de l'Ordre, cette entrave étant présumée du fait de la structure mise en cause. La Cour a en effet considéré qu'"un Ordre professionnel représente la collectivité de ses membres. S'il se livre à une pratique anticoncurrentielle, celle-ci relève nécessairement d'une entente"¹¹.

Une telle solution avait déjà été envisagée par la Commission de la concurrence qui avait, sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945, sanctionné le Conseil régional des pharmaciens de Bretagne pour avoir exercé des pressions sur certains de ses ressortissants, sous la menace de poursuites disciplinaires du chef de pratiques de prix réduits par rapport aux prix marqués ou conseillés¹².

Dès lors, chaque Conseil est responsable des recommandations ou autres communiqués qu'il diffuse.

Il appartient donc d'une part, au Conseil national de vérifier si ses recommandations relèvent effectivement de sa compétence, et d'autre part, au Conseil régional de vérifier le bien fondé du communiqué du Conseil national, avant de le diffuser auprès de ses membres puisqu'en cas d'entrave à la concurrence résultant d'un tel communiqué, chaque Conseil régional ayant participé à sa diffusion pourra être sanctionné sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance¹³.

2.2.2 Les syndicats professionnels :

La jurisprudence considère que dès lors que les syndicats professionnels sortent de leur mission première de défense des intérêts de leurs adhérents¹⁴, ceux-ci se livrent à une activité économique. Le Conseil de la concurrence a en effet dénoncé à plusieurs reprises "*les manifestations du dirigisme syndical*".

¹⁰ cf. Cons. Conc., Déc. n° 95-D-35, 10 mai 1995, « Relative à la distribution pharmaceutique dans la vallée de l'Arve », B.O.C.C.R.F. 20 juillet 1995 ; C.A. Paris, 1^{ère} ch. Sect. Concurrence, 23 février 1996, B.O.C.C.R.F., 12 avril 1996.

¹¹ Cf. Cass. com. 16 mai 2000, B.O.C.C.R.F. 22 juin, p. 320 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 2000, n° 368, p. 415-416.

¹² cf. Cons. conc., déc. n° 86-2/DC, 13 janvier 1986, B.O.C.C.R.F., 15 janvier, "Relatif à une intervention du syndicat des pharmaciens d'Ille et Vilaine et du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Bretagne concernant des ventes à prix réduits d'articles délivrés en pharmacie" ; voir également, M. SIMONET et G. VIALA, "La pharmacie devant le Conseil de la concurrence", Doc. Pharm. n° 3649, Etudes, p. 24-27.

¹³ Cf. Cons. Conc., déc. n° 97-D-18, 18 mars 1997, "Relative à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile", B.O.C.C.R.F., 28 avril 1997 ; C.A. Paris, 1^{ère} ch., sect. II, 10 février 1998, Doc. Pharm. légis. n° 3574 ; Cass. com. 16 mai 2000, précité.

¹⁴ Cf. un récent arrêt de la Cour de cassation confirmant la décision des juges du fonds (C.A. Paris du 29 février 2000, D. 2000, AJ p. 182, obs. DALEAU ; Contrats, conc. consom. 2000, Comm. n° 95, obs. M. MALAURIE – VIGNAL) ; Cass. com. 15 janvier 2002, D. 2002, A.J. p. 720-722, obs. E. CHEVRIER.

Il déplorait récemment que 13 affaires sur 32 dont il a été saisi en 1998, aient donné lieu à des injonctions ou des sanctions prononcées à l'encontre d'organisations professionnelles qui avaient participé à des comportements prohibés *"en diffusant à leurs membres des barèmes de prix, en élaborant et en diffusant des clauses uniformisant les marges, en organisant la répartition des marchés ou encore en mettant en œuvre des actions visant à empêcher ou à exclure d'un marché de nouveaux opérateurs ou à empêcher leur développement"*¹⁵.

Plusieurs syndicats de pharmaciens d'officine ont ainsi été sanctionnés sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance, en raison du rôle particulier qui leur a été conféré par l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique en matière d'organisation des services de garde et d'urgence.

Si la loi confère aux syndicats le soin d'organiser le service de garde, elle ne leur confère d'aucune manière le pouvoir d'imposer une politique locale ou nationale concernant les jours et les heures d'ouverture et de fermeture, et donc la faculté d'organiser une entente sur les jours et heures de fermeture¹⁶.

Ainsi, tel qu'il l'a été souligné pour l'Ordre des pharmaciens, dès lors que les syndicats se livrent à une pratique anticoncurrentielle, celle-ci révèle nécessairement une entente illicite au sens de l'article 7 de l'ordonnance.

2.2.3 Les groupements de pharmaciens :

Les groupements de pharmaciens, constitués à l'origine pour obtenir de meilleures conditions de vente, connaissent un important développement¹⁷. L'intérêt pour les pharmaciens d'adhérer à un groupement est généralement celui de la recherche d'un meilleur prix d'achat des produits de santé auprès des fournisseurs, qui sont les laboratoires et les grossistes répartiteurs.

Ainsi, l'appartenance à un groupement permet notamment au pharmacien adhérent d'être plus concurrentiel vis-à-vis de ses confrères. Deux conséquences sont cependant à prévoir :

- D'une part, le groupement peut, en pratique, rechercher à affilier les officines les plus importantes. Cela entraîne la mise à l'écart des petites officines, qui se retrouvent de surcroît en concurrence directe avec celles bénéficiant de remises particulières du fait de leur appartenance à un groupement.

Force est donc de constater qu'il existe un risque de déséquilibre lié au développement des groupements de pharmaciens, et ce au détriment des officines non-membres, même si ces dernières peuvent toujours tenter de rechercher le soutien d'un autre groupement.

¹⁵ Rapport du Conseil de la concurrence 1998, p. 42.

¹⁶ Cf. Cons. Conc., déc. n° 90-D-08, précité. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a considéré que le syndicat avait mis en œuvre une pratique concertée, contraire à l'article 7 de l'ordonnance de 1986.

¹⁷ Cf. supra, Première Partie, Chapitre 1^{er}.

- D'autre part, le développement du groupement de pharmaciens va entraîner la transformation du paysage concurrentiel des pharmacies officinales. Il s'agira alors non plus une concurrence entre officines, mais une concurrence entre groupements de pharmaciens et plus exactement, entre chaînes de pharmacies.

Au-delà de la recherche de l'affiliation des officines les plus prospères (notamment à travers l'offre de services particuliers, tels que des conseils en marketing, loisirs...), la concurrence entre groupements s'exercera essentiellement sur les prix, ainsi que sur les politiques d'enseigne et de présentation de l'espace officinal.

Ajoutons que les membres d'un groupement ne doivent pas se trouver en situation de concurrence directe, afin d'éviter de mettre en œuvre des pratiques concertées anticoncurrentielles, et que la sélection des pharmacies membres du groupement doit se faire selon des critères objectifs afin d'éviter toute discrimination au sens de l'article 36.1 de l'ordonnance.

2.2.4 Les pharmacies mutualistes :

La question qu'il convient de se poser en l'espèce est de savoir si une personne morale poursuivant un but non lucratif, telle qu'une pharmacie mutualiste, peut être partie à une concertation ?

Cette interrogation a nourri un important contentieux, récemment tranché par la Cour de Cassation. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la Chambre syndicale des Pharmaciens du Maine et Loire, estimant que les pharmaciens du département subissaient de la part de la Mutualité de l'Anjou une concurrence illicite, l'avait assigné sur les fondements de l'article 36-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de l'article L. 121-2 du Code de la Mutualité et de l'article R. 5015-30 ancien du Code de la santé publique dans le but de voir cesser ces pratiques discriminatoires.

En l'espèce, la concurrence illicite était caractérisée, selon la Chambre syndicale, par l'application d'une cotisation forfaitaire aux adhérents des pharmacies mutualistes, qui s'engageaient à se fournir exclusivement en médicaments auprès de ces pharmacies. Cette cotisation s'avérait en outre inférieure à celle demandée aux adhérents qui entendaient conserver le choix de leur pharmacien.

L'application de cotisations différentes selon l'option "*pharmacies mutualistes*" ou "*toutes pharmacies*" semblait caractériser des pratiques discriminatoires au sens de l'article 36-1 de l'ordonnance de 1986¹⁸. Une telle politique contrevenait, d'une part, aux dispositions de l'article L 121-2 du Code de la mutualité qui interdit toutes "*discriminations entre membres ou catégories de membres participants*", et d'autre part, au principe du libre choix du pharmacien pourtant affirmé par les dispositions de l'article R. 5015-30 ancien du Code de la santé publique¹⁹.

¹⁸ Cf. *supra*, 2^{ème} Partie, Chapitre 1^{er}, s'agissant des pratiques discriminatoires.

¹⁹ Cf. article R. 5015-21 du Code de déontologie.

En s'appuyant sur le seul article 36-1 de l'ordonnance, la Cour d'appel d'Angers a cependant estimé que la Mutualité d'Anjou ne pouvait être regardée comme une concurrente au sens de l'article 53 précité, du fait du caractère non lucratif du groupement qui menait à juste titre des actions de prévoyance et de solidarité au moyen des cotisations versées par ses membres.

La Cour d'appel rejeta ainsi la demande de la Chambre syndicale, affirmant que les pharmacies mutualistes ne pouvaient être considérées comme des concurrentes directes des pharmacies dites libérales²⁰.

Puis, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 21 octobre 1997, toujours rendu sous le visa de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cassé l'arrêt de la Cour d'appel en se positionnant justement sur le caractère non lucratif des mutuelles pour affirmer au contraire que celles-ci ne pouvaient échapper au champ d'application de la dite ordonnance dès lors qu'elles "*procèdent comme en l'espèce, par la commercialisation de médicaments, à une activité de production, de distribution et de services*"²¹.

La solution adoptée par les Hauts juges est cependant sans surprise, dans la mesure où différentes décisions l'avaient déjà consacrée²². Le Conseil de la concurrence avait dès 1991, adopté une position identique en affirmant que :

*"L'assurance de la part des dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie est une activité de service ; que ces services sont offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le Code de la mutualité, dont notamment des sociétés d'assurances ; que tous ces acteurs qui entendent garantir la protection complémentaire de celle dispensée par la sécurité sociale sont donc concurrents dans l'exploitation de ce marché : que la circonstance que les mutualités ne poursuivent pas un but lucratif et qu'elles bénéficient d'un régime fiscal particulier, ne saurait faire obstacle à l'application des règles du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors que leurs pratiques sont de nature à avoir une incidence sur le marché"*²³.

Qu'elles soient ou non à but lucratif, les mutuelles en cause sont donc des partenaires économiques à part entière²⁴.

²⁰ Cf. C.A. d'Angers, 7 mars 1995, arrêt n° 155/95, saisi sur appel du jugement du T.G.I. d'Angers en date du 22 mars 1994.

²¹ Cf. Cass. com 21 octobre 1997, D. 1997, I.R. p. 246-247 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1998, n° 359, p. 182-183 ; L. JOSSERAND, *Le Pharmacien de France*, 1998, n° 2, p.10 à 11 ; « L'officine reprend la main », *Le moniteur des pharmacies*, 1997 n° 2235 p. 10. Notons que l'affaire ne s'est pas terminée pour autant, puisqu'un second pourvoi fut formé contre l'arrêt de la C.A. de renvoi. Par un arrêt du 12 mars 2002, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a mis fin à un contentieux commencé 8 ans plus tôt et qui opposait la Chambre syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire à la Mutualité de l'Anjou, s'agissant de pratiques discriminatoires mises en œuvre, cf. supra 2^{ème} Partie, Chapitre 1^{er}.

²² Cf. A. LAUDE et G. VIALA, R.D.S.S., 1998, p. 504-506 ; voir également en ce sens un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 12 février 1990, énonçant que ce texte s'appliquait aux caisses de réassurances de mutuelles agricoles, ce qui avait pour effet de leur rendre opposable les principes relatifs à l'égalité de ses adhérents en ce qui concerne les garanties, Cass. crim. 12 février 1990, Bull. crim. n° 71, p. 186 ; la C.A. a eu également l'occasion de préciser que "le régime juridique des sociétés mutualistes comme le caractère statutaire non commercial ou non lucratif de leur activité ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance, et notamment de ses articles 7 et 8 lorsque ces sociétés sont mises en cause à l'occasion de l'incidence de leur comportement sur le marché", C.A. Paris 5 décembre 1991, B.O.C.C.R.F. 3 janvier 1992.

²³ Cf. Cons. conc., 29 janvier 1991, « Pratiques des groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie », B.O.C.C.R.F. du 22 février 1991.

²⁴ J. LEONNET, L.P.A., 1997, n° 147, p. 11.

Les pharmacies mutualistes doivent donc être considérées comme des "acteurs économiques", susceptibles de prendre part à une concertation avec les pharmacies dites libérales.

Notons qu'une concertation peut intervenir en dehors de toute structure contractuelle ou organique, au-delà du rôle actif d'un syndicat, de l'Ordre des pharmaciens, d'un groupement, voire de pharmacies mutualistes dans la conception, la mise en œuvre et le contrôle d'initiatives anticoncurrentielles,

2.3 La concertation tacite :

De simples comportements parallèles sur un marché déterminé consistant par exemple, dans des hausses de prix simultanées et identiques, peuvent être assimilés à de véritables ententes. Les autorités chargées du contrôle vont rechercher s'il existe des indices de concertation précis et concordant, tels que des échanges d'informations, réunions, contacts téléphoniques (...), qui éclairent et corroborent le parallélisme incriminé²⁵. Faute de tels indices, elles recherchent dans les circonstances propres à l'affaire si ce parallélisme ne peut s'expliquer "ni par les conditions de fonctionnement du marché auquel chaque entreprise est soumise²⁶, ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'elles"²⁷.

En l'absence d'explications de ce type, les comportements litigieux sont présumés dissimuler une entente anticoncurrentielle²⁸. Notons cependant qu'en cas de doute, le Conseil de la concurrence s'abstient de conclure à l'existence d'une entente²⁹.

A titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris a pu considérer, en matière de contrats de distribution sélective, qu'il existait une entente tacite tendant à exclure du marché les distributeurs n'ayant pas la qualité de pharmacien d'officine³⁰.

Notons cependant que le respect d'un usage professionnel ne peut être assimilé à une concertation au sens de l'article 7 de l'ordonnance. A ce titre, le Conseil de la concurrence a considéré, vers la fin des années 80, que la fixation des heures et jours d'ouverture des officines de La Rochelle et Guéret n'avait pas été déterminée de façon concertée, mais découlait des usages locaux. Ces pratiques ne pouvaient dès lors être interprétées comme

²⁵ Cf. Cons. conc. déc. n° 92-D-41, 17 juin 1992, "Location de matériel nautique dans la région des gorges de l'Ardèche", rapport, 1992, p. 366.

²⁶ L'hypothèse visée en l'espèce est celle d'un marché oligopolistique, c'est-à-dire "d'un marché caractérisé par la présence d'un nombre très limité d'offreurs, évoluant dans des conditions identiques. L'analyse économique révèle que leur dépendance économique mutuelle est un frein à leur rivalité concurrentielle. Du fait de leur petit nombre, chacun anticipe les réactions des concurrents, se détermine par rapport à elles et y réagit fortement"...l'oligopole apparaît alors comme un facteur d'immunité des comportements anticoncurrentiels, E. CLAUDEL, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse Paris X - Nanterre, 1994, p. 173.

²⁷ Cf. Rapport du Conseil de la concurrence, 1989, p. XXVI.

²⁸ Cf. Cons. conc., déc. n° 89-D-08, 22 mars 1989, "Levure fraîche de panification", rapport, 1989, p. 40. Notons que dans cette affaire, la C.A. ainsi que la Cour de cassation ont préféré se fonder sur des preuves directes de concertation, plutôt que sur la méthode de preuve indirecte du Conseil de la concurrence ; voir également L. VOGEL, "Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence", JCP 1991, éd. E.I. 96.

²⁹ Par exemple Cons. conc., 26 janvier 1988, déc. n° 88-D-02, "Secteur de l'approvisionnement des débits de tabac en fournitures accessoires", rapport, 1988, p. 21.

³⁰ Cf. C.A. Paris, 1^{ère} Ch., Sect. A, 28 janvier 1988, B.O.C.C.R.F. 4 février 1988.

constituant une entrave à la libre concurrence, mais plutôt comme la volonté de faire respecter une discipline professionnelle³¹.

Ajoutons enfin que les pharmaciens d'officine constituent un nombre limité de vendeurs sur le marché du médicament, compte tenu du fait que :

- D'une part, ils bénéficient d'un monopole de droit s'agissant de la distribution de médicaments et autres produits de santé tombant sous le coup de l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique ;
- D'autre part, l'accès à la profession de pharmacien d'officine est limité par un *numerus clausus* ;
- Et enfin, la loi de répartition des officines limite l'installation de ces dernières.

Compte tenu de la similitude des prix pratiqués³², la DGCCRF a récemment manifesté son souhait pour qu'une concurrence sur les prix soit développée par les pharmaciens d'officine en matière de vente de médicaments remboursables. Or, aucune entente anticoncurrentielle n'a pu être relevée pour ce type de vente. En effet, le parallélisme de la fixation des prix des spécialités remboursables s'explique par les conditions de fonctionnement du marché, à savoir l'existence de pourcentages limités pour les remises pouvant être réalisées entre le pharmacien d'officine et son fournisseur.

Lorsque l'existence d'une concertation est constatée, il revient aux autorités chargées du contrôle des pratiques anticoncurrentielles de déterminer si cette concertation constitue ou non une entrave à la concurrence.

§2 - Une entrave à la concurrence :

(1) L'article 7 de l'ordonnance de 1986 fait de l'entrave à la concurrence, une condition autonome distincte de la concertation. Ainsi, si la concertation impose une discipline collective de comportement entre les entreprises, elle ne restreint pas pour autant la concurrence. Une concertation peut parfois contribuer à la stimulation de la concurrence³³. Il en est ainsi lorsque des petites ou moyennes entreprises (P.M.E.) s'entendent pour faire face à la concurrence de plus grandes entreprises.³⁴

Cette situation ne peut cependant pas se rencontrer en matière de concurrence entre pharmacies d'officine, qui constituent tous des P.M.E.

L'entrave à la concurrence doit être imputable à la concertation, autrement dit, elle doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel, peu importent les intentions des parties à l'entente.

³¹ Cf. *Cons. conc. déc. n° 90-D-08, du 23 janvier 1990, précité.*

³² Cf. *supra*, 2^{ème} Partie, Chapitre 2^{ème}.

³³ *L'ensemble des arguments développés dans ce paragraphe sont inspirés de M. PEDAMON, Droit commercial, op. cit., p. 412.*

³⁴ *Tel est le cas des pharmaciens d'officine qui s'entendent pour faire face à la concurrence en matière de prix, s'agissant de produits de parapharmacie vendus par une grande surface, et plus particulièrement par un magasin de parapharmacie.*

Notons que le Conseil de la concurrence se contente d'un effet anticoncurrentiel potentiel, c'est-à-dire d'une simple menace sur les mécanismes du marché, auquel cas, il n'émettra cependant que des injonctions sans prononcer de sanctions³⁵.

(2) L'objet ou l'effet anticoncurrentiel, qu'il soit réel ou potentiel, doit atteindre un certain niveau qualifié de « *seuil de sensibilité* », pour être répréhensible. Cette notion permet de soustraire du champ des sanctions les pratiques concertées qui n'affectent pas la concurrence ou ne sont susceptibles de l'affecter que trop faiblement.

L'ancienne Commission avait consacré cette notion de seuil de sensibilité³⁶. Le Conseil de la concurrence l'a, quant à lui, rejeté pendant de longues années.

La Cour de cassation, qui fut fort heureusement saisie de cette question, a considéré que cette notion devait conditionner la mise en œuvre de l'article 7. Elle a en effet approuvé la Cour d'Appel qui « *faisant application de l'article 7, qui prohibe les ententes a, par une application concrète, décidé qu'en l'espèce cette prohibition ne pouvait être relevée, l'accord dénoncé n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence* »³⁷.

La Cour d'Appel de Paris, puis le Conseil de la concurrence, se sont successivement ralliés à cette interprétation³⁸.

Bien que le seuil de sensibilité semble aujourd'hui constituer une condition d'application des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le juge appréciera plus ou moins largement le dépassement dudit seuil selon la gravité de la pratique mise en œuvre³⁹.

(3) Enfin, l'article 7 de l'ordonnance se borne à énumérer de manière non limitative quatre catégories d'entraves à la concurrence⁴⁰.

Ainsi que le Professeur M. PEDAMON l'a relevé, l'ensemble de ces catégories procède de deux sortes de stratégies : il s'agit soit d'une stratégie de cloisonnement, qui vise à rendre plus difficile voir à empêcher la pénétration de nouveaux opérateurs sur le marché, soit d'une stratégie d'étouffement, qui vise à contrarier voir à neutraliser les mécanismes de l'offre et de la demande entre les opérateurs présents sur le marché⁴¹.

Nous étudierons donc dans un premier temps, les pratiques anticoncurrentielles affectant le libre accès au marché propre au pharmacien d'officine (1), puis dans un second temps, les pratiques anticoncurrentielles affectant le libre fonctionnement de ce marché (2).

³⁵ Cf. *Rapport du Conseil de la concurrence*, 1989, p. XXIX.

³⁶ Cf. *Rapport du Conseil de la concurrence* 1981, p. 26 ; *idem*, 1983, p. 24 ; *idem*, 1984, p. 12 ; C.A. Paris, 5 mai 1988, B.O.C.C.R.F. 11 mai 1988.

³⁷ Cf. *Cass. com.* 12 janvier 1999, B.O.C.C.R.F. 29 janvier 1999.

³⁸ Cf. C.A. 7 juillet 1995, B.O.C.C.R.F. 8 septembre 1995 et 13 décembre 1995, B.O.C.C.R.F. 28 février 1996 ; *contrats, conc. et consommation* 1997, n° 82 obs. L. VOGEL : « affaire société Zannier » ; rapport, 1998, p. 40.

³⁹ Cf. *infra*, *Cass. crim.* 10 mars 1998, B.O.C.C.R.F. 16 avril, p. 167.

⁴⁰ Ces quatre catégories ont été réécrites par l'ordonnance de 1986, en termes plus larges, afin de les rapprocher des expressions utilisées par l'article 81 §1, ex-article 85 §1 du *Traité de Rome*.

⁴¹ Cf. M. PEDAMON, *Droit commercial*, op. cit., p. 414.

1) Pratiques anticoncurrentielles affectant le libre accès au marché :

Les pratiques anticoncurrentielles pouvant être mises en œuvre par les pharmaciens d'officine, affectant le libre accès au marché et n'ayant aucune incidence sur la concurrence entre eux, sont limitées.

Les pratiques entre pharmaciens ou entre pharmaciens et producteurs peuvent tomber sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Ainsi, deux types de pratiques sont interdits aux pharmaciens : il s'agit de certains contrats de distribution (1.1) et du boycottage qui restent l'illustration la plus nette des pratiques prohibées (1.2).

1.1 Dans les contrats de distribution : les ententes verticales :

Les contrats de distribution sont conclus, par définition, entre producteurs et distributeurs, en vue d'organiser la commercialisation de produits de marque, dans des conditions garantissant leur prestige et leur qualité, et qui assurent à la clientèle un service après vente satisfaisant.

Ces contrats peuvent être utilisés à des fins anticoncurrentielles lorsqu'ils ont pour objet d'exclure du marché certains distributeurs qui, bien que présentant les qualifications requises, entendent mettre en œuvre des méthodes de vente originales ou s'affranchir des conseils de leurs partenaires relatifs au niveau des prix ou des marges bénéficiaires.

Ces contrats peuvent donc servir à éliminer toute concurrence entre distributeurs d'un même réseau. Ont ainsi été considérés comme une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986, les accords de distribution exclusive entre les producteurs des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et les pharmaciens d'officine, subordonnant l'agrément du producteur à la qualité de pharmacien d'officine des distributeurs⁴².

De tels accords supprimaient toute concurrence entre les pharmaciens d'officine et la grande distribution s'agissant des produits précités⁴³.

Cependant, au-delà du fait que l'entente réalisée entre les producteurs de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et les pharmaciens d'officine avait pour objet d'écarter la grande distribution du circuit de commercialisation de ces produits, celle-ci permettait également de limiter la concurrence entre pharmaciens en suscitant un alignement systématique sur les prix pratiqués.

⁴²Cf. *Cons. conc.*, 9 juin 1987, rapport, 1987, p. 43 ; C.A. 28 janvier 1988, B.O.C.C.R.F. 4 février 1988, et Cass. com. 25 avril 1989, B.O.C.C.R.F. 10 mai 1989, D. 1990, Jur. p. 64, note A.M. LAVILLAINE - JULIET ; voir également, *Cons. conc.*, déc. n° 96-D-57, 1^{er} octobre 1996, B.O.C.C.R.F. 30 février, C.A. Paris, Ch. éco. et fin., 1^{er} juillet 1997, B.O.C.C.R.F. 30 juillet 1997 ; cf. *Doc. Pharm. études*, n° 3649, par M. SIMONET et G. VIALA.

⁴³ *Le Conseil de la concurrence ? mais aussi la C.A. ? ont condamné la vente exclusive en pharmacie au double motif que ce mode de diffusion avait pour effet de limiter considérablement la concurrence par les prix entre les distributeurs d'une même marque et aboutissait à exclure toutes les autres formes de commercialisation, mêmes lorsqu'elles permettaient de diffuser ces produits dans des conditions équivalentes à celles des pharmacies d'officine.*

Néanmoins, les contrats de distribution sélective ne sont répréhensibles en eux-mêmes que lorsqu'ils portent atteinte à la concurrence par les prix entre les distributeurs. En effet, ces contrats peuvent entraîner une certaine restriction de concurrence sans pour autant constituer une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986.

Le Conseil de la concurrence a récemment rappelé l'ensemble de la jurisprudence en la matière dans une décision en date du 1^{er} octobre 1996⁴⁴, considérant que :

« Dès lors qu'ils préservent le jeu d'une certaine concurrence sur le marché, les systèmes de distribution sélective sont conformes aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986, si les critères de choix des revendeurs ont un caractère objectif et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, s'ils n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exclure une des formes déterminées de distribution qui serait apte à distribuer les produits en cause ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés, et s'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués vis-à-vis des consommateurs ».

Ainsi, le Conseil de la concurrence souligne que les contrats de distribution sélective ne doivent pas empêcher le jeu de la concurrence sur les prix entre distributeurs, et donc entre pharmaciens d'officine.

1.2 Le boycottage :

Le boycottage revêt la forme d'un refus collectif ou d'une menace de refus d'approvisionnement émanant de distributeurs auprès d'un fournisseur nommément désigné, et a pour objet, soit d'écarter ledit fournisseur du marché donné ou encore à travers sa personne, d'écarter du marché d'autres distributeurs⁴⁵.

Une telle pratique peut donc être adoptée par plusieurs pharmaciens à l'égard d'un fournisseur, grossiste répartiteur ou laboratoire, en vue notamment d'écarter un ou plusieurs confrères du marché.

Plusieurs pharmaciens de la « Vallée de l'Arve » ont été sanctionnés sur ce fondement. Dans cette affaire, une pharmacienne pratiquait sur les produits de parapharmacie et les médicaments non remboursables, des marges "*nettement inférieures à celles habituellement pratiquées*". Quatre pharmaciens en concurrence directe, et contrariés par les prix pratiqués par leur confrère, avaient menacé un laboratoire fournissant l'ensemble des officines de la localité de le boycotter si celui-ci continuait à livrer ce confrère.

L'ensemble des pharmaciens parties à cette entente a été sanctionné par le Conseil de la concurrence pour avoir mis en œuvre une pratique dite de "boycott". En effet, le Conseil a pu relever, notamment à la lecture des procès verbaux de déclaration, qu'il y avait bien eu une concertation dont l'objet était de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché entre pharmaciens localisés sur la zone de chalandise considérée⁴⁶.

⁴⁴ Rapp., 1996, p. 523-537.

⁴⁵ M.PEDAMON, *Droit commercial*, op. cit., n° 467.

⁴⁶ Cf. Cons. conc., déc. n° 95-D-35, 10 mai 1995, « Distribution pharmaceutique dans la vallée de L'Arve », rapport, 1995, page 310 ; Doc. Pharm. législation, n° 3340.

Les pharmaciens sanctionnés ont interjeté appel de cette décision, notamment au motif qu'il ne s'agissait pas d'une action de boycottage, mais uniquement d'une "*sensibilisation*" des représentants des laboratoires et de "*réflexions*" à l'encontre du pharmacien concerné, dans la mesure où il était hors de question de boycotter les laboratoires approvisionnant celui-ci en raison du "peu de poids financier" que représentaient lesdites officines.

La Cour d'appel a rejeté cette argumentation au motif que "*la circonstance que cette action ait eu un effet limité ne peut lui enlever son caractère de pratique concertée anticoncurrentielle par son objet*"⁴⁷.

Force est de constater que "*le seuil de sensibilité*" exigé est excessivement bas en matière de boycottage⁴⁸. Plus la pratique est grave et moins l'existence d'une certaine sensibilité est exigée.

Cette réflexion est confirmée par la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, saisie du pourvoi du syndicat et des pharmaciens concernés, a considéré que "*la pratique, qualifiée exactement de politique de boycott était constitutive d'une action concertée au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui compte tenu de sa gravité, devait être sanctionnée même si elle n'avait eu qu'un effet limité...*"⁴⁹.

Ajoutons que certaines pratiques de l'Ordre des pharmaciens, notamment en matière de conciliation, pourraient également, en théorie, être sanctionnées pour boycottage à l'égard de l'un de ses membres dès lors qu'il sort du champ de ses compétences. Cependant, aucun exemple de contentieux n'existe en la matière⁵⁰, contrairement aux pratiques concertées anticoncurrentielles affectant le libre fonctionnement du marché.

2) Les pratiques anticoncurrentielles affectant le libre fonctionnement du marché :

Au vu des décisions rendues par le Conseil de la concurrence, ces pratiques semblent pouvoir être classées en trois catégories :

- les quotas de fabrication imposés,
- les barèmes de prix (2.2),
- ou encore les soumissions concertées dans les marchés de travaux publics (2.1)⁵¹.

Seules ces deux dernières pratiques seront étudiées, dans la mesure où les quotas de fabrication imposés n'ont pas d'application pratique dans le cadre de l'activité des pharmaciens d'officine.

⁴⁷ Cf. C.A. Paris, 23 février 1996, *Doc. Pharm. législation*, n° 3397.

⁴⁸ Cf. *supra*.

⁴⁹ Cf. Cass. crim. 10 mars 1998, *B.O.C.C.R.F.*, 16 avril, p. 167 ; *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1998, n° 359, p. 185 ; *JCP*, n° 19, p. 834.

⁵⁰ Notons cependant que le Conseil de l'Ordre a été sanctionné pour avoir mis en œuvre une pratique de boycottage des entreprises de portage de médicaments par le biais d'une diffusion de communiqués mettant en garde les pharmaciens, s'agissant du recours aux services de ces entreprises, cf. *Cons. conc.*, déc. n° 97-D-16, précité ; C.A. Paris, 1^{ère} ch., sect. II, 10 février 1998, précité ; Cass. com. 16 mai 2000, précité.

⁵¹ Cf. M. PEDAMON, *Droit commercial*, op. cit. p. 421.

De plus, certaines entraves à la concurrence, propres à l'activité du pharmacien, peuvent affecter le libre fonctionnement du marché, en matière de conclusion de conventions d'assurance maladie (2.3) ou en matière de service de garde et d'urgence (2.4).

2.1 Les soumissions concertées de marchés publics :

Les pharmaciens d'officine peuvent se trouver en situation de concurrence en matière de contrats de fournitures avec différents établissements sociaux ou médico-sociaux. Certains de ces contrats, conclus avec des établissements publics ou avec des établissements privés conventionnés puisque leurs dépenses sont en partie couvertes par les deniers publics, sont soumis aux règles des marchés publics. Il s'agit là d'une véritable mise en concurrence (2.2.1) dont le Code de déontologie cherche à limiter les débordements en exigeant la communication de ces contrats au Conseil de l'Ordre (2.2.2).

2.2.1 Une mise en concurrence des différentes officines :

En matière de marchés publics, les fonctionnaires et agents des collectivités publiques vont rechercher le meilleur produit ou service au meilleur prix. La méthode employée est celle de l'appel d'offre ou de marché négocié, l'ensemble de ces procédures étant détaillé dans le Code des marchés publics⁵².

La concurrence entre pharmaciens doit donc être assurée pour permettre le choix de l'officine qui sera en charge de fournir, à l'établissement concerné, les médicaments et autres produits de santé. Les ententes entre pharmaciens tendant à organiser le marché de telle sorte que la concurrence soit supprimée, en vue de répondre à un appel d'offres, sont prohibées⁵³.

Ceci étant, un pharmacien situé à proximité de l'établissement concerné n'est pas tenu de participer à un appel d'offre, et peut ainsi refuser toute mise en concurrence pour la conclusion d'un contrat de fournitures, qui entraînerait pour lui un surcroît de travail pour un bénéfice négligeable. Cette situation ne doit cependant pas être le résultat d'une action concertée entre les pharmaciens, ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence.

Afin de limiter tout risque de débordements liés à la conclusion de ce type de contrat, le Code de déontologie a prévu un contrôle *a posteriori* par le Conseil de l'Ordre s'agissant notamment des contrats de fournitures.

2.2.2 Une information de l'autorité ordinale :

L'article R. 5015-59 du Code de déontologie exige que les pharmaciens tiennent *"informé le Conseil de l'Ordre dont ils relèvent des contrats ou accords de fournitures ou de prestations de services qu'ils ont conclus avec les établissements de santé ou de protection sociale. Il en*

⁵² Ne seront pas détaillés en l'espèce les modalités de passation des marchés publics cf. D. VION, "Les fournitures pharmaceutiques aux personnes âgées en maison de retraite", *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1986, n° 295, p. 80.

⁵³ Cf. D. VION, "Les fournitures pharmaceutiques aux personnes âgées en maison de retraite", *précité*, p. 88-89.

est de même pour les conventions de délégation de paiement conclues avec les organismes de sécurité sociale, les mutuelles ou les assureurs".

Une telle information permet au Conseil de l'Ordre de déceler plus facilement les situations litigieuses. Il s'agit cependant d'une simple information *communiquée a posteriori*.

Cela étant, compte tenu du pouvoir disciplinaire conféré au Conseil de l'Ordre, l'exigence d'une telle communication ne constitue-t-elle pas une obligation pour le pharmacien considéré d'obtenir une autorisation préalable ?

Après avoir conclu le contrat, le pharmacien doit, d'une part, respecter les stipulations de l'article R. 5015-59 précité, et d'autre part, se conformer à toutes les observations ou recommandations postérieurement émises par son Ordre.

La communication du contrat à l'Ordre revêt dès lors tous les caractères d'un avis favorable obligatoire avant exécution dudit contrat, à défaut duquel le pharmacien peut s'exposer à des sanctions.

Soulignons que l'Ordre ne doit cependant pas intervenir dans le processus de mise en concurrence des officines concernées, toute action de sa part tendant à limiter la concurrence pouvant être constitutive d'une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986.

Il convient à présent de s'intéresser à une pratique anticoncurrentielle plus répandue.

2.2 Les barèmes des prix :

La pratique des barèmes de prix constitue une entente illicite au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Cette pratique doit être distinguée de celle des prix minima imposés, pratique interdite par l'article 34 de cette même ordonnance, ainsi que de celle des prix conseillés.

L'article 34 précité érige la pratique des prix imposés en infraction pénale, et incrimine ainsi « *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* »⁵⁴. La prohibition de l'article 34 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 86 concerne tant le prix du produit, du bien ou de la prestation de service, que la marge commerciale, qui peut-être fixée soit en pourcentage, soit en valeur absolue.

Le législateur est donc intervenu afin de mettre fin à la pratique du prix minimum imposé dans la mesure où celle-ci constituait un obstacle à la baisse des prix, paralysant ainsi la concurrence.

⁵⁴ L'article 34 prévoit une amende de 15 000 euros.

L'imposition du prix ou de la marge n'exige pas une décision autoritaire mais peut résulter d'une simple indication pour peu que celle-ci dépasse le simple conseil, qui est quant à lui licite⁵⁵. Le prix peut être imposé par des tarifs ou barèmes et revêtir les formes les plus diverses, émanant aussi bien d'un producteur ou d'un commerçant isolé, que d'un groupement professionnel

La prohibition des prix imposés a suscité le développement d'une autre pratique, à savoir celle des prix conseillés, l'usage de ceux-ci pouvant permettre de détourner l'interdiction de ceux-là.

L'article 37-4 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 n'ayant pas assimilé la pratique des prix conseillés à celle d'un prix illicite, ce texte est comme toute disposition pénale, d'interprétation stricte, la licéité du principe du prix conseillé était reconnue.

Cette règle est demeurée applicable sous le régime de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, alors même que cette dernière n'a pas évoqué le cas des prix conseillés⁵⁶.

Cependant, les conséquences de ces deux pratiques pouvaient se révéler identiques à l'égard de certains distributeurs, dont la dépendance économique était telle qu'ils étaient tenus de respecter le prix conseillé.

La pratique des prix conseillés ne doit pas, d'une part, constituer une obligation, car cela constituerait alors une pratique de prix imposés, et d'autre part, entraîner un alignement systématique sur ce prix au risque de constituer de la part des vendeurs une entente, laquelle serait prohibée aux termes de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 86. Il est en effet important de distinguer la pratique des prix conseillés des ententes illicites de l'article 7.

A cet égard, le Conseil de la concurrence n'a pas manqué de dénoncer fréquemment les effets nocifs des barèmes professionnels sur la libre concurrence, dans chacun de ses rapports annuels. C'est ce dernier point qu'il convient de développer, dans la mesure où celui-ci intéresse directement la concurrence entre pharmaciens d'officine.

Tout comme l'ancienne Commission, le Conseil de la concurrence a considéré que la pratique des barèmes de prix peut constituer une pratique anticoncurrentielle, même lorsqu'il s'agit de simples renseignements n'ayant qu'une valeur indicative, dans la mesure où ceux-ci peuvent suffire à induire des rigidités dans la fixation des prix, et « *dispenser des entreprises de procéder à cette fixation de façon autonome à partir d'une meilleure connaissance de leurs coûts et enfin, à assurer la survie d'entreprises marginales en même temps que des rentes de situation aux plus compétitives* »⁵⁷.

Le Conseil de la concurrence a considéré qu'une telle diffusion pouvait avoir pour effet d'inciter les concurrents à aligner leur comportement sur celui des autres, entravant ainsi la liberté de chaque entreprise de fixer ses prix en fonction de ses propres données⁵⁸.

⁵⁵ Cf. *infra*.

⁵⁶ Notons que la Commission de contrôle de la publicité et de la diffusion de recommandations sur le bon usage des médicaments de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé, indique que les publicités pour les produits non remboursables par les organismes de sécurité sociale peuvent mentionner un prix "conseillé" par le fabricant, disposition adoptée le 9 mars 1999, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, n° 364, p. 342.

⁵⁷ Cf. rapport 1978, page 7, voir également rapport 1986, page 13.

⁵⁸ *Rapp.*, 1987, p. 16 ; rapport, 1988, p. 23.

Ceci étant, les barèmes de prix issus d'ententes illicites peuvent être beaucoup plus impératifs que de simples indications, en prévoyant des sanctions à l'encontre des pharmaciens qui ne les respecteraient pas.

En pratique, les barèmes de prix les plus couramment rencontrés émanent :

- de l'Ordre des pharmaciens :

Le Conseil de l'Ordre a été sanctionné à plusieurs reprises pour avoir effectué diverses recommandations en matière de fixation de prix qui constituent à l'égard des pharmaciens concernés, non pas de simples indications, mais de véritables pressions de nature à caractériser l'existence d'une entente illicite.

A titre d'exemple, citons deux affaires dont la première est intervenue en matière de ventes à prix réduits en Ile et Vilaine. Dans cette première affaire, la Commission de la concurrence avait sanctionné le Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Bretagne, au motif que celui-ci avait fait pression sur certains de ses ressortissants en les menaçant de poursuites disciplinaires du chef de pratiques de prix réduits par rapport aux prix marqués ou conseillés⁵⁹.

Dans une seconde affaire dite des pharmaciens de la vallée de l'Arve, le Conseil régional de Haute Savoie et un syndicat professionnel ont été condamnés, tant par le Conseil de la concurrence que par la Cour d'appel de Paris, pour avoir participé à une entente en vue de contraindre un pharmacien à baisser ses prix.

Le Conseil de l'Ordre a plus précisément été sanctionné pour avoir exercé des pressions sur un pharmacien en le convoquant à une réunion dont l'objet sortait du cadre de ses compétences⁶⁰.

Le Conseil de la concurrence a ainsi pu souligner que le Conseil de l'Ordre devait s'abstenir de toute ingérence dans la politique de prix menée par les pharmaciens⁶¹.

Il appartient donc au Conseil de l'Ordre de prendre garde, dans le domaine des différentes recommandations qu'il peut être amené à diffuser auprès de ses membres, de ne pas outrepasser ses domaines de compétences, aux fins d'éviter ainsi de constituer une entrave à la concurrence, portant notamment atteinte à la liberté de fixation des prix de ses membres.

- des grossistes répartiteurs :

⁵⁹ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 86-2/DC, 13 janvier 1986, « Relatif à une intervention du syndicat des pharmaciens d'Ile et Vilaine et du Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Bretagne concernant des ventes à prix réduits d'articles délivrés en pharmacie », *B.O.C.C.R.F.*, 15 janvier 1986.

⁶⁰ Cf. *supra*.

⁶¹ Cf. *C.A. Paris*, 28 janvier 1988, *B.O.C.C.R.F. du 4 février 1988*.

Citons, à titre d'exemple, une affaire mettant en cause un grossiste répartiteur (la CERP de ROUEN). En l'espèce, le grossiste avait dans un premier temps diffusé des indications de prix, puis avait procédé à un système de "*calcul du prix de vente à partir du prix HT*".

Chaque produit était classé par catégorie et par famille, avec une indication de trois marges : minimale, maximale et moyenne. Dès 1987, la CERP avait été enjointe par le Conseil de la concurrence d'arrêter toute diffusion de prix conseillés auprès des pharmaciens⁶².

Le Conseil de la concurrence constatant que le grossiste-répartiteur n'avait pas obtempéré à son injonction, l'a sanctionné⁶³. Or, la Cour d'Appel, saisie par la CERP, a infirmé la décision du Conseil au motif que le système de calcul diffusé n'avait d'autre but que de permettre au pharmacien de calculer sa marge, et ne constituait donc pas l'indication d'un prix conseillé⁶⁴.

- Des syndicats professionnels :

Dans une affaire mettant en cause un syndicat ayant procédé à la diffusion d'une étude des coûts auprès de ses membres⁶⁵, le Conseil de la concurrence a considéré, en dépit de l'avertissement accompagnant cette étude et précisant « *les techniques de calcul de rentabilité exposées dans cette étude, permettant de maîtriser la gestion d'un cabinet, relèvent de la simple pédagogie. En conséquence, les résultats qui en découlent, notamment les ratios, ne doivent en aucun cas être considérés comme des données de référence applicables à une situation spécifique* », que l'étude constituait une pratique anticoncurrentielle, et a prononcé une sanction pécuniaire de 300 000 francs (45 700 euros).

Dès lors, aucune étude faisant référence à de quelconques tarifs, marges, ou ratios ne peut être réalisée. Le Conseil de la concurrence censure ainsi les pratiques d'organisations professionnelles qui diffuseraient à leurs membres, sous le couvert d'une aide à la gestion, des consignes, des directives ou recommandations en matière de prix⁶⁶.

Force est de constater que cette décision restreint également le champ de manœuvre des groupements, principaux intéressés par les politiques communes de prix.

⁶² Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 87-D-15, 19 juin 1987.

⁶³ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 93-D-35, 21 septembre 1993.

⁶⁴ Cf. C.A. Paris, 1^{ère} Sect. Concurrence, 17 mai 1994, B.O.C.C.R.F. n° 9, 7 juin 1994 ; voir également M. SIMONET et G. VIALA, *Doc. Pharm., études, précité*, p. 17 et 18.

⁶⁵ Le Conseil de la concurrence a, dans sa décision en date du 9 avril 1996, reproché à la Chambre Syndicale Interdépartementale des Professions Immobilières de PARIS et de l'Île de France d'avoir diffusé auprès de ses adhérents une étude des coûts de revient des cabinets d'administrateurs de biens, suggérant un taux de marge de 20 %, cf. rapport, 1996, p. 301.

⁶⁶ Notons également que la Cour de Cassation a jugé que, bien que les prix diffusés par un Président d'une chambre syndicale étaient « recommandés », sans être imposés, la diffusion de ces barèmes n'en constituait pas moins l'infraction de prix minimum imposé, puisqu'il était établi qu'elle « conférait un caractère minimum au prix des produits ou services »⁶⁶.

- Des groupements de pharmaciens, diffusés directement auprès de leurs adhérents :

La fixation d'un barème de prix par un groupement de pharmaciens peut constituer une entente prohibée par l'article 7 précité, ainsi qu'une atteinte à l'obligation d'indépendance édictée par l'article R. 5015-3 du Code de déontologie.

Le Conseil de la concurrence, sollicité par l'Association de défense des pharmaciens de Paris, a rendu un avis dans lequel il 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"*⁶⁷.

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'accord⁶⁸.

Soulignons cependant que rien ne s'oppose à ce qu'un groupement mette en œuvre 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 concurrence⁶⁹.

Or, les pharmacies membres d'un groupement ne sont en pratique jamais situées à proximité les unes des autres, il leur est donc permis de réaliser une politique commerciale commune, telle que la fixation de prix conseillés.

Par conséquent, il est nécessaire que les pharmaciens membres du groupement conservent leur indépendance, obligation rappelée par les stipulations de l'article R. 5015-3 du Code de Déontologie, et donc leur liberté dans la fixation des prix.

Ainsi, nous pouvons conclure que les barèmes de prix sont prohibés dès lors :

- qu'ils présentent une force suffisante pour inciter les pharmaciens à respecter lesdits barèmes, et ce compte tenu de la personne que les diffuse (Ordre, laboratoire et grossiste répartiteur),
- qu'ils résultent d'une entente entre pharmaciens se trouvant en situation de se faire concurrence (syndicat ou groupement).

Abordons maintenant un autre domaine propre au pharmacien d'officine, susceptible de donner lieu à diverses atteintes du principe de la libre concurrence, à savoir la conclusion de conventions d'assurance complémentaire.

⁶⁷ Cf. Avis du Cons. conc., n° 95-A-04, du 21 février 1995, B.O.C.C.R.F., 29 septembre 1995, p. 417-419 ; cette solution avait été soulignée par une décision du Conseil de la concurrence en date du 9 juin 1992, et confirmée par la C.A. de Paris par un arrêt en date du 3 juin 1993, cf. Cons. conc., déc. n° 92-D-38 et CA Paris du 3 juin 1993 in Doc. Pharm. études, n° 3649, p. 17-18 ; voir également Cons. conc., déc. n° 94-D-60, 13 décembre 1994.

⁶⁸ Cf. Avis du Cons. Conc. n° 95-A-04, précité ; Cons. conc., déc. n° 91-D-22, 14 mai 1991, « Relative à des pratiques constatées dans le secteur des produits et matériels pour kinésithérapeutes », rapport, p. 62.

⁶⁹ Cf. Avis du Cons. Conc. n° 95-A-04, précité.

2.3 La conclusion de convention de délégation de paiement :

Bien que l'ensemble des pharmaciens libéraux bénéficie aujourd'hui d'un régime commun d'assurance maladie obligatoire, à travers le système "sesam vitale", une concurrence entre pharmaciens d'officine s'exerce toujours dans le domaine du régime complémentaire relatif au remboursement des prestations sociales non remboursées par la sécurité sociale, et donc prises en charge par des mutuelles ou des sociétés d'assurance. Ainsi que nous l'avons souligné⁷⁰, la dispense de frais constitue un service financier attrayant pour la clientèle. Le pharmacien d'officine va donc chercher à se faire "référer" par une mutuelle ou toute autre société d'assurance.

En pratique, les syndicats cherchent à conclure de telles conventions, et ce compte tenu de leur représentativité. A ce titre, ils ont été amenés à créer des organismes intermédiaires ou caisses d'avances, chargés de gérer pour le compte des pharmaciens, les délégations de paiement.

Certains pharmaciens ont pris eux-mêmes l'initiative de conclure isolément une convention avec les organismes de sécurité sociale ou encore avec des organismes d'assurance maladie complémentaire. Cette pratique s'est confrontée à l'hostilité des syndicats qui s'estimaient seuls compétents pour conclure de telles conventions, et qui considéraient en outre que la conclusion d'une convention par leur soin était nécessaire pour assurer l'égalité entre officines, et permettait le respect des devoirs de confraternité et de libre choix imposés à chaque pharmacien par le Code de déontologie.

(1) La conclusion isolée d'une telle convention constitue-t-elle une faute déontologique ?

Le Conseil régional de l'Ordre de Marseille, ainsi que le Conseil national saisi en appel, ont considéré que le pharmacien ayant signé isolément une convention d'assurance maladie "*relative à la dispense de l'avance de frais en matière de prestations pharmaceutiques*" ne commettait pas une faute déontologique au regard de l'article R. 5015-30 ancien qui interdisait de porter atteinte au libre choix du pharmacien par le malade en pratiquant certaines formes de concurrence déloyale (article R. 5015-21 nouveau), et de l'article R. 5015-60 ancien qui imposait certains devoirs de confraternité (article R. 5015-34 nouveau)⁷¹. Une telle solution avait déjà été rendue par le Conseil d'Etat, dans un arrêt daté du 12 février 1965, qui avait considéré que le fait pour un pharmacien de conclure isolément une convention dite de "tiers payant" avec une Union mutualiste ne constituait pas une faute disciplinaire⁷².

(2) Pour éviter ces pratiques, certains syndicats ont parfois été tentés d'insérer dans les conventions de délégation de paiement, des clauses d'exclusivité interdisant aux organismes d'assurance maladie complémentaire de conclure de tels accords avec d'autres pharmaciens, syndiqués ou non⁷³.

⁷⁰ Cf. *supra*, Introduction 2^{ème} Partie.

⁷¹ Cf. CROP de Marseille, 24 février 1987, *Doc. Pharm., Juris. Prof.*, n°2876, p. 84-86 ; CNOP, 3 mars 1988, *Doc. Pharm., Juris. Prof.*, n° 2998, p. 8-11.

⁷² Cf. Conseil d'Etat 12 février 1965, « GARRY », *rec. p. 108*.

⁷³ Cf. « L'affaire du Nord Pas de Calais », *Le miteur des pharmacies*, 1986, n° 1727, p. 3543.

Ainsi, les pharmaciens non syndiqués se voyaient contraints d'adhérer au syndicat s'ils désiraient profiter des délégations de paiement conclues par ce syndicat.

Les pharmaciens syndiqués faisaient l'objet de véritables pressions tendant à mettre fin à toute relation directe avec les mutuelles, sous peine d'exclusion du syndicat, et surtout de l'organisme intermédiaire auquel il appartenait, et dont l'ensemble de leurs autres dossiers de délégations de paiement dépendait.

De telles clauses ont bien évidemment soulevé un large contentieux, à propos duquel l'ancienne Commission, puis le Ministre de l'économie et enfin le Conseil d'Etat ont été appelés à se prononcer⁷⁴.

Le Ministre a notamment considéré que *"les interventions du syndicat insérant dans les conventions de délégation de paiement conclues avec les mutuelles ou des sociétés d'assurance, des clauses visant à interdire la délégation de paiement aux pharmaciens non syndiqués ou non amicalistes, d'interdire la conclusion par leurs cocontractants de conventions de délégation de paiement avec d'autres pharmaciens ou de subordonner la conclusion à de telles conventions à leur accord préalable"*, constituaient des infractions à la législation de la concurrence⁷⁵.

Les clauses litigieuses avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence avec les pharmaciens syndiqués ou non qui souhaitaient pratiquer la délégation de paiement seuls ou dans le cadre d'un autre groupement⁷⁶, et tombaient ainsi sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance de 1986.

Notons enfin que l'article R. 5015-59 du Code de déontologie exige que les pharmaciens tiennent *"informé le Conseil de l'Ordre dont ils relèvent (...) les conventions de délégation de paiement conclues avec les organismes de sécurité sociale, les mutuelles ou les assureurs"*.

L'intervention des syndicats lors de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles est donc relativement développée, elle l'est d'autant plus pour les heures et jours d'ouverture, pour lesquels leur intervention est directement prévue par le législateur.

2.4 La fixation des heures et jours d'ouverture :

Seuls les syndicats représentatifs de la profession sont habilités à intervenir pour régler le service de garde et d'urgence, et donc fixer les heures et jours d'ouverture des officines du département.

⁷⁴ Cf. Avis de la Commission de la concurrence en date du 27 novembre 1986, et décision du Ministre de l'économie en date du 22 janvier 1987, *Le pharmacien de France*, 1987, n° 4, p. 174-179 ; cf. Conseil d'Etat, 7 décembre 1992, « Syndicat des pharmaciens du nord », *Doc. Pharm.*, CE. n° 1282 et 1283 ; notons que sous le régime de l'ordonnance du 30 juin 1945, le Conseil d'Etat était compétent pour statuer sur les recours formés contre les décisions du Ministre de l'économie, prises sur le fondement d'un avis de la Commission de la concurrence.

⁷⁵ Cf. décision du Ministre de l'économie en date du 22 janvier 1987, précité.

⁷⁶ Cf. Avis de la Commission de la concurrence en date du 27 novembre 1986, précité.

Or, le pharmacien n'est pas contraint d'accepter l'organisation mise en place par un syndicat, il peut en effet manifester son désaccord au préfet, qui sera alors seul compétent pour régler lesdits services⁷⁷.

La conclusion ou la mise en œuvre d'un accord fixant les jours et heures d'ouverture des officines, par des pharmaciens et donc en dehors de toute intervention syndicale, constitue selon le Conseil de la concurrence, une action concertée qui a pour objet et peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

En effet, un tel accord peut permettre aux pharmaciens concernés de se prémunir contre la concurrence que pourrait leur faire un confrère ayant choisi de déterminer librement ses jours et heures d'ouverture⁷⁸.

Ce principe, bien qu'émis par le Conseil de la concurrence avant la réforme de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique, est aujourd'hui encore valable, dans la mesure où des pharmaciens ne peuvent, sans l'intervention des syndicats représentatifs, mettre en place un service organisé.

Bien que les syndicats soient seuls habilités à négocier l'accord, celui-ci ne doit pas constituer pour autant une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 puisque l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique ne permet pas au syndicat de réaliser une entente illicite.

En effet, rappelons la position du Conseil de la concurrence qui, par une décision en date du 23 janvier 1990, a considéré que "*l'organisation du service de garde, qui répond aux besoins de la santé publique, ne confère pas aux syndicats, à qui la loi a confié le soin d'organiser un tel service, le droit d'organiser une entente sur les jours et heures d'ouverture*"⁷⁹.

(1) Cependant, comment déterminer s'il y a une entente illicite portant sur les heures et jours d'ouverture, dans la mesure où il appartient au syndicat de négocier, et donc de susciter un accord entre les différents pharmaciens du département en la matière ?

L'entente illicite se caractérise par l'existence de pressions réalisées à l'encontre d'un ou plusieurs pharmaciens récalcitrants.

La jurisprudence du Conseil de la concurrence nous donne quelques illustrations de dérives syndicales en la matière :

- Motion adressée au pharmacien récalcitrant le menaçant de lui imposer la totalité des gardes⁸⁰ ;

⁷⁷ Cf. *supra*, 2^{ème} Partie, Chapitre 2^{ème}.

⁷⁸ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-08, précité.

⁷⁹ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-08, précité.

⁸⁰ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-08, précité, à propos des pratiques relevées à Hyères.

- Admonestations adressées au pharmacien récalcitrant lui faisant interdiction d'ouvrir pendant les services de garde et d'urgence lorsqu'il n'est pas lui-même de service⁸¹ ;
- Exigence d'un engagement sur l'honneur de respecter les services considérés ;
- Menace à l'égard d'un pharmacien syndiqué d'exclusion du syndicat, ou encore de l'organisme intermédiaire gérant, pour le compte des pharmaciens, la délégation de paiement⁸² ;
- Menace à l'égard de pharmaciens non syndiqués de refuser l'adhésion à un organisme intermédiaire⁸³ ;
- Sujétions résultant d'un tableau des gardes et urgences imposées aux pharmaciens récalcitrants les obligeant à assurer les services considérés⁸⁴.

Ces illustrations, bien évidemment non exhaustives, permettent de percevoir la sévérité avec laquelle le Conseil de la concurrence apprécie l'existence de "pressions". Ce dernier recherchera ainsi l'existence d'un mécanisme "d'exclusion" ou "sanction".

(2) Les pressions réalisées ne peuvent-elle néanmoins être considérées comme étant licites, dès lors qu'elles sont faites à l'égard d'un pharmacien qui ne respecterait pas les dispositions de l'article L. 5125-22 précité ?

Les éventuelles pressions réalisées peuvent être licites lorsqu'elles sont effectuées sous forme de mises en garde à l'attention du pharmacien qui n'aurait pas maintenu son officine ouverte pendant toute la durée du service considéré ou n'aurait pas respecté l'organisation mise en place, sans avoir notifié au préfet son désaccord⁸⁵.

Il convient, sur ce dernier point, de distinguer la position adoptée par le Conseil d'Etat de celle du Conseil de la concurrence.

Ainsi que nous l'avons vu, le Conseil d'Etat exige, pour que le pharmacien ne soit pas tenu de respecter le service organisé mis en place, que celui-ci ait notifié son refus préalable au préfet⁸⁶.

Au contraire, le Conseil de la concurrence, qui, rappelons le, n'est pas compétent pour statuer sur l'existence d'une faute disciplinaire, mais bien sur l'existence d'une pratique concertée anticoncurrentielle, considère que le désaccord du pharmacien doit être pris en compte, non pas uniquement lorsqu'il a été notifié au préfet, mais dès lors qu'il a été manifesté par celui-ci, à savoir en pratique, par un courrier adressé au syndicat⁸⁷. Il est ainsi conseillé audit

⁸¹ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-08, précité, à propos des pratiques relevées à Menton.

⁸² Cf. *Avis de la Commission de la concurrence en date du 27 novembre 1986, précité, et décision du Ministre de l'économie en date du 22 janvier 1987, précité.*

⁸³ Cf. *idem.*

⁸⁴ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 98-D-56, précité.

⁸⁵ Cf. *supra*, 2^{ème} Partie, Chapitre 2^{ème}.

⁸⁶ Cf. *supra*, 2^{ème} Partie, Chapitre 2.

⁸⁷ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 98-D-56, précité.

pharmacien d'adresser son désaccord au syndicat par lettre recommandée, afin de pouvoir le justifier en cas de contentieux.

Cette différence d'interprétation de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique qui ne précise pas les conditions dans lesquelles le désaccord doit être manifesté, se justifie par l'objet du contrôle effectué par chacune des juridictions : le Conseil d'Etat apprécie les manquements aux obligations déontologiques, alors que le Conseil de la concurrence apprécie le caractère anticoncurrentiel des pratiques ainsi mises en œuvres.

Ainsi, les éventuelles mises en gardes peuvent être considérées comme constituant des « pressions licites » (et ne sont plus des pressions à proprement parler) tant que le pharmacien récalcitrant n'a pas manifesté son désaccord auprès d'un des syndicats représentatifs ayant sollicité son consentement au service organisé. Dans le cas contraire, il appartient à ce syndicat de notifier le désaccord en question auprès du préfet, et toute mise garde pourra être considérée comme une entrave à la concurrence.

Le Conseil de la concurrence exige donc des syndicats qu'ils ne sortent pas du rôle qui leur a été prescrit par le législateur, à savoir un rôle de médiateur devant rechercher un consensus entre les exigences de chaque officine et celles de la santé publique.

Par ailleurs, soulignons que les plaintes formulées auprès des instances ordinales compétentes constituent une faculté de saisine offerte par la loi, et ne constituent donc pas en elles-mêmes des pratiques concertées anticoncurrentielles⁸⁸. Il ne peut donc être reproché à un syndicat de mettre en garde un pharmacien contre l'éventualité d'une plainte ou d'une sanction disciplinaire.

Ainsi, le Conseil de la concurrence rappelle aux organisations représentatives de la profession que, malgré les compétences spécifiques qui leur ont été conférées par le législateur, celles-ci ne leur permettent pas de porter atteinte au principe de la libre concurrence devant exister entre pharmaciens.

Ajoutons que, l'Ordre des pharmaciens peut également être à l'origine de telles pressions, en organisant une réunion avec tous les intéressés, en mettant en garde, voire en demeure, les pharmaciens concernés. Dès lors, dans quelle mesure devons nous considérer qu'une "*pression*" constitue une pratique concertée anticoncurrentielle ?

Les pressions réalisées par l'Ordre des pharmaciens se caractérisent par différentes sortes de communications réalisées à l'égard d'un pharmacien, et ce, compte tenu du pouvoir de sanction qui lui est attribué.

L'interdiction de constituer des ententes illicites de l'article 7 précité doit être respectée par le pharmacien d'officine. Il convient dès lors de s'interroger sur l'application de l'article 10 de ladite ordonnance, prévoyant différentes causes d'exonérations.

⁸⁸ Cf. Cons. conc., déc. n° 90-D-08, 23 janvier 1990, précité.

§3 - Les exonérations de l'article 10 de l'ordonnance de 1986 :

L'ordonnance de 1986 a prévu des exceptions à l'interdiction des ententes illicites. L'article 10 de ladite ordonnance définit les conditions dans lesquelles des pratiques concertées peuvent échapper aux sanctions éventuellement prononcées par le Conseil de la concurrence.

Echappent ainsi à toute condamnation, les pratiques concertées trouvant leur justification dans une autorisation légale ou encore dans la contribution qu'elles apportent au progrès économique.

Notons que l'exonération de l'article 10 se différencie de la méthode dite "*de la règle de raison*", qui légitime des pratiques, pourtant attentatoires aux prescriptions de l'article 7 précité, au terme d'un bilan concurrentiel⁸⁹. A titre d'exemple, nous pouvons citer le système de distribution sélective qui entrave la concurrence entre distributeurs, mais qui intensifie la concurrence entre fabricants. L'application de cette méthode demeure implicite en droit français car jamais le Conseil de la concurrence ne la mentionne expressément⁹⁰.

En outre, bien qu'il existe deux formes d'exonération, les exonérations collectives et individuelles, seules les secondes seront étudiées en l'espèce, dans la mesure où les exonérations collectives ne concernent pas les pharmaciens d'officine⁹¹.

Ainsi, s'agissant des exonérations individuelles, l'article 10 vise les ententes :

- D'une part, "*qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application*" ;
- Et d'autre part, "*dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause...*".

Notons qu'il appartient aux parties défenderesses de rapporter les preuves nécessaires à l'application de l'article 10.

Ainsi, il s'agit soit de déterminer l'existence d'un texte législatif ou réglementaire édicté par les autorités étatiques (1), soit encore de réaliser un bilan entre les inconvénients induits par l'entente et les avantages que cette dernière entraîne (2).

⁸⁹ Cf. M. PEDAMON, *Droit commercial*, op. cit., n° 481.

⁹⁰, cf. idem.

⁹¹ Les exonérations collectives sont prononcées par voie de décret pris sur avis conforme du Conseil de la concurrence, aucun ne concerne les pharmaciens d'officine.

1) Exonération par un texte législatif ou réglementaire :

La mise en œuvre de ces exonérations est soumise à un double contrôle du Conseil de la concurrence, qui vérifie :

- D'une part, l'existence d'un texte législatif ou réglementaire ;
- Et d'autre part, si les pratiques incriminées découlent de manière inéluctable de la mise en œuvre de ce texte.

Existe-t-il donc des ententes entre pharmaciens pouvant être justifiées par des textes législatifs ou réglementaires, et exonérant leurs auteurs de toutes sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence prises sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 ?

S'agissant de la concurrence entre les pharmaciens, deux textes pourraient servir de fondement à une éventuelle entente. Il s'agit d'une part de l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique (1.1), qui permet aux organisations représentatives de la profession de s'entendre sur l'organisation des services de garde et d'urgence, et donc sur les heures et jours d'ouverture, et d'autre part, du Code de déontologie des pharmaciens (1.2), qui pose différents principes limitant la concurrence entre ces derniers.

1.1 L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique :

Ainsi que nous l'avons vu, les besoins de la santé publique sont venus restreindre la liberté de fixation des jours et heures d'ouverture des pharmaciens d'officine, en exigeant que des services de garde et d'urgence soient institués. L'article L. 5125-22 du Code de la santé publique autorise donc les syndicats à régler l'organisation de ces services.

Une difficulté s'est posée dans l'application de l'article L. 5125-22 précité, s'agissant de savoir si cet article conférait aux syndicats le droit de mettre en œuvre une entente sur les jours et heures d'ouverture.

Le Conseil de la concurrence saisi de cette difficulté a considéré que, "*l'organisation du service de garde, qui répond aux besoins de la santé publique, ne confère pas aux syndicats, à qui la loi a confié le soin d'organiser un tel service, le droit d'organiser une entente sur les jours et heures de fermeture*"⁹².

Le Conseil de la concurrence a sanctionné à plusieurs reprises différents syndicats pour avoir exercé des pressions à l'encontre d'un pharmacien récalcitrant, ces derniers estimant que l'article L. 5125-22 du Code de la santé publique leur permettait de contraindre le pharmacien récalcitrant à accepter les services organisés.

Ainsi, dans chaque cas d'espèce, le Conseil de la concurrence va rechercher si les pressions ou pratiques concertées sont justifiées par l'application d'un texte législatif ou réglementaire, à savoir par l'article L. 5125-22. En l'espèce, l'inscription d'office au tableau organisant lesdits

⁹² Cf. Cons. conc., déc. n° 90-D-08, précité

services, imposant au pharmacien récalcitrant le devoir d'effectuer tous les services de garde et d'urgence, n'est donc justifiée par aucun texte législatif ou réglementaire⁹³.

Nous pouvons cependant nous interroger sur la licéité des pressions exercées à l'encontre d'un pharmacien adoptant un comportement répréhensible, au regard des exigences du Code de la santé publique, et notamment de l'article L. 5125-22 précité.

Par conséquent, la difficulté pour les parties à une concertation, est de savoir si la pratique mise en œuvre constitue ou non une entrave à la concurrence, et surtout si cette dernière peut ou non être justifiée par un texte législatif ou réglementaire.

En effet, dès lors que les pressions sont exercées dans le cadre de l'article L. 5125-22 précité, c'est-à-dire d'un texte législatif, les pratiques ne constituent pas, à proprement, parler des "pressions", mais bien plus l'exercice d'un droit.

L'entente ainsi réalisée ne constitue pas une pratique concertée anticoncurrentielle. A titre d'exemple, nous pouvons citer le cas des plaintes ordinaires ou les mises en garde d'un comportement répréhensible par un syndicat, des pharmaciens, ou encore du Conseil de l'Ordre⁹⁴.

La difficulté réside donc dans l'interprétation qui est à donner à tel ou tel texte législatif ou réglementaire. Notons à cet égard que l'Ordre des pharmaciens s'y est plusieurs fois trompé, et ce s'agissant de l'étendue de ses compétences au regard des stipulations du Code de déontologie.

1.2 Le Code de déontologie :

Par leur rédaction quelque peu ambiguë, différents articles du Code de déontologie ont été à plusieurs reprises présentés comme pouvant servir de fondement à des pratiques concertées anticoncurrentielles.

Si des pharmaciens sont recevables à prétendre que leur comportement anticoncurrentiel découle de certaines stipulations du Code de déontologie, il n'est pas certain que leur demande sera pour autant fondée. A ce titre, le Code de déontologie ne peut-il pas constituer un texte réglementaire autorisant les pharmaciens à réaliser des pratiques concertées anticoncurrentielles ?

Une réponse négative doit d'emblée être apportée compte tenu des différentes décisions du Conseil de la concurrence en la matière. En effet, différents articles ont été invoqués à l'occasion de contentieux devant le Conseil de la concurrence, comme pouvant exonérer l'entente réalisée.

(1) D'une part, a été invoqué l'article R. 5015-22, interdisant aux pharmaciens de réaliser tous procédés ou pratiques de sollicitation de clientèle contraire à la dignité de la profession. C'est

⁹³ Cf. Cons. conc., déc. n° 98-D-56, précité.

⁹⁴ Cf. supra.

en effet sur ce fondement, que plusieurs pharmaciens ainsi que le syndicat des pharmaciens de Haute-Savoie ont sollicité du Conseil de la concurrence, de la Cour d'appel de Paris mais aussi de la Cour de cassation, que soit exonérées les pratiques ainsi mises en œuvre.

En l'espèce, les pharmaciens et le syndicat avaient exercé des pressions à l'encontre d'une pharmacienne afin que cette dernière rehausse ses prix.

Le Conseil de la concurrence a posé le principe selon lequel le Code de déontologie, et notamment l'article R. 5015-22 n'interdit pas aux pharmaciens de se faire concurrence, la Cour de cassation soulignant pour sa part, que si certaines stipulations du Code de déontologie "*restreignent les conditions dans lesquelles les pharmaciens peuvent se concurrencer, elles n'impliquent nullement l'absence de toute forme de concurrence entre ceux-ci*"⁹⁵.

L'article R. 5015-22 précité ne constitue donc pas un texte exonérateur au sens de l'article 10 de l'ordonnance de 1986.

Le Conseil de la concurrence avait en outre précisé dans la même affaire, que l'exercice de la concurrence n'était pas contraire aux stipulations de l'article R. 5015-22 dès lors qu'elle s'exerce par des procédés conforme à la dignité de la profession.

A cet égard, rappelons que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour apprécier la violation des règles de déontologie⁹⁶. En effet, seul le Conseil de l'Ordre est compétent pour apprécier les manquements à la dignité de la profession par ses membres, que ces manquements soient ou non liés à des pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, rien n'empêche plusieurs pharmaciens d'être sanctionnés par le Conseil de la concurrence pour avoir réalisé une pratique concertée anticoncurrentielle, mais aussi par le Conseil de l'Ordre pour avoir manqué à la dignité de la profession.

Cela étant, si le Conseil de l'Ordre joue un rôle important dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles dès lors que ces dernières constituent des procédés ou moyens contraires à la dignité de la profession, il n'en demeure pas moins que le contrôle ainsi réalisé par le Conseil de l'Ordre, peut constituer une pratique concertée anticoncurrentielle, dans la mesure où son intervention n'est pas justifiée par ses compétences ou par les stipulations du Code de déontologie.

(2) D'autre part, l'article R. 5015-34, imposant différents devoirs de confraternité aux pharmaciens, et notamment un devoir de loyauté et de solidarité, a été également invoqué par plusieurs pharmaciens et organisations représentatives de la profession comme fondement d'une exonération prévue par l'article 10-1 de l'ordonnance de 1986.

Ces derniers ont en effet interprété cet article comme mettant à la charge des pharmaciens une obligation de s'entendre sur la fixation des heures et jours d'ouverture ou sur des politiques de prix communes, voire plus largement, comme interdisant toute concurrence entre pharmacies.

⁹⁵ Cf. Cass. crim. 10 mars 1998, précité ; notons que cette solution avait déjà été dégagée par CA Paris, 28 janvier 1988, B.O.C.C.R.F. 4 février 1988, mais aussi par un avis de la Commission de la concurrence en date du 25 novembre 1985, "Syndicat des pharmaciens d'Ille et Vilaine et Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Bretagne", B.O.C.C.R.F. 15 janvier 1986. Voir à ce propos A. VIANDIER, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1988, n° 309, p. 312-317, et M. MAURAIN et G. VIALA, "La pharmacie devant la Commission de la concurrence", R.D.S.S., 1987, p. 1.

⁹⁶ Cf. Cons. conc., déc. n° 92-D-27, précité.

Or, le Conseil de la concurrence a considéré que les devoirs de loyauté et de solidarité n'imposent pas au pharmacien d'adopter les heures et jours d'ouvertures identiques à ceux de ses confrères, et que si cet article restreint la concurrence que peuvent se faire les pharmaciens, il n'interdit pas pour autant l'existence de toute concurrence entre ces derniers⁹⁷. Notons que cette solution avait déjà été adoptée par le Conseil d'Etat en la matière⁹⁸.

(3) Enfin, un autre article du Code de déontologie a soulevé certaines difficultés d'interprétation, et a notamment servi de fondement pour justifier des pratiques concertées anticoncurrentielles. Il s'agit de l'article R. 5015-40 du Code de déontologie, qui met à la charge du Conseil de l'Ordre compétent le soin de résoudre les différents problèmes pouvant exister entre professionnels.

Cet article a ainsi servi de fondement pour justifier l'organisation d'une réunion par un Conseil régional, dont l'objet était de persuader ou de contraindre un pharmacien de rehausser ses prix, ceux-ci apparaissant comme excessivement bas par rapport à ceux pratiqués par ses concurrents.

Comme nous l'avons déjà relevé, le Conseil de la concurrence, saisi de cette affaire, a considéré qu'il ne rentrait pas dans les compétences du Conseil de l'Ordre des pharmaciens de mettre en œuvre une telle pratique, et que l'article R. 5015-40 précité, ne donnait pas le pouvoir à l'Ordre d'organiser une réunion constitutive d'une entente sur les prix⁹⁹.

La Cour de cassation saisie du pourvoi dans cette même affaire, précise que les recommandations découlant de ladite réunion ne peuvent être justifiées par aucun texte législatif ou réglementaire¹⁰⁰.

Par conséquent, au-delà de l'intervention prédominante des syndicats s'agissant des pratiques concertées anticoncurrentielles, il convient de souligner le rôle particulier de l'Ordre des pharmaciens qui, compte tenu de ses attributions particulières¹⁰¹, est souvent exposé aux foudres du Conseil de la concurrence¹⁰². Chaque intervention de l'Ordre des pharmaciens doit donc être fondée sur un texte législatif ou réglementaire.

Il a ainsi été admis que celui-ci intervienne dès lors qu'il s'agissait de mettre fin à une action agressive sur les prix¹⁰³. Au contraire, dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris a été amenée à considérer que les recommandations émises par le Conseil de l'Ordre à l'égard de ses membres étaient fondées sur une analyse erronée de la loi, et constituaient ainsi une consigne de boycott¹⁰⁴.

⁹⁷ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-08, précité.

⁹⁸ Cf. *supra*, 2^{ème} Partie Chapitre 2., cf. arrêts « THOMAS » et « CARO », précités.

⁹⁹ Cf. *Cons. conc.*, déc. n° 95-D-35, 10 mai 1995, « Distribution pharmaceutique dans la vallée de L'Arve », rapp., 1995, p. 310 ; *Doc. Pharm.*, légis. n° 3340 ; décision confirmée par C.A. Paris, 23 février 1996, *Doc. Pharm.*, légis. n° 3397.

¹⁰⁰ Cf. *Cass. crim.* 10 mars 1998, précité.

¹⁰¹ Cf. *supra*.

¹⁰² Les autorités chargées du contrôle ont refusé d'admettre que l'interdiction de pratiquer des rabais et des ristournes édictées par le Code de déontologie pharmaceutique puisse légitimer la diffusion par un Conseil régional de l'Ordre, de communiqués invitant les pharmaciens à respecter des tarifs uniformes dans le secteur de la parapharmacie cf. *Avis de la Commission de la concurrence du 25 novembre 1985, rapport, 1985, p. 119, et p. XXIV.*

¹⁰³ Cf. C.A. Paris, 1^{ère} Ch., 23 février 1996, précité.

¹⁰⁴ Cf. C.A. Paris, 1^{ère} Ch., 10 février 1998, précité.

Ainsi, la position adoptée par le Conseil de la concurrence nous paraît de bon sens, car, ainsi que l'a souligné le Professeur AZEMA, les prescriptions du Code de déontologie interdisent certains comportements « *plus qu'elles n'imposent réellement la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles* »¹⁰⁵.

2) La contribution au progrès économique :

Il s'agit de la deuxième cause d'exonération que consacre le législateur. L'article 10-2 de l'ordonnance de 1986 pose différentes conditions, à savoir que les parties à l'entente puissent justifier que leurs pratiques ont eu pour objet d'assurer un progrès économique, que celles-ci réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulterait, et ce, sans donner aux entreprises intéressées une partie substantielle des produits en cause.

L'article précité exige que les pratiques concertées anticoncurrentielles soient être indispensables pour atteindre cet objectif de progrès¹⁰⁶, celui-ci devant être la conséquence directe des pratiques en cause¹⁰⁷.

Dès lors, le Conseil de la concurrence bénéficie de pouvoirs d'appréciation différents selon l'exonération sollicitée par les parties à l'entente. S'agissant de l'article 10-1 précité, il doit uniquement vérifier si les pratiques en causes résultent ou non d'un texte législatif ou réglementaire, et s'agissant de l'article 10-2, il doit porter un jugement de valeur sur les pratiques en recherchant si elles contribuent suffisamment à "*assurer un progrès économique*".

Bien que l'article 10-2 soit souvent utilisé par les parties défenderesses pour justifier telle ou telle pratique, le Conseil de la concurrence ne le retient que très rarement compte tenu des conditions rigoureuses liées à son application.

Soulignons cependant l'avis sollicité par l'Association de défense des pharmaciens de Paris qui a interrogé le Conseil de la concurrence sur le point de savoir si l'article 10-2 pouvait recevoir application s'agissant d'une campagne publicitaire sur la promotion de produits de parapharmacie : celle-ci était-elle de nature à permettre le développement économique et d'en

¹⁰⁵ Cf. J. AZEMA, « *Concurrence et déontologie* », *Bulletin de l'ordre des pharmaciens*, 1990, n° 323, p. 42-43.

¹⁰⁶ Cf. Avis du Conseil de la concurrence, n° 95-A-04, 21 février 1995, précité.

¹⁰⁷ Il convient de souligner que l'article 10-2 a opéré un rapprochement significatif avec le droit communautaire, à savoir l'article 81 § 3 du Traité de Rome exigeant quatre conditions pour que joue l'effet absolu :

- *Que l'entente produise des effets bénéfiques sur le plan économique, par exemple qu'elle favorise les gains de productivité, améliore la qualité des produits, assainisse un secteur professionnel en difficulté... ;*
- *Que ces effets profitent équitablement aux utilisateurs en même temps qu'aux entreprises concernées, ce profit pouvant consister en une baisse des prix, une amélioration du service après vente ou tout autre avantage économique ou technique ;*
- *Que la pratique incriminée n'impose des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables à la réalisation de son objectif de progrès, ce qui implique un lien de causalité et un rapport de proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'entente et les anomalies anticoncurrentielles qu'elle entraîne ;*
- *Qu'enfin ladite pratique ne donne pas la possibilité aux entreprises concernées d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, qu'elle laisse subsister en d'autres termes des opérateurs sur le marché capables d'entrer en compétition avec ces entreprises.*

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*" ?

Bien que le Conseil de la concurrence ne relève aucun argument qui soit de nature à justifier au nom de la protection de la santé publique ou des consommateurs, des restrictions à la libre concurrence susceptible de s'exercer sur des produits de parapharmacie.

Celui-ci n'a pas répondu à cette interrogation, dans la mesure où il ne s'est pas reconnu compétent pour apprécier si une telle pratique pouvait être exonérée au regard de l'article 10-2 précité, dans la mesure où une telle appréciation relève de ses attributions contentieuses, et non de ses attributions consultatives fondées sur l'article 5 de l'ordonnance de 1986, sur le fondement duquel il a été saisi.

Ainsi, après avoir étudié les pratiques concertées anticoncurrentielles pouvant être mises en œuvre par les pharmaciens d'officine, il nous appartient maintenant d'envisager les pratiques interdites par le droit pharmaceutique ayant une incidence sur la concurrence entre ces derniers.

Section 2 - Les ententes illicites au sens du droit pharmaceutique :

En tant que membre d'une profession libérale et réglementée, le pharmacien se doit de respecter les règles de déontologie qui énoncent des principes fondamentaux en matière de recherche de clientèle, notamment les dispositions de l'article R. 5015-22 du Code de déontologie qui lui interdisent toute sollicitation de clientèle par des moyens ou procédés contraires à la dignité de la profession¹⁰⁸.

Il lui est aussi interdit de porter atteinte au principe du libre choix du pharmacien, en organisant une entente avec d'autres professionnels de santé, qui par leur fonction, peuvent orienter des patients vers une officine déterminée. En effet, le pharmacien est en pratique, étroitement lié avec ces professionnels, compte tenu de leurs activités complémentaires.

L'exemple le plus classique est la relation médecin - pharmacien, puisque le médecin prescrit les médicaments qui vont être délivrés par le pharmacien.

Or, le risque de voir se créer des accords entre prescripteurs seuls ou en groupe et pharmaciens, donnant lieu aux versements de commissions sur les montants de vente des médicaments prescrits, a été dénoncé depuis fort longtemps¹⁰⁹. Ces pratiques sont qualifiées de « compéragé », notion particulière au droit médico-pharmaceutique, et constituent des infractions pénales sévèrement sanctionnées.

Le droit pharmaceutique est également venu prohiber une autre forme d'entente proche du compéragé, constituée entre le pharmacien d'officine et un simple particulier. Cette entente souvent qualifiée de « colportage » est répréhensible dès lors qu'elle a pour objet la sollicitation et la collecte de commandes par une tierce personne au profit d'un pharmacien en contrepartie d'une rémunération.

Le législateur se montre particulièrement sévère à l'encontre de ces pratiques qui présentent un danger pour la santé publique puisqu'elles sont réalisées au détriment du patient.

Elles présentent en outre un danger pour la concurrence puisqu'elles ont pour objet d'écartier du marché les autres officines. Elles constituent donc de véritables pratiques anticoncurrentielles, puisqu'elles s'effectuent également au détriment des autres officines¹¹⁰. En effet, celles-ci ont notamment pour objet d'orienter une clientèle donnée, et par conséquent de la détourner des autres pharmacies en concurrence directe.

Le Code de la santé publique donne compétence au juge répressif, ainsi qu'au juge ordinal pour sanctionner de telles pratiques.

¹⁰⁸ Cf. *supra* 1^{ère} Partie.

¹⁰⁹ Cf. *rapport au Président de la République en date du 17 juin 1937, Bulletin du Ministre de la Santé publique, 1938-1, p. 218.*

¹¹⁰ Cf. *décisions du CNOP, 2 octobre 1997, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1998, n° 358, p. 33-35.*

Soulignons que le Conseil de la concurrence a rappelé, dans une décision en date du 7 avril 1992, qu'il n'était pas compétent pour contrôler la bonne application des dispositions du Code de la santé publique¹¹¹. Cette autorité administrative ne dispose que d'un pouvoir d'instruction, de décision et de sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 7 et suivants de l'ordonnance de 1986.

Le Code de la santé publique distingue deux types d'ententes pouvant être mises en œuvre par les pharmaciens : le compéragé (§1) caractérisant une entente avec les professions médicales, et d'autre part, et le colportage (§2), caractérisant une entente avec n'importe quel intervenant.

§ 1- Le compéragé :

Le compéragé constitue une atteinte à la règle du libre choix du pharmacien par la clientèle, qui selon l'article R. 5015-21 du Code de déontologie est interdite.

Le Professeur AZEMA précise que le compéragé, *"au sens du droit pharmaceutique, peut être défini comme un accord entre médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme d'une part et un pharmacien de l'autre, tendant à réserver au premier, directement ou indirectement, une part des bénéfices réalisés par le second sur la vente de produits prescrits"*¹¹².

La pratique du compéragé est donc directement visée par le Code de la santé publique, d'une part en tant qu'infraction pénale (1), et d'autre part en tant que faute disciplinaire (2).

1) Le compéragé en tant qu'infraction pénale :

En amont de la double incrimination prévue par le Code de la santé publique, et des difficultés d'interprétation relatives aux sanctions applicables, il convient de déterminer les éléments constitutifs de cette infraction.

Nécessaires à l'engagement de la responsabilité pénale de toute personne, ces éléments cumulatifs sont de trois ordres :

- un élément légal, à savoir un texte législatif incriminant et sanctionnant un comportement donné¹¹³ ;
- un élément matériel, à savoir la manifestation extérieure de la volonté délictueuse sous la forme de gestes ou attitudes décrites par la loi¹¹⁴ ;

¹¹¹ Il s'agissait notamment des articles L. 5125-25 et R. 5015-22 du Code de la santé publique, cf. Cons. conc., déc. n° 92-D-27, 7 avril 1992, B.O.C.C.R.F. 30 avril ; Bulletin de l'ordre des pharmaciens, 1992, n° 338, p. 204-205.

¹¹² Cf. J. AZEMA, *Le droit pénal de la pharmacie*, Litec, 1990, n° 399.

¹¹³ Cf. article 111-3 du Code pénal posant le principe de la légalité des délits et des peines, selon l'adage « nullum crimen, nulla poena sine lege ».

- un élément moral, à savoir une volonté de violer la loi pénale¹¹⁵.

Ainsi, malgré l'existence d'une double incrimination du compéragé prévue par les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique (1.1), et des différentes sanctions applicables selon l'incrimination choisie (1.4), nous pouvons constater des similitudes dans les définitions données par ces deux articles tant au niveau des parties à l'entente (1.2) que de l'objet même de cette entente (1.3).

1.1 Existence d'une double incrimination :

L'incrimination doit être entendue comme la définition de l'activité répréhensible qualifiée par le législateur d'infraction ou de la description d'une certaine conduite humaine interdite¹¹⁶.

Le compéragé est défini à deux reprises par le Code de la santé publique : dans la quatrième partie qui vise les professions médicales, puis dans la cinquième partie qui vise les pharmaciens.

Le compéragé est en effet incriminé par les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique.

L'article L. 5125-28 du Code de la santé publique dispose :

"Est interdite toute convention d'après laquelle un pharmacien assure à un médecin praticien, à un chirurgien dentiste ou à une sage femme un bénéfice d'une nature quelconque sur la vente des produits pharmaceutiques, médicamenteux ou cosmétiques que ceux-ci peuvent prescrire".

L'article L. 4113-8 dudit Code dispose quant à lui que :

"Sauf les cas mentionnés aux articles L. 4211-3 et L. 5125-2, est interdit le fait, pour les praticiens mentionnés au présent livre [à savoir les professions médicales], de recevoir, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, des intérêts ou ristournes proportionnels ou non au nombre des unités prescrites ou vendues, qu'il s'agisse de médicaments, d'appareils orthopédiques ou autres de quelque nature qu'ils soient".

"Sont interdites la formation et le fonctionnement de sociétés dont le but manifeste est la recherche des intérêts ou ristournes définis ci-dessus, et revenant aux individus eux-mêmes ou au groupe constitué à cet effet, ainsi que l'exercice pour le même objet de la profession de pharmacien et de celles de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage femme".

"Est également interdite la vente de médicaments réservée d'une manière exclusive, et sous quelque forme que ce soit, aux médecins bénéficiaires de l'autorisation prévue à l'article L. 4211-3¹¹⁷".

¹¹⁴ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1967, n° 352.

¹¹⁵ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 432.

¹¹⁶ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 122.

Ainsi, les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique visent le pharmacien en qualité de coauteur de l'infraction¹¹⁸. Le pharmacien ne saurait en effet être l'unique responsable du compéragé, dans la mesure où il s'agit bien d'une entente entre deux ou plusieurs personnes.

Le compéragé n'est constitué que lorsque la preuve de la responsabilité du médecin et du pharmacien est rapportée, puisqu'ils sont chacun coauteurs de l'infraction¹¹⁹.

Tant que la responsabilité pénale du médecin n'est pas reconnue, le pharmacien ne pourra être sanctionné. Inversement, lorsque la responsabilité du médecin est reconnue, celle du pharmacien ne l'est pas automatiquement, la preuve de cette dernière devant également être rapportée.

Le pharmacien ne saurait en effet être responsable du comportement du médecin, puisque selon le principe de la personnalité de la peine pénale, chacun n'est responsable que de son propre fait.

1.2 Les parties à l'entente :

Les articles L. 4113-8 et R. 5125-28 du Code de la santé publique visent tous deux l'entente d'un pharmacien avec un membre d'une profession médicale, à savoir la profession de médecin praticien, de chirurgien dentiste et de sage-femme.

Tout comme l'a souligné le Professeur AZEMA, il s'agit de professionnels habilités à prescrire¹²⁰.

Notons que l'article L. 4113-8 interdit également la formation de structures diverses destinées à recueillir ces intérêts ou ristournes pour les redistribuer.

Le principe de l'interprétation stricte du droit pénal conduit à laisser hors du champ d'application de la loi, les conventions conclues entre un pharmacien et un auxiliaire médical qui n'est pas expressément visé par le texte.

Ajoutons d'ailleurs que L. 5125-28 n'incrimine qu'une certaine forme de compéragé, par comparaison avec l'article R. 5015-27, qui propose une définition plus large de la notion de compéragé, s'agissant notamment des parties à l'entente¹²¹.

¹¹⁷ Ce dernier alinéa se révèle quelque peu désuet, puisqu'il assimile à un acte de compéragé la pratique consistant à réserver aux seuls médecins propharmaciens certains médicaments, profession qui est aujourd'hui peu exercée.

¹¹⁸ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 400.

¹¹⁹ Le compéragé peut ainsi être défini comme étant une infraction collective à unité de but Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 361.

¹²⁰ Cf. J. AZEMA, *Le droit pénal de la pharmacie*, op. cit., n° 399.

¹²¹ Cf. infra, « Le compéragé en tant qu'infraction disciplinaire ».

1.3 Objet de l'entente :

Il s'agit en l'espèce de déterminer l'élément matériel de l'infraction. Certaines ententes entre pharmaciens et membres d'une profession médicale peuvent apparaître comme étant tout à fait licites, et ne pas constituer un compéragé.

A ce titre, la chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'une convention de partage d'honoraires est licite lorsqu'elle est conclue entre un pharmacien et une clinique, en contrepartie des prestations en personnel et en matériel qu'elle fournit.¹²² Différents éléments permettent de déterminer si le pharmacien participe à une pratique dite de « *compéragé* ».

Le juge répressif devra rechercher l'existence d'une collusion ayant pour objet l'obtention d'une clientèle orientée au profit du pharmacien (1.3.1) qui, en contrepartie, reverse au prescripteur une partie du produit de la vente des médicaments prescrits (1.3.2).

Il s'agit donc d'une véritable collusion qui se traduit par une orientation de la clientèle du médecin vers le pharmacien¹²³. La tentation est donc importante pour le prescripteur de prescrire plus, et ce, pour percevoir plus de profit.

1.3.1 L'orientation de clientèle par une profession médicale :

L'orientation ou le détournement de clientèle constitue l'acte matériel accompli par le membre de la profession médicale susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Cette orientation sera constatée par le juge répressif à travers un certain nombre d'éléments.

Il pourra s'agir d'une part, d'attestations de patients ayant été orientés par un membre d'une profession médicale, d'autre part, de l'existence d'ordonnances manifestement abusives prescrivant un traitement long, coûteux, voire inutile, et enfin de l'existence d'intérêts ou ristournes versés par le pharmacien.

Ceci étant, la preuve de ces éléments est difficile à rapporter¹²⁴, ce qui explique notamment le peu de condamnations sur le fondement des articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique.

1.3.2 Le versement d'une rémunération par le pharmacien :

Une difficulté doit d'emblée être soulevée : le compéragé peut-il être constitué lorsque le prescripteur ne perçoit aucun profit de la collusion ? Ou cette collusion est-elle répréhensible en elle-même, en dehors de tout profit ou bénéfice ?

¹²² Cf. Cass. .civ. I^{ère}, 29 octobre 1975, Doc. Pharm., Juris. n° 1995 ; Bull. civ. I, n° 300.

¹²³ Notons qu'à cet égard, l'article L. 4113-5 du Code de la santé publique interdit toute convention ayant pour objet le partage d'honoraires provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions médicales, au profit de toute personne, et donc du pharmacien.

¹²⁴ Cette remarque découle de plusieurs décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, constatant l'absence d'éléments de preuve pouvant justifier l'existence d'un compéragé, cf infra.

L'article L. 5125-28 du Code de la santé publique exige que le pharmacien "assure (...) un bénéfice quelconque" alors que selon l'article L. 4113-8 dudit Code, le prescripteur est censé "recevoir sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, des intérêts ou ristournes proportionnels ou non au nombre d'unités prescrites ou vendues...".

Bien que ces deux articles emploient des notions relativement larges, il n'en demeure pas moins qu'ils envisagent l'existence d'un profit, c'est-à-dire un bénéfice quelconque ou un intérêt sous quelque forme que ce soit¹²⁵.

Le pharmacien ne pourra donc être sanctionné sur le fondement de ces articles que s'il a effectivement assuré un profit pour le médecin considéré. Ne commet donc pas d'infraction le pharmacien qui n'a pas versé de contrepartie.

Ainsi, pour engager la responsabilité pénale du pharmacien, il conviendra de démontrer l'existence d'un profit pour le médecin prescripteur ou autre membre d'une profession médicale, assuré par le pharmacien¹²⁶.

Nous pouvons cependant nous interroger sur le fait de savoir si l'apport de clientèle réalisé par le pharmacien au profit du médecin ne peut constituer un « bénéfice quelconque » au sens de l'article L.5125-28 précité.

1.4 Les sanctions encourues par le pharmacien d'officine :

Le Code de la santé publique opère une distinction traditionnelle au droit pénal, entre l'incrimination et la répression¹²⁷.

En effet, après avoir incriminé l'infraction aux articles L. 5125-28 et L. 4113-8, le Code prévoit une sanction aux articles L.5424-10 et L. 4163-4 dudit Code.

Or, les peines principales encourues ne sont pas identiques :

- l'article L. 5424-10 du Code de la santé publique inflige une peine d'amende de 3 750 euros pour toute violation de l'interdiction émise par l'article L. 5125-28¹²⁸,
- l'article L. 4163-4 prévoit une peine d'amende de 2 250 euros, portée en cas de récidive à six mois d'emprisonnement et 4 500 euros pour toute violation de l'interdiction émise par l'article L. 4113-8.

¹²⁵ Notons que le Professeur POPLAWSKI, assimile dans sa définition du compéragé, les notions de bénéfice et de ristourne. Celui-ci définit le compéragé comme étant "l'association réelle ou virtuelle des médecins ou autres praticiens, et des pharmaciens, en vue de la vente (...) de produits ou appareils, cette vente devant procurer de manière directe ou indirecte un bénéfice, sous forme de ristournes, aux praticiens prescrivant ledit produit ou appareil", R. POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, 1950, n° 731, p. 450.

¹²⁶ Voir à titre d'exemple un arrêt de la C.A. de Metz ayant condamné un médecin et un pharmacien du chef de compéragé (une amende de 10 000 francs avait été prononcée à l'encontre de ce dernier), cf. CA Metz, 16 juin 1999, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1999, n° 365, p. 585-587.

¹²⁷ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 400.

¹²⁸ Notons que le pharmacien peut également voir prononcer à son encontre une peine complémentaire prévue par l'article L. 5424-19, telle que la fermeture temporaire ou définitive de son officine. Le même article énonce les sanctions en cas de récidive.

Le législateur a ainsi curieusement considéré que la seconde pratique était moins répréhensible que la première, voire moins dangereuse pour la santé publique, alors même que dans ces deux situations, le pharmacien est principalement motivé par le lucre.

Une explication peut cependant être apportée, dans la mesure où les champs d'application des articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique peuvent être distingués.

En effet, une lecture littérale des articles permet de relever que l'article L. 4113-8 sanctionne le pharmacien pour avoir reçu des intérêts ou ristournes de professions médicales en contrepartie d'une orientation de clientèle vers ces derniers¹²⁹, alors que l'article L. 5125-28 sanctionne le fait pour un pharmacien de procurer des avantages tels que des intérêts ou ristournes, en contrepartie d'un détournement de clientèle.

Le législateur semble ainsi considérer que le fait de recevoir des intérêts ou ristournes est moins répréhensible que celui de bénéficier d'un détournement.

Malgré une rédaction quelque peu obscure de l'article L. 4113-8 du Code de la santé publique, une telle interprétation paraît contraire à l'esprit du texte. En effet, les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 doivent être interprétés comme visant le pharmacien en tant que coauteur, et exigent, pour la constitution de l'infraction, que des intérêts ou ristournes, ou encore un bénéfice, soient versés par ce dernier en contrepartie d'un détournement de clientèle.

Ainsi que l'a souligné le Professeur DUNEAU, l'article L. 4113-8 du Code de la santé publique interdit au praticien de santé d'être intéressé à la vente des médicaments ou autres produits ou appareils qu'il prescrit, ce qui concerne les pharmaciens qui sont les professionnels les plus à même de verser des intérêts ou ristournes¹³⁰. Dès lors, puisque les articles L. 4113-8 et R. 5125-28 du Code de la santé publique définissent l'objet du compéage de façon identique, le législateur aurait dû prévoir la même sanction pour l'ensemble des textes.

Le Code de déontologie est également intervenu pour sanctionner une telle pratique, mais de manière plus stricte, en laissant une marge d'appréciation plus importante en matière de poursuites disciplinaires.

2) Le compéage en tant qu'infraction déontologique :

Le compéage est défini par le Code de déontologie comme l'intelligence entre deux ou plusieurs personnes en vue d'avantages obtenus au détriment du patient.

¹²⁹ En effet, l'article L. 4113-8 dispose qu'est "interdit (...) l'exercice pour le même objet (c'est-à-dire "la recherche des intérêts ou ristournes définis à l'alinéa précédent", à savoir, ceux "proportionnels ou non au nombre d'unités prescrites ou vendues") de la profession de pharmacien". Or, les avantages perçus sur la vente de produits vendus par le pharmacien constituent la marge de ce dernier et non des "intérêts ou ristournes" au sens de l'article précité. Ceux-ci ne peuvent dès lors être perçus par le pharmacien que sur les produits prescrits, en contrepartie d'une orientation de clientèle, seul élément pouvant être apporté par lui au prescripteur.

¹³⁰ J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 23-05, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 8.

L'article R. 5015-27 du Code de déontologie stipule en effet que :

"Tout compéragé entre pharmaciens et médecins, membres des autres professions de santé ou toutes autres personnes est interdit.

On entend par compéragé l'intelligence entre deux ou plusieurs personnes en vue d'avantages obtenus au détriment du patient".

Cette définition vise ainsi, par le caractère flou des notions employées, telles que "intelligence", "personnes", et "au détriment", un certain nombre de pratiques qui vont au-delà de la définition pénale du compéragé retenue par les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique¹³¹.

Par ailleurs, notons que le Conseil de l'Ordre des pharmaciens sanctionne également le compéragé sur le fondement de l'article R. 5015-10 alinéa 1^{er}, et ce compte tenu des dangers d'une telle pratique pour la santé publique. En effet, cet article stipule que *"le pharmacien doit veiller à ne jamais favoriser, ni par ses conseils ni par ses actes, des pratiques contraires à la préservation de la santé publique"*¹³².

Ainsi, après avoir déterminé les éléments constitutifs du compéragé en tant que faute disciplinaire telle que définie par le Code de déontologie (2.1), il conviendra de déterminer quelles sont les parties pouvant adhérer à une telle entente (2.2).

2.1 Les éléments constitutifs du compéragé interdit par l'article R. 5015-27 :

Les éléments constitutifs du compéragé dit "déontologique" sont au nombre de trois. Le juge ordinal devra relever l'existence, d'une part d'une intelligence ou d'une collusion entre les parties à l'entente (2.1.1), d'autre part de l'obtention d'avantages (2.2.2), et enfin établir que le compéragé se réalise au détriment du patient (2.2.3).

2.2.1 Existence d'une collusion :

Le juge ordinal doit relever l'existence d'une intelligence, et donc d'une collusion entre les parties à « l'entente », et constater que cette intelligence doit avoir pour objet le détournement de clientèle en contrepartie d'avantages.

¹³¹ Notons que curieusement, le juge ordinal a, dans différentes décisions, sanctionné le pharmacien pour avoir participé à une pratique de compéragé, non pas sur le fondement de l'article R. 5015-35 ancien interdisant une telle pratique, mais sur le fondement des articles R. 5015-30 ancien (imposant un devoir de loyauté à tout pharmacien), et R. 5015-60 ancien (posant le principe du libre choix du pharmacien), cf. Conseil d'Etat 5 décembre 1986, req. n° 49734 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens n° 299, p. 200 à 202.

¹³² Décision du CNOP, sur le fondement des articles R. 5015-27 et R. 5015-10, de sanctionner un pharmacien pour avoir notamment bénéficié d'un détournement de clientèle par un médecin, et pour avoir complété les ordonnances litigieuses, seul ou sur appel téléphonique au médecin coauteur, cf. CNOP, 27 avril 1998, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1998, n° 360, p. 234.

Compte tenu des intérêts en présence et du rôle du pharmacien qui est de dispenser des produits de santé, ce dernier versera des avantages proportionnels à l'importance du détournement de clientèle dont il profite.

Pour constater l'entente, le juge devra rechercher tous les indices pouvant justifier l'existence d'un tel détournement, dont la preuve sera en pratique rapportée par les attestations de clients, voire par l'existence de prescriptions manifestement abusives.

Force est de constater qu'une telle preuve est difficile à constituer, ce qui explique peut être le peu d'affaires disciplinaires en la matière¹³³.

2.1.2 L'obtention d'avantages :

Le Code de déontologie semble exiger, tout comme les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique, des avantages pour les parties à l'entente. L'avantage pour le pharmacien va consister en un apport de clientèle, orienté par l'autre partie¹³⁴.

Pour le médecin ou toute autre personne partie au compéage, l'avantage va consister en la perception d'intérêts ou ristournes, voire un « bénéfice quelconque ». Cependant, contrairement à l'infraction pénale, l'existence d'une collusion habituelle semble pouvoir suffire à qualifier une pratique de compéage et entraîner ainsi des sanctions disciplinaires. Cette interprétation est confortée par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 22 mars 2000, ayant considéré que le caractère habituel d'une entente entre un médecin et un dentiste relève du compéage, sans qu'il soit besoin de rechercher si médecin en a tiré un bénéfice¹³⁵. Bien que cette jurisprudence concerne l'application de l'article 26 ancien du Code de déontologie médicale, elle semble devoir s'appliquer en l'espèce¹³⁶.

Notons par ailleurs que même si la collusion n'est pas habituelle, la circonstance que le pharmacien ait tiré profit de l'entente permet de qualifier le compéage¹³⁷.

¹³³ Cf. CNOP, 19 décembre 1996, relaxant une pharmacienne des poursuites exercées par la direction régionale des affaires sanitaires et sociales d'Aquitaine du chef de compéage, au motif qu'aucun élément objectif, précis et pertinent n'a été produit "à l'appui de ces accusations, qui sont déniées" par ladite pharmacienne, cf. Doc. Pharm., Juris. Prof. n° 3280, p. 26-32 ; voir également CNOP, aff. A-D 36 du 14 novembre 1947, CNOP, aff. A-D 185 du 2 avril 1952, CNOP, aff. A-D 913 du 5 mai 1988, CNOP, aff. A-D 1049 du 17 janvier 1989.

¹³⁴ Notons cependant la position du Conseil d'Etat qui a considéré que « le reproche adressé à un médecin selon lequel elle mettrait à profit le fait que son mari exerce la pharmacie dans la même localité pour attirer vers elle la clientèle, ne saurait justifier une sanction dès lors que les faits retenus ont pour auteur non le médecin elle-même, mais son mari et les employés de ce dernier, cf. Conseil d'Etat 25 novembre 1987, "Mme FRAPPIER de MONTBENOIT-GERVAIS", R.D.S.S., 1988, p. 235.

¹³⁵ Cette interprétation découle de la position adoptée par le Conseil d'Etat s'agissant d'un compéage entre un médecin et un chirurgien dentiste, statuant sur un pourvoi formé contre une décision du Conseil national de l'Ordre des médecins, fondée sur l'article 26 ancien du Code de déontologie médicale, interdisant une telle pratique, cf. Conseil d'Etat, 22 mars 2000, Droit administratif, éd. Jurisclasseur, mai 2000, p. 29.

¹³⁶ Les stipulations de l'article 26 ancien ont été reprises par l'article 23 du nouveau Code de déontologie institué par le Décret n° 95-1000 en date du 6 septembre 1995. Si celui-ci ne prévoit pas de définition du compéage, tel que l'alinéa deuxième de l'article R. 5015-27 précité le fait, il reprend le contenu de l'alinéa 1^{er}, à savoir "tout compéage entre médecins, médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit ».

¹³⁷ Cf. Conseil d'Etat, 17 décembre 1975, "SULTAN", rec. p. 648.

Ainsi, dès lors qu'il existe une collusion habituelle entre les parties au compéragé, l'existence d'un profit ne semble pas devoir être recherchée. Il s'agit d'une solution de bon sens, puisque l'existence d'une collusion habituelle laisse présumer l'existence d'un profit.

Ajoutons que la seule collusion déduite de la proximité de l'officine et du cabinet médical¹³⁸ ou des liens de parenté ne suffit pas à qualifier l'entente de compéragé¹³⁹.

2.1.3 *Des avantages obtenus au détriment du patient :*

Le fait que les avantages doivent être obtenus au détriment du patient suppose-t-il que l'entente à laquelle le pharmacien prend part, ait pour objet d'inciter le patient à une consommation abusive de médicaments ?

Une telle interprétation nous paraît excessive. En effet, si les termes "*au détriment du patient*" induisent l'existence d'un préjudice, celui-ci nous semble être constitué dès lors que la preuve d'une orientation ou d'un détournement de clientèle est rapportée, puisque dans une telle situation, le patient perd nécessairement la liberté de choisir son pharmacien. Rappelons que l'article R. 5015-21 du Code de déontologie reconnaît l'existence d'une telle liberté en faveur des patients.

Soulignons que dans deux récentes décisions, le Conseil national a fait du compéragé une véritable pratique anticoncurrentielle. En effet, celui-ci a considéré que constituait un compéragé la collusion traduite par une orientation de clientèle au détriment des autres pharmaciens¹⁴⁰.

Ajoutons que le pharmacien soupçonné d'avoir réalisé un compéragé peut avancer certains faits justificatifs.

Celui-ci peut en effet soutenir que cette collusion est justifiée par le fait que son officine est la seule à pouvoir dispenser les produits prescrits. Tel est le cas s'agissant des articles d'emploi très restreint, des produits non détenus par les grossistes répartiteurs ou encore des produits dont l'approvisionnement est soumis à certaines contraintes¹⁴¹.

Le compéragé apparaît ainsi comme une interdiction de procéder à des pratiques anticoncurrentielles, dans la mesure où celles-ci visent à exclure du marché un ou plusieurs concurrents.

¹³⁸ Cf. CROP Paris, 10 janvier 1990, *Doc. Pharm., Juris. Prof.* n° 2922, p. 19-20.

¹³⁹ Le Conseil d'Etat a en effet considéré que le fait qu'une pharmacienne ait installé une officine dans la localité où son mari exerce la profession de médecin ne contrevient pas aux dispositions légales, cf. Conseil d'Etat, 1^{er} février 1946, « Dame CHRISTELLE », *rec. p.* 33.

¹⁴⁰ Cf. décisions du CNOP, 2 octobre 1997, précitées.

¹⁴¹ Cette interprétation résulte d'une décision de l'Ordre des pharmaciens qui a considéré « qu'eu égard aux difficultés rencontrées par les pharmaciens à s'approvisionner en un article d'emploi restreint (2 à 4 unités prescrites par semaine), non détenu par les grossistes-répartiteurs, et qui a nécessité les diligences de madame X... pour s'en procurer auprès du fabricant, le service rendu par cette dernière au patient du médecin prescripteur ne saurait être regardé comme constitutif d'un compéragé, non plus qu'une atteinte au principe au libre choix du pharmacien par la clientèle. », CNOP, 18 janvier 1999, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1999, n° 363, p. 183.

2.2 Les parties à l'entente :

Contrairement aux articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique, l'article R. 5015-27 ne définit pas expressément les parties à l'entente. Selon l'article L. 5015-27 du Code de déontologie, le pharmacien d'officine effectue un compéragé dès lors qu'il s'entend avec une personne, quelle qu'elle soit. L'entente est donc constituée entre un pharmacien et toute personne pouvant lui procurer une clientèle.

Le pharmacien engage ainsi sa responsabilité disciplinaire même si le compéragé est réalisé avec une personne n'exerçant pas une profession médicale.

Cela étant, seul un petit nombre de personnes peut effectivement amener, de façon continue, des patients au pharmacien d'officine.

Il s'agit d'une part, de toute personne habilitée à prescrire, et visée par les articles L. 4113-8 et L. 5125-28 du Code de la santé publique, et d'autre part, de toute personne ou établissement en contact avec une clientèle potentielle du pharmacien.

Dans ce dernier cas de figure, bien qu'une telle pratique corresponde à l'infraction disciplinaire incriminée par l'article R. 5015-27 précité, celle-ci constitue également une sollicitation de commandes réalisée par un intermédiaire au profit du pharmacien.

Par conséquent, si le pharmacien peut être sanctionné disciplinairement pour s'être entendu avec des personnes autres que des membres d'une profession médicale en profitant d'un détournement de clientèle en contrepartie de rémunération, sur le fondement d'un compéragé déontologique, il convient de souligner qu'il engage également sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique qui interdit le recours à des intermédiaires.

Ainsi, seule la preuve de l'existence d'une collusion habituelle ou d'un profit pour l'autre partie à l'entente doit être rapportée pour que le pharmacien soit sanctionné sur le fondement de l'article R. 5015-27 du Code de déontologie.

La sanction disciplinaire d'un pharmacien auteur d'un compéragé peut en outre être fondée sur :

- l'article R. 5015-64, lui interdisant d'inciter ses patients à une consommation abusive de médicament ;
- l'article R. 5015-25, lui interdisant de tirer indûment profit de l'état de santé d'un patient ;
- l'article R. 5015-10, lui imposant de veiller à ne jamais favoriser, ni par ses conseils ni par ses actes, des pratiques contraires à la préservation de la santé publique ;
- l'article R. 5015-21, lui interdisant de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle ;
- l'article R. 5015-34, mettant notamment à sa charge un devoir de loyauté et de solidarité à l'égard de ses confrères.

Dès lors, le juge ordinal, dans des affaires où pourtant l'infraction de compéage est constituée, pourra ne pas fonder sa décision sur l'article R. 5015-27¹⁴².

§2 - Le recours aux intermédiaires :

Dans les années 1930, certaines pratiques commerciales avaient une fâcheuse tendance à se développer, à travers lesquelles des pharmaciens cherchaient à augmenter leurs ventes de médicaments, et ce, en ayant recours à des intermédiaires pour solliciter des commandes auprès du public. De telles pratiques s'effectuaient donc en dehors de toute préoccupation de l'intérêt des malades. Se créa ainsi une véritable profession de courtier et de colporteur indépendants, sollicitant la clientèle par des pratiques tapageuses, tels que des avertisseurs sonores et des haut-parleurs.¹⁴³

Ces intermédiaires ou colporteurs, dont l'essor était probablement lié à celui des spécialités pharmaceutiques, recevaient ainsi des commandes de médicaments, et conseillaient tel ou tel produit, cumulant ainsi l'exercice illégal de la pharmacie avec celui de la médecine¹⁴⁴.

Sous l'égide de la loi du 21 germinal an XI alors applicable¹⁴⁵, une certaine tolérance des tribunaux¹⁴⁶ s'était instaurée. Cependant, des abus suscitérent la réaction du législateur pour interdire ce véritable "racolage de commandes"¹⁴⁷, par le vote de la loi du 4 septembre 1936¹⁴⁸.

Etaient donc interdits la vente de médicaments en dehors de l'officine, la sollicitation de clientèle ou de dépôt de commandes à caractère commercial par l'intermédiaire de courtiers, mais était reconnue, par la même occasion, l'activité du courtier ayant pour mission de livrer et prendre les commandes et de les rapporter à l'officine sans qu'aucune sollicitation ne soit effectuée.

¹⁴² Voir à ce titre, les décisions du CNOP et du Conseil d'Etat sanctionnant une pharmacienne pour avoir bénéficié d'un détournement de clientèle effectué par son père médecin, et ce sur le fondement des articles R. 5015-30 ancien (interdisant au pharmacien de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle) et R. 5015-60 ancien (mettant notamment à la charge du pharmacien un devoir de loyauté et de solidarité à l'égard de ses confrères) du Code de déontologie, cf. CNOP 17 janvier 1983, et Conseil d'Etat, 5 décembre 1986, « Mlle Sol c/ CNOP », req. n° 49734 ; Doc. Pharm., Juris. Prof. n° 1016 et 1017.

¹⁴³ Cf. J.M AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 24-20, M. DUNEAU, « Conseils, usages commerciaux », 1987, p. 11.

¹⁴⁴ Cf. A. TABUTIAUX, C. BOURRON et S. HUICHARD, "Le portage à domicile des médicaments : reflet d'un besoin de services", *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1998, n° 358, p. 103-107.

¹⁴⁵ Notons que si la loi du 21 germinal an XI interdisait les distributions de drogues et de préparations médicamenteuses dans les lieux publics, elle autorisait la livraison à domicile, mais sans en préciser les modalités, ce que fit la jurisprudence, cf. *idem*.

¹⁴⁶ Cette tolérance des pratiques de colportage était essentiellement justifiée par des motifs de santé publique, à savoir que la population rurale était importante, et la répartition des officines inégales, cf. *ibid*.

¹⁴⁷ Expression utilisée par le M. RAYNALDY, rapporteur de la loi au Sénat, s'agissant de la loi du 4 septembre 1936, cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 24-20, M. DUNEAU, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁸ Cf. J.O 20 septembre. Cette loi fut en outre complétée par la circulaire interministérielle du 1^{er} octobre 1936.

La loi du 11 septembre 1941 vint compléter ces dispositions, en interdisant par son article 3, toute sollicitation de commandes directement réalisée par le pharmacien ou par l'intermédiaire de courtiers. Cette disposition est aujourd'hui reprise dans les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique.

Cet article dispose ainsi 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".

Au vu de l'article L.5125-25, nous pouvons déduire que le colportage, au sens du droit pharmaceutique, se définit comme la sollicitation de commandes réalisée en dehors de l'officine, soit par le pharmacien lui-même ou l'un de ses préposés, ou encore par un intermédiaire quelconque¹⁴⁹.

Notons cependant que les travaux préparatoires de la loi du 4 septembre 1936 avaient défini cette pratique. Monsieur RAYNALDY, rapporteur au Sénat du projet de loi, avait défini le colportage comme étant :

"La sollicitation et la livraison habituelle organisée dans un but lucratif, mercantile, provoquant la demande non dans l'intérêt du malade mais exclusivement dans celui du pharmacien, s'efforçant par tous les moyens de placer sa marchandise : c'est en un mot le racolage des commandes et la livraison des médicaments provenant de ces commandes délictueuses".

Au-delà des critiques résultant de la référence faite à la notion de livraison habituelle¹⁵⁰, il convient de retenir cette définition qui reprend les deux éléments prédominants de cette infraction, à savoir l'existence d'une sollicitation, et l'atteinte aux intérêts du malade et donc à la santé publique.

L'article L. 5125-25 précité émet une exception justifiant l'intervention d'un intermédiaire, exception dont les conditions de validité avaient déjà été instaurées par la loi du 11 septembre 1941.

Selon l'alinéa 3 de cet article : *" toute commande livrée en dehors de l'officine par toute autre personne"* est licite dans la mesure où elle n'est *"remise qu'en paquet scellé portant le nom et l'adresse du client"*. Les articles R. 5104-1 à R. 5104-3 dudit Code précisent les conditions de la livraison à domicile¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cette définition est à rapprocher de celle proposée par J. AZEMA, "Le colportage a pour finalité de susciter de la part du public des commandes par le biais d'un intermédiaire ou d'un préposé", cf. J-Cl. Pénal, Annexes, Pharmacie, fasc. 4, 1989, n° 65 à 71.

¹⁵⁰ Cf. infra.

¹⁵¹ Ces articles définissent d'une part, ce que l'on doit entendre par "paquet scellé", d'autre part, imposent au pharmacien de veiller aux bonnes conditions de transport des produits pharmaceutiques, et enfin imposent au transporteur d'effectuer directement le transport dans des conditions garantissant aux produits leur parfaite conservation.

Pour répondre aux besoins d'une clientèle de plus en plus âgée et isolée, la loi du 18 janvier 1994 est venue également ajouter un nouvel aliéna à l'article L. 5125-25, en fixant les conditions dans lesquelles le pharmacien peut dispenser, soit personnellement, soit par le biais de l'un de ses collaborateurs, des médicaments au domicile d'un patient.

Cette loi a ainsi permis au pharmacien, d'une part de recourir à des livreurs et donc à la tentation d'utiliser des intermédiaires, mais aussi, d'autre part de pouvoir concurrencer le développement de certaines "sociétés de services" s'occupant de la livraison de médicaments¹⁵² et autres produits ou objets soumis au monopole du pharmacien, lesquelles tendent aujourd'hui à disparaître.

Le législateur a autorisé, sous conditions, le portage de médicaments à domicile afin d'éviter le développement de pratiques tel que le colportage.

Ne sera cependant étudié dans le présent paragraphe que le colportage réalisé par un intermédiaire, et non la sollicitation de commandes directement réalisée par le pharmacien, dans la mesure où d'une part, il s'agit à proprement parler d'une entente entre le pharmacien et une personne étrangère à l'officine ayant pour objet d'orienter ou de détourner la clientèle, et d'autre part puisque la sollicitation de commandes réalisée par le pharmacien ou l'un de ses préposés a d'ores et déjà été étudiée¹⁵³.

Cependant, notons qu'il paraît difficile de qualifier de « sollicitation de commandes » le fait pour le pharmacien de recevoir des commandes par un intermédiaire, puisque dans une telle hypothèse, le pharmacien ne sollicite pas lui-même les commandes. Il convient donc de distinguer le colportage de la sollicitation de commandes en tant que telle.

Ainsi, bien que la pratique du portage de médicaments au domicile des patients soit encadrée par l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique, le colportage n'en demeure pas moins une pratique répréhensible engageant la responsabilité déontologique (2) et pénale (1) du pharmacien, et ce, même si elle tend aujourd'hui à disparaître.

1) Une responsabilité pénale :

Le législateur a voulu sanctionner pénalement le pharmacien ayant participé à une telle pratique qu'il conviendrait de qualifier de "courtage", puisqu'il fait directement référence à l'intervention d'un courtier¹⁵⁴.

Celui-ci a en effet considéré qu'une telle entente était dangereuse pour la santé publique, dans la mesure où elle rompt tout rapport direct entre le pharmacien et son client, la délivrance des

¹⁵² Un contentieux important vient en outre de s'achever s'agissant d'une pratique de boycottage réalisée par le Conseil central section A de l'Ordre des pharmaciens à l'encontre des sociétés de portage de médicaments, cf. Cons. conc., déc. n° 97-D-18, 18 mars 1997, B.O.C.C.R.F. 29 avril 1997, et C.A. Paris 1^{ère} Ch., Sect. 10 février 1998, ref. 97/09995, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1998, n° 359, p. 186-188, et Cass. com. 16 mai 2000, précité.

¹⁵³ Cf. supra 1^{ère} Partie.

¹⁵⁴ A cet égard, notons que la notion de colportage tend à disparaître dans le langage du droit pénal pharmaceutique. En effet, certains auteurs n'y font plus référence, cf. G. VIALA et M.D. CAMPION, J-Cl. Pénal, Annexes, Pharmacie, fasc. n° 40, 1999.

produits de santé se faisant par un intermédiaire quelconque ne possédant aucune compétence pharmaceutique, et ne pouvant donc pas apporter les indications et conseils nécessaires au bon usage des médicaments.

Quels sont les éléments constitutifs de l'infraction décrite à l'alinéa deuxième de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique, autrement dit du "courtage ? »

L'élément légal de l'infraction est précisé par l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique (ou encore par l'article L. 5143-9 dudit Code s'agissant des médicaments vétérinaires) qui interdit d'une part, la sollicitation de commandes et, d'autre part le fait de recevoir des commandes par des intermédiaires.

S'agissant de l'élément intentionnel, il appartiendra au juge de déterminer l'intention délictueuse du pharmacien, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés.

Enfin, s'agissant de l'élément matériel, il nous semble que celui-ci revêt un double caractère lié d'une part à la notion même de « courtier » employée par l'article L. 5125-25 précité (1.1) et, d'autre part, à la sollicitation de commandes réalisée par ce dernier (1.2).

1.1 La conclusion d'un contrat de courtage :

L'article L. 5125-25 du Code de la santé publique interdit le recours au service d'un courtier, ce qui implique l'existence d'une collusion entre le pharmacien et un intermédiaire quelconque (1.1.1), mais aussi l'existence d'une contrepartie pour ce dernier (1.1.2).

1.1.1 Existence d'une collusion :

(1) Afin de déterminer si le pharmacien a, ou non, enfreint les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique, il convient de définir précisément l'activité de l'intermédiaire, qui constitue ou non une activité de courtier au sens de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique.

Le contrat de courtage, au sens du droit commercial, est le contrat par lequel une personne, le courtier, met en relation deux personnes qui désirent contracter¹⁵⁵. Il ne fait donc pas de doute que l'article L. 5125-25 exige qu'il y ait une collusion entre le pharmacien et l'intermédiaire.

(2) A cet égard, soulignons que selon l'article L. 5125-25, la collusion doit être habituelle, puisque cet article interdit aux pharmaciens de "*recevoir des commandes (...) par l'entremise habituelle de courtiers ...*". Dès lors, une entente ponctuelle entre un pharmacien et un intermédiaire ne peut donc être sanctionnée sur le fondement de l'article précité. La seule sollicitation ou la seule remise de commandes ne prouve donc pas l'existence d'une collusion.

¹⁵⁵ Cf. *lexique des termes juridiques*, Dalloz, 8^{ème} édition.

Le délit de "courtage" constitue ainsi une infraction d'habitude, c'est-à-dire qu'elle n'est punissable que dans la mesure où l'opération matérielle, à savoir l'apport de commandes par le courtier au pharmacien, a été commise plusieurs fois¹⁵⁶.

A ce titre, il convient une nouvelle fois de distinguer le colportage de la sollicitation de commandes directement réalisée par le pharmacien, dans la mesure où cette dernière est répréhensible même lorsqu'elle n'est pas « habituelle ». En effet, la loi du 11 septembre 1941 a, contrairement à la loi du 4 septembre 1936, considéré qu'il suffisait de « solliciter » sans qu'il soit besoin de « solliciter habituellement »¹⁵⁷.

1.1.2 Nécessité d'une contrepartie :

Au vu des dispositions de l'article L. 5125-25 précité, il semble qu'un profit doit être perçu par le courtier. En effet, la notion de courtier suppose que cet intermédiaire perçoive une rémunération en contrepartie des commandes apportées dans la mesure où le courtage constitue un contrat commercial.

Cependant, la notion même de courtier telle qu'employée par l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 5125-25 précité ne recouvre pas les entreprises de portage de médicaments à domicile, dont les services peuvent être sollicités par le pharmacien. En effet, rappelons que l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique permet à toute personne de livrer des médicaments en dehors de l'officine à condition que ces derniers soient sous paquet scellé.

La Cour d'appel de Paris et le Conseil de la concurrence ont à cet égard considéré que le rôle des entreprises de portage de médicaments était de " proposer à leur client un suivi de messagerie, sans avoir le rôle d'un intermédiaire mettant en relation deux parties en vu de la conclusion d'un contrat, et qui sont rémunérées sur la base d'un tarif forfaitaire auquel s'ajoute une somme proportionnelle à la distance parcourue". Ces entreprises ne sauraient être considérées comme des courtiers au sens de l'article L. 589 ancien¹⁵⁸.

Notons que cette définition correspond à celle qui aurait pu être faite dans le cadre de l'intervention de la Poste qui, après avoir signé une convention avec l'Association de pharmacie rurale, fut chargée pendant l'été 1994 de la livraison à domicile de médicaments.

Cette convention fixait les conditions de l'intervention du service postal (à savoir la nécessité d'une enveloppe spéciale affranchie au tarif lettre, et le versement d'une somme forfaitaire par le pharmacien)¹⁵⁹.

Par conséquent, dès lors que la rémunération n'est plus forfaitaire, voire non proportionnelle à la distance parcourue, l'intermédiaire deviendrait un courtier au sens de l'article L. 5125-25 précité. Cela suppose que ladite rémunération soit par exemple proportionnelle aux commandes apportées.

¹⁵⁶ Sur la définition de l'infraction d'habitude, cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 361.

¹⁵⁷ Cf. J.M. AUBY et F. COUSTOU, *Traité de droit pharmaceutique*, Litec, fasc. n° 24-20, op. cit., p. 12.

¹⁵⁸ Cf. Cons conc., déc. 97-D-18, 18 mars 1997, B.O.C.C.R.F. n° 8 du 29 avril 1997, et C.A. Paris 1^{ère} Ch., Sect. 10 février 1998, ref. 97/09995, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1998, n° 359, p. 186-188.

¹⁵⁹ Cf. « La profession divisée », *Le moniteur des pharmacies*, 1994, n° 2087, p. 5.

Cependant, les termes du contrat de courtage ne seront à l'évidence jamais écrits, et il appartiendra donc au juge d'apprécier l'éventuel caractère excessif de la rémunération. Ce dernier pourra être amené à refuser la qualification de colportage s'agissant d'une pratique au cours de laquelle aucune contrepartie n'a été perçue par l'intermédiaire.

Cette interprétation a été reprise par un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine qui, constatant l'absence de contrepartie au profit de l'intermédiaire, avait considéré que le colportage n'était pas constitué. En l'espèce, le Tribunal avait considéré qu'une employée d'usine, qui n'était pas au service du pharmacien, et qui se contentait de regrouper les commandes auprès des ouvriers de l'usine au profit d'un même pharmacien pour leur éviter une perte de temps, n'est pas un courtier.

Malgré l'apport de clientèle réalisé, les juges ont considéré que le colportage n'était pas constitué dans la mesure où le courtier n'était pas au « *service du pharmacien* ». Il aurait donc fallu que l'intermédiaire soit au service du pharmacien, ce qui suppose donc qu'une contrepartie, voire une rémunération, lui soit attribuée¹⁶⁰.

La position sus décrite est également partagée par le Conseil de la concurrence. Saisi d'une plainte d'un pharmacien contre une entente entre pharmaciens d'une localité ayant organisé un tour de livraison d'une maison de retraite, le Conseil qui ne s'est pas reconnu compétent pour contrôler la bonne application des dispositions du Code de la santé publique en la matière (article L. 589 ancien), a néanmoins considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte au libre choix du pharmacien, soulignant que l'organisation du tour de livraison fonctionnait "*grâce au soutien bénévole et permanent du personnel de l'établissement*"¹⁶¹.

Ajoutons que la preuve du caractère excessif de la rémunération, voire de son existence, paraît dans bien des cas difficile à rapporter, ce qui justifie le petit nombre de condamnations sur ce fondement.

1.2 Une sollicitation de commandes :

(1) Au-delà de l'exigence d'une collusion entre le pharmacien et l'intermédiaire, l'infraction de colportage suppose bien entendu qu'il y ait une sollicitation de commandes par ce dernier, entraînant une orientation ou un détournement de clientèle.

L'article L. 5125-25 exige en effet une collusion entre l'intermédiaire et le pharmacien, dont l'objet est la sollicitation de commandes par le courtier au profit du pharmacien. L'intermédiaire n'est donc pas un mandataire du patient, chargé contre rémunération de chercher les médicaments à l'officine en son nom et pour son compte.

¹⁶⁰ Cf. T. Corr. Seine, 30 avril 1953, D. 1953, p. 567.

¹⁶¹ Cf. Cons. conc., déc. 92-D-27, 7 avril 1992, « Relative à la saisine présentée par M. REBERGA, pharmacien à Maganet », B.O.C.C.R.F. 30 avril, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1992, n° 338, p. 204-205. Notons que le Conseil de la concurrence a retenu comme autre argument que la maison de retraite avait pris l'initiative de solliciter ce tour de livraison, et que les pensionnaires concernés (c'est-à-dire ceux ayant renoncé à leur liberté de choix de leur pharmacien) pouvaient à tout moment s'adresser à d'autres pharmacies, et que donc l'intérêt du patient semblait être préservé.

Dès lors, l'élément matériel de l'infraction va consister, non pas en la sollicitation de commandes par le pharmacien, mais en celle réalisée par l'intermédiaire. Il peut cependant arriver que le pharmacien participe à la sollicitation de commandes en informant sa clientèle de l'existence d'un dépôt de commandes par le biais d'insertions publicitaires ou de tracts¹⁶². La sollicitation de commandes ne peut se déduire, ni de la livraison habituelle de commandes dans la mesure où une telle pratique peut être licite, ni de la remise habituelle de commandes par l'intermédiaire au pharmacien¹⁶³.

En effet, dans cette dernière hypothèse, la remise de commandes au pharmacien constitue un élément nécessaire mais non suffisant pour justifier l'application de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique¹⁶⁴. En l'absence de sollicitation expresse, la remise habituelle de commandes est licite.

La circulaire du 1^{er} octobre 1936 précisait d'ailleurs que les livreurs « *attachés à un pharmacien et chargés de passer dans les bourgs et hameaux pour prendre les commandes ont une activité licite s'ils se bornent à prendre les commandes qui leur sont remises sans solliciter la clientèle* »¹⁶⁵.

Notons également la position de l'administration en la matière, dont l'avis avait été sollicité s'agissant de la collecte de médicaments effectuée par une personne chargée de les regrouper en faveur de personnes âgées. Sa réponse fut que « *rien ne s'oppose à ce qu'une personne se charge sur le plan local de regrouper un certain nombre de commandes de médicaments et que le pharmacien sollicité livre ses médicaments directement au client sous paquet scellé* »¹⁶⁶.

Cette position doit être rapprochée de celle ayant été émise dix ans plus tôt, qui avait limité le regroupement des commandes, aux villages dépourvus de pharmacies¹⁶⁷.

Il paraît évident que le regroupement de commandes n'est plus justifié dès lors qu'il existe un nombre suffisant d'officines pour répondre aux besoins du public.

¹⁶² Cf. CROP de Chalons-sur-Marne sanctionnant un pharmacien par un blâme avec inscription au dossier, pour avoir informé la population de l'agglomération dans laquelle son officine est située, de l'existence d'un dépôt de médicaments, cf. CROP de Chalons-sur-Marne, 24 mai 1978, Doc. Pharm., Juris. Prof., n° 2281, p. 35-36.

¹⁶³ Voir cependant, le jugement du T. Corr. de la Seine, 30 avril 1953, précité.

¹⁶⁴ Notons que s'agissant des pharmacies mutualistes, la remise habituelle de commandes et notamment la pratique des dépôts de commandes, en l'absence de toute sollicitation, est licite. Ce point a été rappelé par la C.A. d'Aix à propos d'une affaire concernant une pharmacie mutualiste de Nice à qui il était reproché d'avoir sollicité des commandes à la suite de l'ouverture à Cannes d'un local où les adhérents des sociétés mutualistes de la région pouvaient déposer leurs commandes de médicaments. La Cour a confirmé la décision de relaxe des premiers juges, cf. C.A. Aix 31 janvier 1961, Doc. Pharm., n° 1193 ; voir également, le jugement du Tribunal administratif de Rouen prononçant l'annulation d'un arrêté ministériel interdisant à une société mutualiste d'installer deux dépôts dans d'autres quartiers de la ville où elle était installée, cf. T.A. Rouen, 15 juin 1973, R.D.S.S., n° 39, 1974, p. 563, obs. A. LAVAGNE. Ces décisions doivent cependant être interprétées avec un certain recul dans la mesure où elles ne concernent que le fonctionnement des pharmacies mutualistes, ces dernières ayant, rappelons le, un régime juridique différent des pharmacies libérales.

¹⁶⁵ Cf. supra.

¹⁶⁶ Cf. Q.E. de Mme BARBERA du 23 novembre 1978 et de J.A. GAU du 23 février 1979 JO Ass. Nat. Débats 31 mars 1979, p. 2095 et 2102 ; Le moniteur des pharmacies n° 1367, p. 1312 ; R.D.S.S., juillet – septembre 1979, p. 359-360, obs. J. MAUBY.

¹⁶⁷ Cf. Q.E. de Mme BARBERA, JO Ass. Nat., Débats, 31 mars 1969, p. 2095.

Il appartiendra donc au juge du fond de déterminer, au vu des faits de l'espèce et des éléments en sa possession, l'éventuelle existence d'une sollicitation de commandes. Ce dernier devra prendre soin de vérifier si le patient a ou non conservé le libre choix de son pharmacien¹⁶⁸.

(2) Par ailleurs, notons que la livraison des produits de santé commandés peut être indifféremment effectuée par le pharmacien ou l'intermédiaire.

- Le fait que le pharmacien livre personnellement les commandes, voire que les clients viennent eux-mêmes chercher leurs commandes, n'ôte pas à l'entente son caractère illicite¹⁶⁹. En effet, l'article L. 5424-7 du Code de la santé publique sanctionne le pharmacien pour avoir uniquement reçu des commandes par l'entremise habituelle d'un courtier.

Rappelons cependant que le pharmacien qui ne respecterait pas les dispositions de l'article L. 5125-25 précité s'agissant des conditions de dispensation à domicile¹⁷⁰ ou de la dispensation de produits de santé dont les commandes lui seraient parvenues par l'entremise habituelle de courtier, engage également sa responsabilité pénale¹⁷¹.

- Dans l'hypothèse où le courtier livre lui-même les médicaments, celui-ci engage sa responsabilité pénale sur le fondement des articles :

- L. 5125-26 du Code de la santé publique qui vient compléter les dispositions de l'article L. 5125-25 précité, en prévoyant l'hypothèse selon laquelle l'intermédiaire va directement se charger de la vente des produits commandés.

En effet, l'article L. 5125-26 interdit *"la vente au public de tous médicaments, produits ou 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 de personnes non titulaires de l'un des diplômes, certificats ou autres titres mentionnés à l'article L. 4221-1"*.

Notons que dans une telle situation, le pharmacien en question engage sa responsabilité pénale en tant que complice de l'infraction commise par le courtier réalisant les ventes pour celui-ci. Les peines prévues pour la violation de ces deux articles sont identiques, à savoir une amende de 3 750 euros¹⁷².

- L. 4223-1 du Code de la santé publique incriminant et sanctionnant l'exercice illégal de la pharmacie.

¹⁶⁸ Cf. *QE de M P. LANGENIEUX - VILLARD du 1^{er} novembre 1993 : JO Ass. Nat. Débats 27 juin 1994.*

¹⁶⁹ *Le Conseil national de l'Ordre a considéré que violait l'article L. 589 ancien du Code de la santé publique, le pharmacien qui, « se propose pour fournir en médicaments et en produits de parapharmacie les employés d'une société, la commande lui parvenant par l'intermédiaire d'un commissionnaire et assurant la livraison lui même, en accordant des remises sur des produits autres que les produits de parapharmacie » ; CNOP, aff. n°A-D 607, du 23 octobre 1979.*

¹⁷⁰ Cf. *supra*.

¹⁷¹ *A titre d'exemple, voir T. Corr. d'Orléans, 9 juillet 1998, n° 1474/94/98 ; Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1999, n° 362, p.136.*

¹⁷² Cf. articles L. 5424-7 et L. 5424-8 du Code de la santé publique.

En effet cet article dispose que « *le fait de se livrer à des opérations réservées aux pharmaciens, sans réunir les conditions exigées pour l'exercice de la pharmacie, est puni de 2 250 euros d'amende, et en cas de récidive, de six mois d'emprisonnement et de 4 500 euros francs d'amende* ».

Cela étant, bien que la responsabilité pénale constitue un élément de dissuasion à l'égard du pharmacien, les sanctions généralement prononcées à l'égard d'un pharmacien responsable d'un colportage sont d'ordre disciplinaire.

Le Ministre de la Santé a, lors d'une réponse à un parlementaire, considéré qu'il appartenait « *au Conseil de l'Ordre des pharmaciens d'apprécier à la lumière des circonstances de faits de chaque espèce si un groupement de commandes par une tierce personne ou une livraison à domicile de médicaments présente ou non un caractère répréhensible* »¹⁷³.

2) Une responsabilité disciplinaire :

Contrairement au compéage, le colportage n'est plus défini en tant que tel par le nouveau Code de déontologie. Rien n'empêche cependant le juge ordinal de sanctionner une telle pratique.

En effet, en dehors de l'article L. 5125-25 du Code de la santé publique¹⁷⁴ (ou encore de celui de l'article L. 5143-9¹⁷⁵), le juge ordinal pourra également se fonder sur différents articles du Code de déontologie pour prononcer une éventuelle sanction à l'encontre du pharmacien :

- l'article R. 5015-3, lui interdisant d'adopter un comportement contraire à la probité et à la dignité de la profession ;
- l'article R. 5015-10 alinéa 1^{er}, lui imposant l'obligation de " *veiller à ne jamais favoriser, ni par ses conseils ni par ses actes, des pratiques contraires à la préservation de la santé publique*" ;
- l'article R. 5015-21, lui interdisant d'une part, de porter atteinte au libre choix du pharmacien par la clientèle¹⁷⁶, et d'autre part, tout acte de concurrence déloyale ;
- l'article R. 5015-22, lui interdisant de solliciter la clientèle par des procédés ou moyens contraires à la dignité de la profession¹⁷⁷ ;

¹⁷³ Cf. *QE de M. OURGAU du 23 février 1979, JO Ass. Nat. Débats 31 mars 1979, p2101, voir également R.D.S.S., 1979 précité ; Le moniteur des pharmacies, 1979, n° 1367, p. 1312, précité.*

¹⁷⁴ Cf. *voir par exemple, CROP de Chalons- sur- Marne, 24 mai 1978, Doc. Pharm., Jur. Prof. n° 2281, précité.*

¹⁷⁵ Cf. *CROP d'Amiens, 6 mars 1978, Doc. Pharm., Juris. Prof. n° 2281, p. 14-16.*

¹⁷⁶ *A titre d'exemple, cf. CNOP, 29 juin 1992, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens n° 339, p. 37 ; condamnant un pharmacien pour avoir profité du "regroupement et collectes d'ordonnances à des résidents d'un foyer logement de personnes âgées, par un blâme avec inscription au dossier; voir également une décision du Conseil national sanctionnant un pharmacien à 15 jours d'interdiction d'exercer, pour avoir reçu par l'entremise d'une directrice de maison de retraite les ordonnances par elle collectées auprès de ses pensionnaires, et d'avoir consenti à une remise de 20 % sur les articles de parapharmacie et de s'être livré à la distribution de cadeaux de sociabilité à l'occasion des fêtes de fins d'années, cf. CNOP, 24 novembre 1994, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 1995, n° 347, p. 144.*

¹⁷⁷ *Une pharmacienne s'est ainsi vu infliger la peine du blâme avec inscription au dossier le 22 mars 1976 par le Conseil national de l'Ordre, pour avoir collecté des ordonnances chez un commerçant et livré chez celui-ci les*

- l'article R. 5015-25, lui interdisant de tirer indûment profit de l'état de santé d'un patient ;
- l'article R. 5015-26, lui interdisant de consentir des facilités à quiconque se livre à l'exercice illégal de la pharmacie¹⁷⁸ ;
- l'article R. 5015-27, lui interdisant de réaliser un compéragé¹⁷⁹, puisque tel que nous l'avons vu, cet article interdit toute intelligence entre un pharmacien et tout autre personne membre d'une profession médicale ou non ;
- l'article R. 5015-34, lui imposant différents devoirs de confraternité, et notamment un devoir de loyauté et de solidarité vis-à-vis de ses confrères ;
- l'article R. 5015-64, lui interdisant d'inciter ses patients à une consommation abusive de médicaments.

Notons que l'essentiel des décisions du juge ordinal est prononcé sur le fondement de l'article R. 5015-21 du Code de déontologie, c'est-à-dire sur le principe du libre choix du pharmacien par son patient. L'atteinte à cette liberté entraîne inévitablement une atteinte à la concurrence entre pharmaciens.

Les situations les plus rencontrées sont celles qui mettent en cause des établissements de soins ou des maisons de retraite ou de repos, pour lesquels le pharmacien va livrer des médicaments¹⁸⁰ :

- soit il existe un contrat de fourniture entre l'établissement en question et le pharmacien, auquel cas le contrat a été transmis à l'Ordre en application des dispositions de l'article R. 5015-59 du Code de déontologie¹⁸¹. En effet, dans la mesure où le principe du libre choix du pharmacien n'est plus respecté, une obligation particulière d'information pèse sur le pharmacien.
- soit aucun contrat de fourniture n'existe. Dans cette hypothèse, les patients conservent leur libre choix du pharmacien, celui-ci étant cependant en pratique quelque peu restreint.

médicaments destinés à la clientèle. Sa requête a en outre été rejetée par le Conseil d'Etat, cf. Conseil d'Etat, 27 juin 1980, « Mlle MULLER », Doc. Pharm., CE, n° 838.

¹⁷⁸ A titre d'exemple, cf. CNOP, aff. n° A-D 510 du 16 octobre 1972.

¹⁷⁹ A cet égard, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens avait considéré, dans une décision en date du 7 novembre 1995, que violait l'article R. 5015-35 ancien, interdisant le compéragé, le pharmacien qui "concourt à l'éviction d'un confrère pour la fourniture d'une maison de repos, et ce avec l'aide des dirigeants de ladite maison de repos ...", cf. CNOP, aff. n° A-D 1588 du 7 novembre 1995

¹⁸⁰ Sur la fourniture aux maisons de retraite, cf. supra. 2^{ème} Partie.

¹⁸¹ En effet, cet article exige que "les pharmaciens doivent tenir informé le Conseil de l'Ordre dont ils relèvent des contrats ou accords de fournitures ou de prestations de services qu'ils ont conclu avec les établissements tant publics que privés ainsi qu'avec les établissements de santé ou de protection sociale. Il en est de même pour les conventions de délégation de paiement conclues avec les organismes de sécurité sociale, les mutuelles et les assurances".

Dans de telles situations, l'acte de colportage ou de compéage est rapidement réalisé¹⁸².

Les fondements dont le juge disciplinaire dispose pour sanctionner le recours à un intermédiaire pour solliciter des clients auprès du public sont donc multiples.

L'Ordre paraît ainsi être en la matière un véritable organe régulateur des pratiques illicites portant atteinte au libre choix du pharmacien, et par voie de conséquence, à la libre concurrence entre pharmaciens.

¹⁸² A titre d'exemple, s'agissant d'une maison de repos tenue par une collectivité religieuse cf. CNOP, aff. n° A-D 489, du 5 avril 1975 ; s'agissant d'un foyer de logement de retraités cf. CNOP, aff. n° A-D 1292, du 29 juin 1992.