

Nos 315070, 315897, 315971
-M. Z... et autres
-Syndicat des pharmaciens
Indépendants de la Réunion

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 17 juin 2009
Lecture du 21 juillet 2009

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

Les prix des médicaments remboursables par l'assurance maladie sont en France particulièrement encadrés. Le prix de vente au public de ces médicaments est, dans l'architecture actuelle définie par l'art. L. 162-16-4 du code de la sécurité sociale, fixé par le Comité économique des produits de santé, par décision unilatérale ou par convention avec le fabricant du produit. Parallèlement, l'art. L. 162-38 du même code permet aux ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale et de l'économie de fixer les marges que ces produits permettent aux opérateurs économiques de dégager. Sur cette base, un arrêté du 4 août 1987 a défini le mode de calcul de la marge maximale pouvant être dégagée, pour chaque médicament, par deux catégories d'opérateurs économiques : les grossistes et les pharmaciens d'officines. Cette marge est plafonnée à un certain pourcentage du prix hors taxe facturé par le fabricant du produit. Ainsi pour les médicaments remboursables vendus en métropole, le prix de vente au public fixé par voie réglementaire est la somme mathématique du prix fabricant hors taxe, de la marge du grossiste, de celle du pharmacien et de la TVA, le mode de calcul de ces trois derniers éléments étant également défini par voie réglementaire.

La situation est un peu différente dans les départements d'outre-mer. Pour tenir compte des surcoûts que peut comporter l'approvisionnement de ces départements en médicaments, le législateur a depuis longtemps prévu la possibilité de majorer dans ces départements les prix et marges pratiqués en métropole. Les ordonnances sur les prix n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 avaient créé un tel mécanisme et sur cette base les ministres avaient délégué aux préfets le soin de fixer les majorations appropriées. L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence a abrogé ces ordonnances, ce qui n'a pas empêché les préfets concernés de continuer illégalement à définir les majorations. Par une décision du 6 octobre 1995, Mme A..., n° 118278, vous avez ainsi annulé pour incompétence un arrêté préfectoral de majoration postérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986. Un dispositif similaire a été recréé par la l'ordonnance n° 98-731 du 20 août 1998, qui a introduit au CSS un article L. 753-4 prévoyant que les éléments de prix qui viennent d'être rappelés – aussi bien le prix de vente au public que les marges - peuvent faire l'objet dans les département d'outre-mer de majorations définies désormais par arrêtés ministériels signés notamment par le ministre de l'outre-mer.

La pratique qui s'était instaurée à travers les arrêtés préfectoraux depuis 1990 consistait à appliquer dans chaque DOM d'une part un coefficient de majoration au prix public métropolitain, d'autre part un autre coefficient de majoration à la marge des grossistes, et à ne pas fixer par voie administrée dans les DOM la marge des pharmaciens d'officine. Il en résultait que la marge des pharmaciens d'officine était la variable d'ajustement en cas d'évolution des autres grandeurs ; si le prix fabricant augmentait, la marge du grossiste, calculé en pourcentage de ce prix, augmentait d'autant, et si dans le même temps le prix public restait stable, la marge du pharmacien devait diminuer ; en sens contraire, si le prix fabricant restait stable, la marge du grossiste aussi, et les variations à la hausse ou à la baisse du prix public se répercutaient à due concurrence sur la marge des pharmaciens. Ceci sans préjudice du jeu des remises accordées par les grossistes aux pharmaciens, également encadrées par ailleurs par les textes...

Il a fallu pas moins de dix ans pour que les ministres compétents mettent en œuvre la faculté de majoration prévue par l'art. L. 753-4 du CSS. Un arrêté du 7 février 2008 a ainsi, reprenant la logique des arrêtés préfectoraux antérieurs, édicté pour chacun des quatre DOM un coefficient de majoration du prix public TTC des médicaments – ces prix se voient majorés selon le département de 26,4 à 34 % ; par ailleurs, l'arrêté majore le taux de marge des grossistes selon un système dégressif : selon le prix fabricant du médicament, la marge peut atteindre 32,5 à 43,75%. La fixation selon des modalités différentes des majorations applicables aux PPTTC et à la marge des grossistes fait que les coefficients de marge des pharmaciens d'officine fixés par l'arrêté du 4 août 1987 sont de facto inapplicables dans les DOM et que cette marge est, comme auparavant, la variable d'ajustement en cas de variation des autres grandeurs.

Quelques semaines après l'édition de l'arrêté du 7 février 2008, un arrêté daté du 3 mars 2008 est venu modifier le mode de calcul de la marge des grossistes métropolitains défini par l'arrêté du 4 août 1987 modifié.

Ces deux arrêtés sont contestés par plusieurs requérants : d'une part, par le Syndicat des pharmaciens indépendants de la Réunion, d'autre part, par environ deux cents pharmaciens d'officine exerçant dans ce département.

Ces arrêtés ont fait l'objet d'une demande de suspension qui a été rejetée par le juge des référés du Conseil d'Etat pour défaut d'urgence.

Les requérants sont recevables à contester le premier arrêté, qui pour les raisons que nous avons indiqué fait de leur marge une variable d'ajustement.

Ils soulèvent tout d'abord des moyens de légalité externe tenant à l'absence de publication des éléments sur la base desquels les ministres se sont fondés pour définir les taux de majoration retenus. Le premier moyen soulevé sur ce terrain est tiré de la méconnaissance des termes de la directive n° 89-105 du 21 décembre 1988, dont l'article 5 dispose que « lorsqu'un Etat membre adopte un système de contrôle direct ou indirect des profits réalisés par les responsables de la mise sur le marché de médicaments », il doit rendre public les critères selon lesquels il encadre lesdits profits. Sans même vous prononcer sur la question de savoir si le défaut de publication des informations ainsi prévues est susceptible d'entacher la légalité de décisions fixant des taux de marge, vous constaterez que les dispositions de

l'article 5 ne s'appliquent qu'aux système de contrôle des profits des responsables de la mise sur le marché de médicaments, c'est-à-dire les fabricants et les importateurs ; le moyen est donc inopérant à l'égard d'un texte qui se borne à régir les prix de vente au public et les marges des grossistes. Vous avez déjà écarté ce moyen comme inopérant à l'égard d'arrêtés fixant le prix de vente de médicaments : 29 juillet 1994, SA des laboratoires Merck Sharp Dohme Chibret, n° 124088, aux tables sous une autre rubrique ; 29 mars 2000, Sté Bayer-Pharma, n° 200590, aux tables sous une autre rubrique.

Il est ensuite soutenu que l'art. L. 162-38 du CSS obligerait l'administration à viser dans une telle décision les études sur la base desquelles elle fixe les majorations qu'elle retient. Mais ce moyen est doublement infondé : d'une part, si l'art. L. 162-38 dispose que les marges sont fixées en tenant compte « de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés », il n'oblige ni à publier ni à viser ces éléments ; d'autre part, l'arrêté attaqué a été pris non pas sur la base de l'art. L. 162-38 mais sur celle de l'art. L. 753-4, qui retient d'autres critères en prévoyant que les majorations applicables aux DOM « prennent en compte les frais particuliers qui, dans chaque DOM, grèvent le coût de ces médicaments par rapport à leur coût en métropole ».

Au titre de la légalité interne, les requérants contestent les taux de majorations retenus par l'arrêté attaqué. Vous vous limiterez sur ce point à un contrôle restreint : c'est le degré de contrôle que vous avez retenu s'agissant de la fixation des taux de marge opérée en application de l'art. L. 162-38 (12 juin 1992, L... et autres, n° 103794, au Recueil), et la même logique doit s'appliquer aux majorations de ces marges dans les DOM, compte tenu de surcroît du pouvoir discrétionnaire donné par l'art. L. 753-4 aux ministres pour procéder ou non à de telles majorations.

Notons tout d'abord qu'en valeur absolue, les coefficients de majoration du prix public et des marges ne paraissent entachés d'aucune erreur manifeste d'appréciation au regard des surcoûts que génère l'approvisionnement des DOM en médicaments. Ces surcoûts (frais de transports et d'assurance, taxes locales et droits de douane, rémunération des transitaires et des entreposeurs...) ont été évalués dans un rapport établi par l'IGAS en juillet 2005 et auquel se réfère le ministre à environ 15% des coûts exposés pour les mêmes opérations en métropole. Dès lors, en choisissant des taux de majoration échelonnés entre 25 et 45%, le ministre n'a pas porté une appréciation manifestement inexacte - en tout cas pas dans le sens invoqué par les requérants.

Il est soutenu ensuite que le coefficient de majoration retenu pour les PPTTC serait insuffisant en ce qu'il ne compenserait pas la baisse des prix publics de métropole intervenue antérieurement. Il est constant qu'en 1990, la TVA sur les médicaments a diminué, passant de 5,5% à 2,10%. Ceci a entraîné mécaniquement une baisse des PPTTC, en métropole comme dans les DOM, et donc une baisse corrélative de la marge des pharmaciens d'officine compte tenu de son rôle « d'amortisseur » de l'évolution des autres variables. Pour les requérants, l'arrêté du 7 février 2008 aurait dû fixer un taux de majoration du PPTTC supérieur à celui retenu, pour compenser a posteriori la dégradation de la marge des pharmaciens issue de la baisse de TVA de 1990. Mais les ministres n'étaient nullement tenus d'opérer une telle compensation. Ils devaient seulement veiller à ce que le jeu des majorations compense les surcoûts spécifiques aux DOM. Or d'après les chiffres d'une étude à laquelle se réfère le

rapport déjà mentionné¹, le revenu moyen des pharmaciens dans les DOM en 2004 était de 25% supérieur à la moyenne nationale (153 000 euros contre 123 000 euros). Et dans son rapport de 2008 sur la sécurité sociale cité par le ministre, la Cour des comptes fait état d'écart de taux de marge entre les pharmacies de métropole et celles des DOM de 40 à 65% en faveur de ces dernières. La couverture des surcoûts était donc déjà assurée malgré la baisse de TVA de 1990 sans que la compensation demandée fût nécessaire.

Il est enfin soutenu que l'arrêté attaqué serait entaché de détournement de pouvoir, en ce que son but réel ne serait pas de tenir compte d'une modification des surcoûts liés à la vente de médicaments dans les DOM, mais de baisser le prix de ces derniers en vue d'améliorer le pouvoir d'achat des populations. Si l'on prend en compte les chiffres avancés par les requérants, il semble en effet que le taux de majoration du PPTTC était de près de 33% avant l'arrêté du 7 février 2008, or cet arrêté a fait passer ce taux à 26,4%, ce qui entraîne bien une baisse du prix des médicaments. Et un communiqué de presse daté du même jour que l'arrêté a fait état de ce que l'objet de ce texte était de faire baisser les prix des médicaments dans les DOM. Toutefois dès lors que les majorations retenues permettent toujours de couvrir les surcoûts spécifiques aux DOM, il n'apparaît pas que l'objectif collatéral de baisse des prix conduise à entacher l'arrêté attaqué de détournement de pouvoir. Vous avez déjà jugé que à propos de la fixation des taux de marge que l'objectif de limitation des dépenses d'assurance maladie – corollaire de la baisse des prix TTC, puisque ces derniers servent de base aux remboursements – n'était pas étranger à l'objectif poursuivi à travers l'art. L. 162-38 : 30 novembre 2005, APLUS, n° 270395, et ceci doit par capillarité valoir aussi pour les majorations des marges prévues par l'article L. 753-4.

Vous écarterez enfin le moyen tiré de ce que l'arrêté attaqué ne garantit pas le respect du principe d'égalité entre les pharmaciens métropolitains et ceux d'outre-mer car les arrêtés pris sur le fondement de l'art. L. 753-4 n'ont pas un tel objet, mais ils visent de façon plus souple à tenir compte des surcoûts liés à la vente de médicaments dans les DOM.

Aucun des moyens dirigés contre ce premier arrêté ne nous paraît donc fondé, et nous vous proposons d'examiner maintenant les moyens dirigés contre le second arrêté, qui a modifié le mode de calcul de la marge des grossistes métropolitains sur le fondement de l'art. L. 162-38. Cet arrêté se traduit par une dégradation des marges des grossistes : alors que le barème précédent comportait trois tranches, permettant respectivement une marge de 10,30% pour la partie du prix fabricant inférieure à 22,90 euros, 6% pour la partie comprise entre ce montant et 150 euros et 2% pour la partie supérieure à 150 euros, le nouveau barème abaisse à 9,93% le taux de marge de la première tranche et, surtout, supprime toute marge pour la partie du prix fabricant supérieure à 400 euros. Ce nouveau barème est la conséquence du constat fait par le ministère d'une augmentation régulière de la marge des grossistes, de l'ordre de 3% par an depuis 2004. Il est bien fondé sur « l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés », comme l'exige l'art. L. 162-38.

¹ DREES, Etudes et résultats n° 303, avril 2004, L'activité des officines pharmaceutiques et les revenus de leurs titulaires, S. Bernardet et M. Collet.

Vous écarterez pour les mêmes raisons que précédemment les moyens de légalité externe tirés de la méconnaissance de l'art. 5 de la directive du 21 décembre 1988 et de l'absence de visa d'éventuelles études préalables à la décision attaquée.

Sur le fond, vous écarterez le moyen tiré de ce que l'arrêté serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation. Les requérants soutiennent qu'en diminuant les marges des grossistes métropolitains, cet arrêté va entraîner une baisse des PPTTC métropolitains et que ceci va mécaniquement entraîner, selon le mécanisme déjà décrit, une baisse de la marge des pharmaciens domiens. C'est une possibilité, mais pas une certitude : le pouvoir réglementaire peut aussi bien décider de maintenir le prix de vente TTC, auquel cas la baisse de marge des grossistes se retrouvera dans une hausse du prix fabricant. Mais à supposer que le gouvernement baisse les PPTTC, il faudrait, pour que cela aboutisse à une illégalité, que la baisse corrélative de la marge des pharmaciens domiens amène cette marge au-dessous du seuil de couverture des surcoûts spécifiques aux DOM. Les requérants ne l'établissent pas, et compte tenu des chiffres déjà évoqués, il semble que l'on en est loin. Les ministres n'étaient donc pas tenus de compléter cet arrêté par des dispositions révisant à la baisse le taux de marge des grossistes domiens fixé par le premier arrêté.

Vous écarterez à nouveau le moyen tiré de l'existence d'un détournement de pouvoir, pour les raisons indiquées précédemment.

Les moyens dirigés contre ce second arrêté doivent être eux aussi écartés et par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.