

La propriété de l'officine de pharmacie

Parmi les différentes professions, la pharmacie d'officine occupe une position originale. Elle est à la fois commerciale et libérale. Elle est commerciale par nature puisque son activité consiste à acheter et revendre des marchandises, en l'occurrence des médicaments et d'autres produits de santé. Elle se veut aussi profession de santé à caractère libéral ; en tout cas, elle est reconnue comme telle par la loi qui l'a dotée d'un ordre professionnel et qui lui applique, notamment, la législation sur les sociétés d'exercice libéral. La directive du 7 septembre 2005, relative aux qualifications professionnelles¹, définit les professions libérales comme suit : « *toute profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante* ».

Compte tenu de cette originalité, on la voit soumise à des règles de droit spécifiques, qui ne se retrouvent pas dans nombre de professions commerciales ou libérales, voire dans aucune des deux catégories, par exemple des règles spécifiques concernent la propriété des officines par les pharmaciens qui y exercent ou les sociétés constituées pour leur exploitation, ou encore les conditions d'implantation qui sont très restrictives comparées aux professions libérales et à la plupart des structures commerciales. Par ailleurs, la concurrence entre ces professionnels est très atténuée, les pharmaciens et leurs dirigeants acceptant mal cette idée. La méconnaissance des règles du droit de la concurrence, voire « l'allergie » que provoque chez certains d'entre eux ce mot perçu comme un gros mot, permet sans doute d'expliquer les difficultés de la profession avec certaines autorités en France et en Europe.

De son côté, la Commission européenne est chargée de veiller au respect des règles des traités qui régissent l'Union européenne, en particulier la libre circulation des personnes, des marchandises, des biens et des services², notamment en ce qui concerne les professionnels ; la Commission et la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) s'efforcent de contraindre les Etats membres à assurer sur leur territoire une égalité de traitement entre leurs nationaux et les ressortissants des autres Etats membres. Elles s'efforcent aussi de laisser libre cours à la concurrence, dans l'intérêt conjugué des acteurs économiques et des consommateurs (ou des patients).

C'est dans ce contexte que la législation pharmaceutique de plusieurs pays fait l'objet d'un examen attentif au niveau de la Commission et aussi au sein même des Etats membres concernés ; les procédures prévues par les institutions communautaires sont mises en œuvre pour faire évoluer cette législation. Les litiges entre particuliers contribuent, eux aussi, à faire préciser les règles, notamment lorsque des tribunaux saisissent la CJCE de questions préjudicielles.

¹ Article 43 de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOCE n° L 255 du 30/09/2005 p. 0022 – 0142.

² Traité de Rome instituant une Communauté économique européenne, 25 mars 1957, plusieurs fois modifié et complété, notamment à Maastricht le 7 février 1992 (Traité sur l'Union européenne).

Parmi les sujets relatifs à la pharmacie d'officine, la législation qui réserve sa propriété aux seuls pharmaciens titulaires, à quelques exceptions près, est aujourd'hui contestée à la fois par la Commission de Bruxelles, qui a pris des initiatives que nous évoquerons ci-dessous, et par certaines voix qui comptent en France : dans son rapport au président de la République, la commission Attali propose de « permettre à des tiers d'investir sans restriction dans le capital des officines aux côtés de pharmaciens, à la seule condition qu'un pharmacien tienne toujours la pharmacie »³.

La Commission de Bruxelles conteste ce que la profession considère comme l'un des piliers de l'exercice officinal : le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance des pharmacies. Elle met en cause la législation sur ce point de quatre pays, la France, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne⁴. Dans les différents pays d'Europe, on observe une certaine diversité dans la propriété des officines⁵ :

Propriété réservée aux pharmaciens :

Allemagne, Autriche, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Luxembourg, Portugal, Slovaquie, Slovénie.

Propriété non réservée aux pharmaciens :

Belgique, Estonie, Irlande, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, République tchèque.

Examinons les règles relatives à la propriété des officines de pharmacie en France (I) avant d'étudier les griefs formulés contre ces règles (II).

I - Le principe de l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine

Origine du principe

L'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine signifie que le pharmacien qui gère l'officine de pharmacie est en même temps propriétaire du fonds ; c'est un principe traditionnel de notre législation française.

Dans les corporations sous l'Ancien Régime, les apothicaires étaient propriétaires de leurs boutiques, si tant est qu'un tel vocabulaire puisse être adapté à cette époque où la notion de fonds de commerce était encore inconnue ; certains statuts précisait qu'ils ne pouvaient les louer à un compagnon. Les statuts des apothicaires de Bordeaux décidaient qu'« *aucun maître apothicaire ne pourra tenir qu'une boutique* ». La règle était généralement qu'un apothicaire n'avait qu'une boutique dont il était propriétaire, comme le montrent ces textes et d'autres statuts dans cette France où le droit n'était pas unifié, mais où l'on observait une grande similitude entre les règles édictées par le roi pour « Paris et les faubourgs », et celles édictées par les réglementations d'origine corporative, municipale et seigneuriale⁶.

³ Proposition de décision 212 du rapport de la commission visant à la libération de la croissance française, remis le 23 janvier 2008 au président de la République.

⁴ Commission européenne, Marché intérieur: procédures d'infraction concernant l'Italie, l'Autriche et l'Espagne dans le domaine des pharmacies, IP/06/858 Bruxelles, le 28 juin 2006. Contre la France : Lettre de mise en demeure envoyée en date du 21 mai 2007 .

⁵ Source : GPUE. Cette classification des Etats en deux groupes aussi distincts est à nuancer pour tenir compte d'exceptions à la règle dans certains des pays ci-dessus.

⁶ A ce sujet, on lira avec profit le chapitre « Histoire abrégée » du Traité de Droit pharmaceutique de Robert POPLAWSKI qui demeure une référence (Librairies techniques, 1950).

La Déclaration du Roi du 25 avril 1777 portant règlement pour les professions de la pharmacie et de l'épicerie de Paris, indique, dans son article 1^{er}, que « *les maîtres apothicaires de Paris, et ceux qui, sous le titre de privilégiés, exerçaient la pharmacie dans la dite ville et faubourgs, seront et demeureront réunis, pour ne former à l'avenir qu'une seule et même corporation sous la dénomination de collège de pharmacie* » et, dans son article 2, prescrit qu'ils « *ne pourront se qualifier de maîtres en pharmacie, et avoir laboratoire et officine à Paris, que tant **qu'ils posséderont et exerceront personnellement** leurs charges ; toute location ou cession de privilège étant et demeurant interdite à l'avenir, sous quelque prétexte et à quelque titre que ce soit* ».

La loi du 21 germinal an XI, peu explicite sur ce sujet, disposait dans son article 25 que « *nul ne pourra obtenir de patente pour exercer la profession de pharmacien, **ouvrir une officine de pharmacie**, préparer, vendre et débiter aucun médicament s'il n'a été reçu suivant les formes...* ». Le doyen POPLAWSKI note que si les parquets et les tribunaux inférieurs admirent assez tôt le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance d'une officine, certaines cours d'appel, dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, n'ont pas cru devoir tirer de ces dispositions combinées (Déclaration de 1777 et Loi de germinal) cette conséquence qu'un pharmacien devait être obligatoirement propriétaire de l'officine qu'il exploitait ⁷.

A partir de 1859, la Cour de cassation a pris fermement et définitivement position contre la doctrine de ces cours d'appel et décidé que les dispositions législatives précitées étaient « *manifestement inconciliables avec la faculté de faire gérer une pharmacie même par une personne qui serait apte la posséder* ». Depuis lors, la règle est que nul ne peut ouvrir une pharmacie s'il n'est en même temps propriétaire du fonds et muni du diplôme de pharmacien⁸. En 1860, la Cour d'appel de Paris affirmait « on ne peut attendre une responsabilité sérieuse et efficace que de la part de celui qui, pourvu d'un diplôme, propriétaire de la pharmacie et la gérant lui-même, peut répondre de ses actes tout à la fois et par sa personne et par sa fortune »⁹. En effet, jusque là, les assurances de responsabilité n'étaient pas répandues comme aujourd'hui. L'opinion dominante s'est généralisée pour considérer que « l'exercice de la pharmacie demande une grande prudence, et le sentiment de sa responsabilité doit toujours tenir en éveil l'attention du pharmacien ; or, ce sentiment n'aura jamais autant de force chez un gérant salarié, souvent insolvable, qui n'aura même pas pour stimulant le désir de conserver ou d'augmenter l'achalandage ... »¹⁰.

En dépit d'une jurisprudence bien établie, la règle de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine a été souvent violée et l'usage de prête-noms s'est répandu, au point que, selon POPLAWSKI, avant la loi de 1941, les cas d'officines n'appartenant pas réellement aux pharmaciens titulaires auraient été de 20 pour 100 des officines ouvertes ¹¹.

La loi du 11 septembre 1941, dans son article 23, alinéa 1^{er}, a énoncé de façon claire et non équivoque que « le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire » ; l'article 24, alinéa 2, a ajouté : « Est nulle et de nulle effet toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée ». Avec la codification, ces textes se sont retrouvés dans le code de la santé publique aux articles

⁷ OP.cit. n° 435 et s. p.284-285.

⁸ Cass.23 juin 1859, S. 1859,1, 531 ; Cass. 23 août 1860, D. 1860, 1, 419 ; Cass. 8 avril 1864, D.1864, 1, 395.

⁹ Paris, 12 mai 1860, cité par Briand et Chaudé, Manuel complet de médecine légale, t.II, p.659 et suiv.

¹⁰ Dubrac, Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique, 1893, p. 359 et 370.

¹¹ Op. cit. n° 439, p.286.

L.575 et L.576, devenus les articles L.5125-17 et L.5125-18 après la nouvelle codification issue de l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000. L'article 27 de la loi du 11 septembre 1941 a complété ce dispositif en énonçant que « le pharmacien titulaire d'une officine doit exercer personnellement sa profession ». Avec la codification, ce texte est devenu l'article L.579, puis L.5125-20, alinéa 1^{er} du code de la santé publique.

Ainsi, s'est trouvé solidement enraciné dans la jurisprudence, depuis près d'un siècle et demi, et dans la loi depuis 1941, le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance de l'officine, que nous préférons exprimer par indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine, par référence à l'exploitation d'un fonds de commerce.

Le principe de l'indivisibilité et ses exceptions.

L'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine est appliquée avec rigueur notamment à l'occasion des cessions ou des autres circonstances dans le changement de la propriété. Des aménagements et des interprétations souples, voire des dérogations, se sont tout de même avérés inévitables.

Le principe est appliqué, dans toute sa rigueur, à l'occasion des cessions d'officines, par vente ou donation ¹² avec un luxe de précautions pour que pas un instant la propriété et l'exploitation ne soient dissociées. Il l'est également par rapport au démembrement de la propriété en usufruit et nue propriété. Le doyen POPLAWSKI estimait que l'usufruit d'une officine par un pharmacien suffisait à garantir son indépendance professionnelle puisque le nu propriétaire n'a aucun droit à s'immiscer dans la gestion ¹³. Cependant, le Ministère de la santé et l'ordre des pharmaciens ont pris une position inverse, estimant que le terme propriété mentionné dans la loi doit s'entendre dans la plénitude de son sens. Le démembrement est bien entendu licite, à titre transitoire, dans le cas où il résulte du décès du pharmacien propriétaire.

Les aménagements.

Il était impossible de ne pas prévoir certains aménagements, en particulier dans les suites du décès du titulaire ou, tout simplement, dans sa vie conjugale.

La gérance après décès

Le décès du pharmacien propriétaire entraîne toujours une dissociation de la propriété et de l'exploitation. Tant les besoins de la population que la légitime protection du patrimoine des héritiers justifient la poursuite de l'exploitation sous la responsabilité d'un pharmacien gérant désigné à cet effet par le conjoint survivant et les héritiers. Depuis l'époque ancienne des corporations, on l'a vu, la législation pharmaceutique a toujours pris soin de la protection des veuves de pharmaciens. La gérance après décès, d'abord fixée à un an par l'article 28 de la loi du 11 septembre 1941, dure maintenant deux ans au maximum (article L.5125-21, ancien L.580 du code de la santé publique). Le délai à ne pas dépasser est de rigueur : il a été jugé qu'à son expiration, si la situation de l'officine n'est pas régularisée, la licence devient

¹² Mais pas par succession à cause de mort, celle-ci n'étant pas une stipulation prohibée par l'article L.5125-18.

¹³ Op. cit. n° 457, p.297.

caduque ¹⁴. La conséquence est d'une très grande rigueur ; on aurait pu se contenter de la fermeture de l'officine jusqu'à sa cession.

L'officine dans la communauté conjugale

La question s'est posée du respect de la propriété de l'officine par son titulaire dans le cas où celle-ci entre dans une communauté conjugale avec une personne non diplômée. Une opinion largement répandue a longtemps donné à croire que les pharmaciens mariés à une personne non diplômée devraient adopter un régime de séparation de biens. Cette croyance est erronée, même si un régime séparatiste est, en effet, recommandé pour d'autres raisons qui vont des statistiques en matière de divorce, au danger pour un(e) titulaire d'officine d'être la proie des créanciers de son conjoint exerçant une profession à risques financiers. Sans refaire l'historique de cette intéressante question ¹⁵, on retiendra que la jurisprudence a fait prédominer les principes du droit matrimonial sur les règles de la législation pharmaceutique. Sous l'empire de la loi de 1941, le tribunal civil de la Seine ¹⁶ a observé le raisonnement suivant : puisque la loi confère au conjoint survivant et aux héritiers du pharmacien décédé un droit à maintenir l'officine ouverte et à la faire gérer à leur profit pendant un certain temps, c'est que le législateur a voulu protéger des droits sur l'officine entrée en communauté. Lorsque le régime matrimonial est un régime communautaire, l'officine suit le sort des autres biens de la communauté lorsqu'elle est dans le cas d'en faire partie, nonobstant les dispositions de la législation pharmaceutique. Au demeurant, on peut encore observer que la communauté conjugale n'est pas une copropriété pure et simple, mais une masse affectée au ménage dans laquelle on ne pourra préciser la propriété d'un bien qu'à l'issue d'un partage, ce dernier ayant un effet déclaratif. Il s'agit là d'interprétations sollicitant au maximum les principes du droit civil en vue de concilier des règles opposées.

Les exceptions

On mentionnera d'abord une catégorie particulière de pharmacies, les pharmacies mutualistes et minières ; seront ensuite envisagées les sociétés constituées pour l'exploitation d'une officine, qui peuvent concerner n'importe quelle pharmacie.

1- Une exception notable : les pharmacies mutualistes et minières

Au XIX^{ème} siècle, furent créées des institutions patronales de prévoyance ; d'autres le furent à l'initiative des ouvriers, sous forme de mutuelles. Leur existence fut reconnue par une loi de 1850 et un décret-loi du 26 mars 1852. La première pharmacie mutualiste, sauf omission, fut ouverte à Marseille en 1865 à une époque où la jurisprudence sur la propriété de l'officine n'était pas encore ancienne, ni très solidement établie. D'autres suivirent. Par ailleurs, le régime de prévoyance des mineurs, de tradition ancienne, donna lieu à une loi du 29 juin 1894 qui a eu pour objet la création de caisses de secours et de retraite des ouvriers mineurs ; l'article 7 de cette loi précisait : « les statuts peuvent autoriser l'allocation de secours en argent et de soins médicaux et pharmaceutiques aux femmes et enfants des membres participants et à leurs ascendants » ; l'article 20 indiquait : « les sociétés régulièrement constituées, en conformité avec les articles qui précèdent, bénéficient des

¹⁴ T.A. Montpellier, 16 février 1961, D. 1962, 347, note Boré ; C.E. 18 mai 1962, Cons. Rég. Ordre des pharm. de l'Hérault, Rec. CE 335.

¹⁵ Voir R. POPLAWSKI, op.cit. n° 571 et suiv. p. 361 et suiv.

¹⁶ Trib. Civ. Seine, 1^{er} juin 1946, Gaz. Pal. 1946.2. 20.

dispositions des lois sur les sociétés de secours mutuels et sont soumises aux obligations de ces lois ».

La loi du 1^{er} avril 1898 officialisa la possibilité pour les sociétés de secours mutuels d'avoir une pharmacie pour le service de leurs adhérents. Les textes successifs allant jusqu'au code de la mutualité confirmèrent toujours cette possibilité pour les sociétés de secours mutuels, au nombre desquelles il faut ranger les sociétés de secours minières qui sont dotées de statuts particuliers et qui ont en charge de gérer le régime de sécurité sociale des mineurs. Les pharmacies mutualistes ou minières sont des œuvres des sociétés de secours mutuels ou, comme les désigne l'ordonnance du 19 octobre 1945, des sociétés mutualistes. En quelque sorte, les pharmacies des mines sont une variété de pharmacies mutualistes.

Du point de vue juridique, les pharmacies mutualistes se rattachent à l'ancienne tradition des pharmacies à usage intérieur telles qu'elles existaient jadis dans les communautés religieuses comme les couvents ou les hospices. La Déclaration du Roi de 1777, dans son article 8, décidait : « *Ne pourront les communautés séculières ou régulières, même les hôpitaux et religieux mendiants, avoir de pharmacie, si ce n'est pour leur usage particulier intérieur ; leur défendons de vendre et débiter aucunes drogues simples ou composées...* ». La loi de 1941, dans ses articles 25 et 26, a fixé pour les pharmacies mutualistes les mêmes dispositions que pour les pharmacies des hôpitaux. Dans son article 25, elle disposait : « Par dérogation au paragraphe 1^{er} de l'article 23 de la présente loi, les hôpitaux, hospices, asiles, cliniques, sanatoriums, préventoriums, maisons de santé, dispensaires, et en général tous les organismes où sont traités les malades (ainsi que les sociétés de secours mutuel et leurs unions) peuvent être propriétaires d'une pharmacie, à la condition de la faire gérer par un pharmacien, sous la surveillance et la responsabilité duquel se fait la distribution des médicaments ». L'article 26 précisait : « Les établissements de toute nature prévus à l'article précédent ne peuvent avoir de pharmacie que pour leur usage particulier intérieur ».

Essayons de suivre les avatars de ces textes insérés dans le code de la santé publique. L'article 25 est devenu L.577, plus tard scindé en deux, l'article L.577 ne concernant plus que les pharmacies des organismes « où sont traités les malades », qu'on appelait à l'époque des établissements de soins ; l'article L.577 bis concernant les pharmacies mutualistes a été placé après l'article L.577¹⁷. L'article 26 était devenu L.578. Très logiquement, la loi sur les hôpitaux du 31 décembre 1970 a modifié l'article L.578 comme suit : « Sauf cas de nécessité urgente, l'activité des pharmacies prévues à l'article L.577 est limitée à l'usage particulier intérieur de l'établissement hospitalier dont elles relèvent ». Jusque là, pharmacies des établissements des soins et pharmacies mutualistes étaient envisagées ensemble comme des officines à caractère dérogatoire en ce qu'elles n'étaient pas la propriété du pharmacien gérant, qu'elles étaient à usage particulier intérieur et que leur règles de création étaient spécifiques. La loi du 8 décembre 1992 a créé, dans le code de la santé publique, un chapitre spécifique consacré aux pharmacies à usage intérieur. Les pharmacies mutualistes n'y figurent pas ; l'article L.577 bis devient L.577. Les pharmacies des établissements de santé sont régies par ce nouveau chapitre (articles L.595-1 à L.595-11 dans la codification en 1992). L'ouverture et le transfert des pharmacies mutualistes sont maintenant prévus à l'article L.5125-19 issu de la nouvelle codification, tandis que les pharmacies à usage intérieur des établissements de santé et assimilés sont régies par les articles L.5126-1 à L.5126-14, faisant l'objet d'un chapitre spécifique « Pharmacies à usage intérieur ».

¹⁷ Ordonnance du 23 septembre 1967, modifiant les conditions de création et transfert des pharmacies mutualistes.

Pour le doyen AUBY ¹⁸, « l'usage particulier intérieur a ici en quelque sorte une signification matérielle : le débit de médicaments concerne seulement les personnes qui reçoivent des soins dans les établissements » ... « Le sens de l'expression est un peu différent pour les pharmacies mutualistes. Celles-ci ne peuvent avoir pour clientèle que les personnes affiliées à la société de secours mutuel ou leur famille... L'usage intérieur est alors une notion à caractère juridique qui s'applique aux personnes ayant un lien de droit avec l'organisme propriétaire de la pharmacie par l'effet de leur affiliation à la société mutualiste ».

Pour M. ROUGEVIN-BAVILLE, commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat lors d'une affaire dite de Libourne ¹⁹, « l'usage intérieur est une fiction juridique lorsque la clientèle à desservir n'est pas individualisée autrement que par le versement d'une cotisation à une mutuelle ; rien n'empêche le mutualiste de s'adresser à l'officine privée, et il est facile à tout un chacun, en acquittant la cotisation, de bénéficier des avantages fiscaux et des économies d'échelles résultant de la distribution de médicaments sous forme mutualiste. Les deux clientèles ne sont évidemment pas séparées par une cloison étanche ».

Il faut bien admettre le caractère artificiel de la notion d'usage intérieur appliqué aux pharmacies mutualistes. Pourtant, le Conseil d'Etat dans un arrêt calamiteux ²⁰ a décidé que les pharmacies mutualistes ne devaient pas être prises en compte avec les autres officines pour déterminer si une création d'officine privée était possible ou non selon la procédure dite à l'époque de la voie normale. Il a motivé sa décision par le fait que « les pharmacies mutualistes, qui ont une clientèle spécifique et ne sont pas ouvertes à l'ensemble de la population, n'ont pas à être prises en compte pour le calcul de la clause numérique applicable aux autorisations de création de pharmacie prévues selon la procédure normale ». On pourrait objecter qu'il existait à cette époque une procédure dérogatoire qui permettait l'octroi d'une licence « si les besoins de la population l'exigent » (ancien article L.571). Le Conseil d'Etat s'appuyait sur l'ordonnance n° 67-707 du 21 août 1967 qui, plaçant les pharmacies mutualistes « hors quorum », modifiait les conditions de leur création en les soustrayant de la procédure applicable à l'ensemble des officines. L'ordonnance de 1967 n'entendait pourtant modifier en aucune façon les conditions et les modalités de création de toutes les officines non mutualistes. C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat en faisant comme si, avec un chiffre d'affaires souvent conséquent, les pharmacies mutualistes n'existaient pas, et permettant d'un seul coup nombre de créations de pharmacies. Ce faisant, il a rendu impossible un éventuel processus de rachat, par des pharmaciens libéraux, des pharmacies minières dont les affiliés sont en diminution progressive, rendant leur viabilité problématique. A terme, il ne reste que deux éventualités pour régler le sort des pharmacies minières, soit leur transformation en pharmacies mutualistes, puisque celles-ci ont la même nature juridique, soit leur disparition pure et simple, en faisant gérer les affiliés par le régime général de sécurité sociale, avec maintien de leurs droits évidemment, et en prenant des mesures sociales pour les personnels. Le Conseil d'Etat aurait été mieux inspiré en restant fidèle à sa jurisprudence VERDEIL ²¹ lorsqu'il avait jugé que « à bon droit, ont été comprises les pharmacies mutualistes dans le nombre des pharmacies existantes pour apprécier si une licence pouvait être délivrée pour l'ouverture d'une officine ». Cette solution n'aurait pas dû être remise en cause après l'ordonnance de 1967 qui n'avait pas d'autre objet que de réglementer les modalités de création des pharmacies mutualistes.

¹⁸ Note sous C.E. 16 février 1954, S. 1954.3.57

¹⁹ C.E. 23 janvier 1976, conclusions publiées dans l'Evolution pharmaceutique, mars 1976, p.52-67.

²⁰ C.E. 3 février 1984, Conseil de l'ordre des pharmaciens de la région Rhône-Alpes, req. n° 24099, note R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle, Les Informations pharm. N° 275, mai 1984, 349-353.

²¹ C.E. 29 décembre 1943, Doc. pharm 19.

Les sociétés

Le fonds cesse formellement d'être la propriété d'une personne physique, en l'occurrence le pharmacien, lorsqu'une société, personne morale en est propriétaire. Les premières sociétés autorisées ont observé strictement l'esprit de la loi en exigeant que tous les associés soient pharmaciens et engagent leur diplôme dans l'officine. Depuis la loi sur les sociétés d'exercice libéral (SEL), le principe de l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation chancelle.

Une adaptation en forme d'exception : les premières sociétés d'officines.

La loi du 11 septembre 1941, dans son article 23, autorisait les pharmaciens à constituer entre eux une société en nom collectif en vue de l'exploitation d'une officine. Une loi du 8 juillet 1948 a complété cet article en autorisant également à cette fin entre pharmaciens la constitution d'une société à responsabilité limitée. Ces dispositions ont été insérées à l'article L.575 du code de la santé publique, devenu L.5125-17 dans le nouveau code. D'un point de vue purement formel, ces dispositions dérogent à l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation ; en effet, c'est la société, personne morale, qui est propriétaire du fonds de l'officine et non le ou les pharmaciens qui la gèrent. Dans l'esprit, le principe traditionnel est sauvegardé, puisque tous les associés doivent être pharmaciens ; leur diplôme étant enregistré, ceux-ci ne peuvent pas avoir d'autre activité pharmaceutique ; quant à la société, elle ne peut exploiter qu'une seule officine quel que soit le nombre des pharmaciens associés. Ces dispositions sont toujours en vigueur, mais d'autres formes de sociétés ont fait leur apparition dans le paysage pharmaceutique, qui sont susceptibles de modifier assez profondément la position des pharmaciens exerçant dans les officines au regard de la propriété de celles-ci.

Le principe de l'indivisibilité chancelle

La remise en cause de la propriété de l'officine par son titulaire la plus « voyante » résulte des SEL, sociétés où divers associés n'exercent pas nécessairement dans l'officine.

Les sociétés d'exercice libéral et les sociétés de participation financières.

Un changement important est intervenu avec la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral : avec cette loi, pour la première fois en pharmacie, des associés d'une société peuvent être des personnes qui n'exploitent pas personnellement l'officine et n'y travaillent pas. D'après l'article 5 de la loi, plus de 50 % du capital et des droits de vote doivent être détenus par des professionnels en exercice au sein de la société, c'est-à-dire des pharmaciens exerçant dans l'officine.

Le reste (moins de 50%) du capital et des droits de vote peut être détenu par :

- 1° - des pharmaciens titulaires d'autres officines
- des sociétés exploitant d'autres officines
- 2° - des anciens pharmaciens ayant exercé dans la S.E.L.
et ayant cessé toute activité professionnelle (pendant 10 ans au maximum)
- 3° - les ayants droit des pharmaciens ci-dessus,
(jusque 5 ans après le décès)
- 4° - une société constituée dans les conditions prévues
par l'article 220 quater A du code général des impôts

(rachat d'une entreprise par ses salariés).

La loi a permis que le décret d'application à une profession écarte l'application d'une possibilité prévue au 5° qui aurait admis dans le capital des personnes exerçant (...) l'une quelconque des professions libérales de santé. Cette possibilité est formellement exclue par le décret n° 92-909 du 28 août 1992 (article R.5090-6, devenu R.5125-19 du code de la santé publique²²) : « Est interdite la détention, directe ou indirecte, de parts ou d'actions représentant tout ou partie du capital social d'une S.E.L. exploitant une officine de pharmacie par une personne physique ou morale exerçant une profession libérale de santé autre que celle de pharmacien d'officine ».

Ce décret précise, en outre qu'une seule officine peut être exploitée par une S.E.L. (article R.5090-3 C.S.P. devenu R.5125-16) .

Le décret a prévu d'autres règles particulières à l'officine (article R.5125-18) :

- un pharmacien ne peut détenir des parts ou actions que dans deux S.E.L. autres que celle où il exerce ;

- une S.E.L. exploitant une officine ne peut détenir de parts ou actions que dans deux autres S.E.L. exploitant une officine de pharmacie.

Il est toujours entendu qu'un pharmacien titulaire d'officine associé ne peut exercer qu'au sein d'une seule société (article R.5125-17).

Jusque là, la loi réservait la majorité du capital et des droits de vote aux pharmaciens exerçant effectivement au sein de la société, leur garantissant encore une relative indépendance professionnelle. La loi du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF (mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier), apporte un certain nombre de modifications à la législation sur les S.E.L., notamment une dérogation à l'article 5 de la loi sur les S.E.L. : plus de 50 % du capital social (*et non des droits de vote*) peuvent aussi être détenus par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social (*c'est-à-dire la pharmacie d'officine*) ou par des sociétés de participations financières de professions libérales (article 5-1 de la loi).

En 2005, la loi « Dutreil 2 »²³, a prévu qu'un décret d'application propre à une profession pourrait exclure cette dérogation à l'article 5 si elle est de nature à porter atteinte à l'exercice de la profession concernée, au respect de l'indépendance de ses membres ou des règles déontologiques propres. Ce décret n'est pas paru.

La loi MURCEF a aussi prévu qu'il pourra être constitué entre personnes physiques ou morales exerçant une ou plusieurs professions libérales ou dont le titre est protégé *des sociétés de participations financières ayant pour objet exclusif la détention des parts ou d'actions de sociétés mentionnées au premier alinéa de l'article 1er ayant pour objet l'exercice d'une même profession* (article 31-1 de la loi sur les S.E.L. modifiée) ;

Ces S.P.F. pourront être constituées sous la forme de

- Sociétés à Responsabilité Limitée
- Sociétés par Actions Simplifiées
- Sociétés en Commandite par Actions

Dans ces S.P.F. plus de la moitié du capital et des droits de vote devront être détenues par des personnes exerçant la même profession que celle exercée par les sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions (les S.E.L. de pharmacie), *donc des pharmaciens*

²² Le décret n° 2004 du 29 juillet 2004 (J.O. du 8 août) a refondu la codification des parties IV et V des dispositions réglementaires du code de la santé publique.

²³ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

titulaires d'officine. Le complément pourra être détenu par des personnes mentionnées aux 2° et 3° de l'article 5 (de la loi sur les S.E.L.).

Toutefois, le décret (à paraître) concernant la profession pourra interdire la détention, directe ou indirecte, de parts ou d'actions représentant tout ou partie du capital social non détenu par les personnes visées à l'alinéa précédent, à des catégories de personnes physiques ou morales déterminées, lorsqu'il apparaîtrait que cette détention serait de nature à mettre en péril l'exercice de la ou des professions concernées dans le respect de l'indépendance de ses membres et de leurs règles déontologiques propres. (article 31-1, 3ème alinéa)

Dans ces S.P.F. les gérants, le président et les dirigeants de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux, ainsi que les 2/3 au moins du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, devront être choisis parmi les personnes mentionnées au troisième alinéa (personnes autorisées à détenir des parts ou actions dans les S.E.L. de pharmaciens d'officine). Les actions de Sociétés de prise de participation à forme anonyme, en commandite par actions ou par actions simplifiées, revêtiront obligatoirement la forme nominative. Les Sociétés de participations financières devront être inscrites au tableau de l'ordre professionnel concerné.

Si le législateur a bien pris quelques mesures évoquées ci-dessus pour assurer l'indépendance des professionnels en exercice, on voit bien que le lien entre la propriété et l'exploitation de l'officine devient distendu. Le titulaire de l'officine a tendance à se transformer en simple gérant. Au niveau du capital, un pharmacien titulaire d'une autre officine, peut détenir plus de la moitié du capital social d'une S.E.L. exploitant une officine, soit directement soit, si le décret d'application paraît, par l'intermédiaire d'une S.P.F. dans la fraction majoritaire du capital.

Les pharmaciens exerçant au sein de la S.E.L. doivent détenir plus de 50% des droits de vote dans la S.E.L. Mais, si le décret d'application de la loi MURCEF à la pharmacie paraît un jour, plus de 50% des droits de vote d'une S.P.F. devront être détenus par des pharmaciens et pourront l'être par des pharmaciens exerçant comme titulaires d'officines, *quelque part.*

La réalité est déjà qu'un pharmacien peut être propriétaire ou copropriétaire d'une grande partie du capital de plusieurs officines.

Rappelons, par ailleurs, que le nombre d'officines exploitées par une S.E.L., actuellement une seule, résulte d'un simple décret d'application, celui du 28 août 1992. Demain, cela pourrait changer...

La loi Dutreil 2 introduit encore une règle fixant un seuil de participation au capital en dessous duquel on ne peut pas descendre : 5% : l'article L.5125-17 c.s.p. est complété comme suit : « Tout pharmacien associé dans une société exploitant une officine et qui y exerce son activité doit détenir au moins 5% du capital social et des droits de vote qui y sont attachés. » « Dans une S.N.C. ou une S.A.R.L., ou une S.E.L.A.R.L., il peut, en outre, si les statuts le prévoient, se voir attribuer des parts d'industrie. Le délai de cinq ans mentionné au 3ème alinéa de l'article L.5125-7 ne fait pas obstacle à cette faculté. » « La qualité d'associé en industrie est prévue pour une durée maximale de cinq ans, éventuellement renouvelable une fois pour trois ans. »

Evoquons enfin les Sociétés d'exercice libéral en commandite par actions. Et regardons de près l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990.

1er alinéa :

Pour chaque profession, des décrets (...) pourront prévoir (...) pour toute personne physique ou morale la faculté de détenir un quart au plus du capital des sociétés constituées sous la forme de S.E.L.A.R.L. ou de S.E.L.A.F.A.

2ème alinéa

Les statuts d'une S.E.L.C.A. pourront prévoir que la quotité du capital social détenue par des personnes autres que celles visées à l'article 5 ci-dessus (donc des capitaux complètement extérieurs à la profession) pourra être supérieure au quart tout en demeurant inférieure à la moitié dudit capital.

Pour que le deuxième alinéa soit applicable, faut-il qu'un décret ait permis la mise en œuvre du premier alinéa ? Ou bien les deux alinéas sont-ils indépendants, le premier concernant les SELARL et les SELAFA, le second concernant les SELCA *sans qu'il soit besoin de décret d'application ? La réponse est dans les travaux parlementaires :*

« En ayant recours en effet à une société en commandite par actions, des professionnels pourront, sans qu'il soit besoin d'un décret en Conseil d'Etat, faire appel à des capitaux extérieurs à hauteur de 49 % »²⁴.

On voit à quel empilement on aboutit en fait de lois et de décrets parus ou non concernant la propriété des officines de pharmacien. Dans nombre de cas, on observe une réelle dissociation de la propriété de l'officine et de son exploitation. Néanmoins, dans le capital, il n'y a pas de non pharmaciens, hormis temporairement les héritiers d'un associé décédé à conditions qu'ils soient minoritaires.

Etat de la propriété des officines en 2007 :

Sur 22 561 officines avec 28 194 titulaires, on dénombre

12 208 en nom propre

1 955 en EURL

457 en SELARL-EURL

Soit 14 620 qui exercent seuls en tant que pharmaciens dans leur officine.

246 en copropriété

4 681 en SNC

632 en SARL

2 382 en SEL à plusieurs associés, dont

2 222 en SELARL

1 en SELAFA

153 en SELAS

6 en SELCA

Soit 7 941 officines exploitées par plusieurs pharmaciens.

²⁴ Extrait du Rapport de M. Philippe MARCHAND présenté au nom de la Commission (n° 1424 A.N. p.33 seconde session ordinaire de 1989-1990)

II - Les griefs concernant la législation sur la propriété des officines

La Commission européenne trouve injustifiées les dispositions contenues dans les législations des 4 Etats membres cités ci-dessus, organisant la réserve de propriété des pharmacies aux seuls pharmaciens et l'interdiction de cumul de propriété de plusieurs pharmacies .

La réserve de propriété des pharmacies aux seuls pharmaciens

Selon les législations des quatre Etats membres concernés, la détention des officines est réservée aux seuls pharmaciens ou aux seules personnes morales composées de pharmaciens. En France, l'article L.5125-17 du Code de la Santé Publique (CSP) énonce que le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire, tandis que l'article R.5125-19 interdit la détention, directe ou indirecte, de parts ou d'actions représentant tout ou partie du capital social d'une société d'exercice libéral (SEL) exploitant une officine de pharmacie par une personne physique ou morale exerçant une profession libérale de santé autre que celle de pharmacien d'officine. Les Etats membres justifient ces restrictions par des objectifs de protection de la santé publique consistant à réaliser le meilleur contrôle des personnes délivrant les médicaments aux patients.

Pour la Commission²⁵, l'interdiction pour des non-pharmaciens ou pour des personnes morales non composées de pharmaciens de détenir une pharmacie va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la santé publique. Pour elle, il serait suffisant d'exiger la présence d'un seul pharmacien pour la délivrance des médicaments aux patients et la gestion des stocks. Elle ajoute que les législations nationales reconnaissent implicitement qu'une telle condition de qualification professionnelle n'est pas absolument indispensable pour être propriétaire d'une pharmacie, puisqu'elles prévoient que des membres non-pharmaciens de la famille d'un pharmacien décédé, peuvent être propriétaires ou copropriétaires de sa pharmacie, pour une période allant jusqu'à dix ans²⁶.

Dans un avis motivé adressé à l'Autriche en juin 2007, la Commission critique aussi la limitation du choix de la forme juridique d'exploitation d'une officine (interdiction pour des sociétés de capitaux d'être propriétaires d'une pharmacie). Un tel grief, s'il était retenu au terme de la procédure, pourrait être opposé aussi à la France qui limite les formes d'exploitation possibles des officines.

La Commission critique une autre disposition énoncée par les législations nationales : l'interdiction, pour des entreprises ayant une activité de distribution de médicaments (ou liées à des sociétés ayant une telle activité), de prendre des participations dans des officines. Les Etats membres justifient cette interdiction par des objectifs de protection de la santé publique et notamment par la nécessité d'éviter les conflits d'intérêt. Selon la Commission, les éventuels risques de conflits d'intérêt peuvent être évités par des mesures autres que cette

²⁵ Lettre de mise en demeure envoyée à la France en date du 21 mai 2007.

²⁶ Pour être exact, il convient de préciser que l'article L.5125-21 du CSP français énonce qu'« après le décès d'un pharmacien, le délai pendant lequel son conjoint ou ses héritiers peuvent maintenir une officine ouverte en la faisant gérer par un pharmacien autorisé à cet effet par le représentant de l'Etat dans le département ne peut excéder deux ans ». Par ailleurs, en application de l'article 5 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, les pharmaciens en retraite, anciens associés d'une SEL, peuvent garder des parts ou actions pendant 10 ans et les héritiers d'un associé décédé peuvent les garder cinq ans, à condition de ne pas être majoritaires dans le capital.

interdiction pure et simple. Conséquence de la position ferme de la Commission : en Italie, la loi du 2 août 2006 a supprimé l'incompatibilité entre les activités de grossiste-répartiteur et de pharmacien d'officine ; la question du rachat massif de pharmacies par des grossistes dans ce pays comme au Royaume-Uni avec le duo Alliance-Boots se pose donc réellement ²⁷.

La Commission remet donc en question le principe de l'indivisibilité de la propriété et de la gérance des pharmacies ²⁸. Dans sa réponse ²⁹, la France fait valoir que les pharmaciens ne sont pas seulement commerçants, ce sont aussi et surtout des professionnels de santé libéraux ; leur indépendance est essentielle afin de garantir la qualité de leurs prestations. Le respect des principes d'indépendance, y compris économique, et de responsabilité est rappelé par le considérant 43 de la directive 2005/36/CE relative aux qualifications professionnelles précitée.

La profession estime que, les pharmaciens d'officine étant soumis à un code de déontologie et exerçant une profession réglementée ³⁰, il est indispensable de leur garantir cette indépendance.

La profession estime aussi que le principe de subsidiarité doit logiquement s'appliquer afin que la règle de proximité des services de santé puisse être décliné en fonction des caractéristiques démographiques, géographiques, économiques et culturelles de chaque Etat membre. Il faudrait, dans ce domaine, tracer clairement la limite entre la compétence des Etats membres et celle du droit communautaire, en s'inspirant, par exemple, du considérant 22 de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur :

« l' exclusion des soins de santé du champ d'application de la présente directive devrait couvrir les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'Etat membre dans lequel les services sont fournis » ³¹.

Ces explications seront-elles suffisantes devant la CJCE ?

Selon la jurisprudence de la Cour ³², les mesures nationales susceptibles de porter atteinte aux libertés garanties par le traité doivent remplir cumulativement quatre conditions :

-être **non discriminatoires**

-être justifiées par des **raisons impérieuses d'intérêt général**

²⁷ Le britannique Alliance Boots (20 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2006) compte 3 100 pharmacies en Europe ; l'allemand Celesio (21,6 milliards d'euros de chiffres d'affaires en 2006) compte 2 100 pharmacies sur le Vieux Continent ; un autre allemand, Phoenix Pharma, (20 milliards d'euros de chiffre d'affaires) compte 2000 pharmacies (Le Monde, 2 octobre 2007, p.12).

²⁸ Sur cette notion voir D.Vion , Le principe de l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine : chronique d'une mort annoncée, in Droit et Economie pharmaceutiques : évolutions et perspectives, (ouvrage collectif), p.331-345. Collection Hyg a,  ditions de santé 2005.

²⁹ En date du 30 juin 2007.

³⁰ Les articles L5125-20 et L5125-21 du CSP prévoient un certain nombre d'obligations pour le pharmacien. Le pharmacien titulaire d'une officine doit exercer personnellement sa profession. En toutes circonstances, les médicaments doivent être préparés par un pharmacien, ou sous la surveillance directe d'un pharmacien. Un arrêté du ministre chargé de la santé fixe, après avis du Conseil national de l'ordre des pharmaciens, le nombre des pharmaciens dont les titulaires d'officine doivent se faire assister en raison de l'importance de leur chiffre d'affaires. Une officine ne peut rester ouverte en l'absence de son titulaire que si celui-ci s'est fait régulièrement remplacer.

³¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOCE n  L 376 du 27/12/2006 p. 0036 – 0068.

³² Arrêt du 30 novembre 1995, GERHARD, C-55/94, point 37.

-être **appropriées pour atteindre cet objectif**

-être **proportionnées** (ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif). Or, si la commission admet que l'indépendance professionnelle puisse effectivement constituer un objectif d'intérêt général, il est envisageable qu'elle remette en cause que cet objectif puisse être atteint par des mesures restrictives de propriété ; celles-ci seraient en tout état de cause jugées excessives au regard de ce qui est nécessaire pour préserver cette indépendance. En d'autres termes, l'indépendance du professionnel pourrait être garantie aussi efficacement par d'autres mesures portant une atteinte inférieure à la liberté d'établissement, tout simplement parce que la question de la propriété doit être déconnectée de la question de l'indépendance.

Et c'est bien la question de la propriété qui est posée, dès lors que la commission fait référence à la jurisprudence sur les magasins d'optique grecs (aff C 140/03). En effet, la question de la propriété est une question d'ordre interne au magasin d'optique : la question de savoir qui est propriétaire du magasin, comment il est géré, financé, n'intéresse pas les patients. Ceux-ci sont en revanche concernés par la question d'ordre externe, du magasin vers les patients, qui va effectuer le service qui leur est rendu, quelle est sa qualification. Or, on ne porte pas une atteinte significative à la liberté d'établissement en réglementant cette relation externe de l'entreprise, et notamment par l'exigence qu'un titulaire diplômé soit en charge du magasin et de la réception du public. La commission affirme donc qu'il ne peut être procédé à la confusion de la question de la propriété de l'entreprise, avec la question des modalités de dispensation du service par celle-ci.

Les objectifs d'une politique de santé doivent être l'accessibilité et la qualité des soins, des services et des produits de santé, en assurant la sécurité et l'efficacité optimale possible. Il est à prévoir que la Cour de Luxembourg attendra de la France qu'elle justifie en quoi la propriété de l'officine par son titulaire est appropriée pour atteindre cet objectif. L'exercice professionnel en France est-il moins bon dans les pharmacies mutualistes ou minières ? Est-il meilleur que dans les pays où la propriété n'est pas réservée aux pharmaciens ? Les pharmaciens adjoints salariés sont-ils moins consciencieux que les propriétaires ? On voit la difficulté d'argumenter dans ce sens. En supposant que la propriété de l'officine par le pharmacien qui y exerce aille dans le « bon » sens pour les objectifs de santé publique, Cette exigence est-elle proportionnée ?

L'interdiction de cumul de propriété de plusieurs pharmacies

Les législations nationales des quatre Etats membres visés par la Commission interdisent à un même pharmacien de détenir ou de codétenir plus d'une pharmacie à la fois.

En France, le CSP comporte plusieurs dispositions relatives à ce point. Les pharmaciens sont autorisés à constituer individuellement ou entre eux une société à responsabilité limitée en vue de l'exploitation d'une officine, à la condition que cette société ne soit propriétaire que d'une seule officine, quel que soit le nombre de pharmaciens associés, et que la gérance de l'officine soit assurée par un ou plusieurs des pharmaciens associés. Un pharmacien ne peut être propriétaire ou copropriétaire que d'une seule officine³³.

Le principe a été quelque peu atténué par la loi sur les SEL³⁴ : une personne physique³⁵

³³ Article L5125-17 du CSP.

³⁴ Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 et décret n° 92-809 du 28 août 1992.

³⁵ Telle que mentionnée au 1° du deuxième alinéa de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990.

ne peut détenir des parts ou actions que dans deux SEL autres que celle où elle exerce. Une SEL exploitant une officine de pharmacie ne peut détenir de parts ou actions que dans deux autres SEL exploitant une officine de pharmacie³⁶.

Pour la Commission, cette interdiction empêche toute personne physique ou morale d'avoir plus d'un lieu d'établissement dans l'Union européenne, ce qui est contraire à la jurisprudence constante de la CJCE³⁷. Visant en particulier l'Autriche, elle estime également injustifiées les limitations relatives à la forme juridique de la société exploitant l'officine et notamment l'interdiction pour les sociétés de capitaux d'être titulaires d'officines. Selon elle, la qualité du service offert par une pharmacie devrait être assurée par des moyens de contrôle et l'instauration d'une responsabilité professionnelle plutôt que par le statut juridique de la société propriétaire de l'officine, conformément aux indications fournies par la CJCE dans son arrêt de 2005 sur des restrictions similaires relatives aux magasins d'optique en Grèce³⁸.

Le contexte européen : vers un libéralisme accru ?

A priori, il semblait que la législation concernant la propriété des officines et la façon de les gérer était de la seule compétence de chaque Etat membre de l'Union européenne, en vertu du principe de subsidiarité. Toutefois, il apparaît que l'harmonisation des formations et la reconnaissance mutuelle des diplômes entraîneront une application accrue de la libre circulation des professionnels en Europe. On ne voit pas pourquoi et comment la pharmacie française resterait à l'écart de ce mouvement général.

La Commission de Bruxelles a présenté une proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, et notamment les professions libérales³⁹. La Commission a présenté un Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, au nombre desquelles elle range la pharmacie⁴⁰. La Commission note que « les règles relatives à la structure des entreprises peuvent inhiber le développement de nouveaux services et de modèles d'entreprises en termes de coûts⁴¹. » De son côté, le Parlement européen a adopté une résolution sur l'organisation de marché et les règles de concurrence pour les professions libérales dans laquelle il conclut que des règles sont nécessaires, dans le contexte spécifique de chaque profession, notamment des règles portant sur l'organisation, les qualifications, l'éthique professionnelle, le contrôle (...), pourvu qu'elles veillent à ce que le consommateur final dispose des garanties nécessaires en matière d'intégrité et d'expérience, *et qu'elles ne constituent pas des restrictions de concurrence*⁴². Le rapport et la résolution précitées préconisent aussi la levée des interdictions de la publicité pour les professions libérales, ainsi qu'une plus grande concurrence sur les prix. La concurrence est le maître mot, aussi bien à la Commission qu'au Parlement européen. On observera qu'il s'agissait de l'ancienne Commission et de l'ancien Parlement ; mais la nouvelle Commission et le nouveau Parlement sont réputées plus libérales que les précédents ! Les règles de la loi française sur la pharmacie semblent à la Commission plus fortement restrictives de la liberté d'installation que ce qui est

³⁶ Article R5125-18 du CSP.

³⁷ Commission européenne, Marché intérieur: procédures d'infraction concernant l'Italie, l'Autriche et l'Espagne dans le domaine des pharmacies, IP/06/858 Bruxelles, le 28 juin 2006.

³⁸ CJCE, affaire C-140/03 portant sur des restrictions relatives aux magasins d'optique en Grèce.

³⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2004) 002 du 13.1.2004.

⁴⁰ Communication de la Commission, 9 février 2004, COM (2004) 83 final.

⁴¹ Ibid. point 22, p. 11.

⁴² Résolution du Parlement européen du 16.12.2003 sur l'organisation de marché et les règles de concurrence pour les professions libérales.

nécessaire du point de vue de la santé publique. Pour qu'elles soient maintenues, il faudra justifier leur nécessité pour l'intérêt de la santé publique.

Le moment est venu de se demander si sont toujours d'actualité les raisons qui, au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècles, avaient conduit au principe de l'indivisibilité de la propriété et de l'exploitation de l'officine : responsabilité du pharmacien propriétaire et garanties reposant sur sa fortune. Aujourd'hui la responsabilité est plus souvent recherchée sur le plan pénal, alors qu'au civil elle est obligatoirement couverte par une assurance. S'il n'y a pas de raison de postuler qu'un pharmacien gérant ou un pharmacien adjoint aient un exercice professionnel de moins bonne qualité qu'un pharmacien propriétaire, les instances de la profession estiment que l'indépendance professionnelle et un lien direct du titulaire avec sa clientèle justifient toujours que la propriété de l'officine, au moins majoritairement, appartienne à son ou ses titulaires. Mais, il faudra le démontrer face à l'opinion du public, aux gouvernants français et sans doute d'abord à la Cour de Luxembourg.