

## CONSEIL DE LA CONCURRENCE

### Décision n° 2007-P/K-35 du 20 décembre 2007

#### *Affaire CONC-P/K-05/0026 : F.N.H. / Ordre des pharmaciens - GLEP 30*

#### I. Procédure

1. Le 19 mai 2005, Madame F.N.H. a déposé, au Conseil de la concurrence, une plainte à l'encontre du Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens et du Conseil de l'Ordre de la province de Liège pour infraction aux articles 2, § 1 et 3 de la loi coordonnée du 1<sup>er</sup> juillet 1999, abrogée et remplacée par la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après : la LPCE). La plainte est enregistrée sous les références CONC-P/K-05/0026.

2. Sur la base de cette plainte, le Corps des Rapporteurs a lancé son enquête. Le 1<sup>er</sup> décembre 2006, l'auditeur en charge de l'instruction a déposé son rapport auprès du Conseil de la concurrence.

3. L'Auditeur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- les pharmaciens du Glep 30 Guillemins-Fragnée ont enfreint l'article 2, § 1<sup>er</sup> de la loi en ce que l'accord réglementant les heures d'ouverture et de fermeture des officines constitue un accord restrictif de concurrence qui a pour objet sinon pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci;
- que les conditions de l'article 2, § 3 de la loi ne sont pas rencontrées.

Par conséquent, l'Auditeur propose au Conseil de la concurrence d'ordonner la cessation de cet accord et d'ordonner au GLEP 30 de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

4. A l'audience du Conseil de la concurrence du 5 juin 2007, un calendrier a été établi de façon contradictoire permettant aux parties de déposer des observations écrites. A l'audience du 10 septembre 2007, les parties ont été entendues par la chambre du Conseil de la concurrence.

#### II. La partie incriminée

5. Dans son rapport, l'auditeur constate que les normes et communications de l'Ordre national des pharmaciens en matière des heures d'ouverture et de fermeture ainsi qu'en matière de publicité et de ristourne, ont déjà été examinées dans le cadre des affaires CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024 et CONC-I/O-98/0032. Le rapport n'examine pas ces règles déontologiques et renvoie à l'analyse faite dans les dossiers précédemment cités.

6. Dans la présente affaire, l'auditeur ne demande dès lors pas au Conseil de la concurrence de prononcer des mesures à l'égard de l'Ordre national des pharmaciens. Par ailleurs, ces normes et communications de l'Ordre concernant les heures d'ouverture et de fermeture ont déjà fait l'objet d'une décision d'infraction du Conseil de la concurrence (Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007). Les faits dans cette affaire étant identiques, il n'est pas opportun de les sanctionner à nouveau dans le chef de l'Ordre. Le Conseil de la concurrence se limitera dans la présente décision à l'éventuelle infraction à l'article 2 LPCE commise par l'autre partie incriminée.

7. Le rapport de l'auditeur vise uniquement le groupement Glep 30 Guillemins-Fragnée (ci-après Glep 30), association de fait, qui est composée de douze pharmaciens du secteur "Guillemins-Fragnée" à la ville de Liège. La plaignante, Madame F.N.H., faisait partie du groupement au moment de sa plainte.

### III. Objet du rapport et faits pertinents

8. L'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 (article 15, § 1) prévoit que le Code de déontologie pharmaceutique comprend les règles relatives à la continuité des soins en ce compris l'organisation des services de garde. Il faut pouvoir se procurer des médicaments nécessaires tous les jours de la semaine et à toute heure du jour et de la nuit. L'arrêté royal (articles 9, §§1 et 2) prévoit que les organisations professionnelles représentatives des praticiens ou des groupements constitués à cet effet peuvent instituer des services de garde garantissant à la population la dispensation régulière et normale des soins de santé tant en milieu hospitalier qu'à domicile. Aucun des praticiens ne peut être exclu de ces services de garde, à condition que l'intéressé souscrive au règlement d'ordre intérieur et qu'il observe les règles déontologiques.

Une commission médicale provinciale définit les besoins en matière de service de garde et surveille le fonctionnement de ceux-ci, et est habilitée à approuver les règlements d'ordre intérieur visés et à trancher les contestations en matière de services de garde.

Un système d'honoraire de garde est mis sur pied. Tout pharmacien doit réclamer un honoraire d'urgence pour toute prestation effectuée en dehors des heures normales d'ouverture. Ceci ressort de la communication n° 32 du 26 avril 1979 de l'Ordre. L'INAMI (Institut national d'assurance maladie-invalidité) prend en charge le paiement de cet honoraire d'urgence sous certaines conditions.

9. Le Code de déontologie comprend notamment les règles relatives à la continuité des soins en ce compris l'organisation des services de garde. Il énonce les principes sur la base desquels sont déterminées les obligations sociales du pharmacien et il prévoit des dispositions de nature à sauvegarder le caractère non commercial de la profession.

10. Les manquements aux obligations découlant du service de garde sont considérés comme des manquements déontologiques. A cet égard, la première règle déontologique du 15 mars 1951 rappelle aux membres inscrits aux tableaux provinciaux qu'aucun pharmacien ne peut se soustraire aux obligations imposées par les tableaux de garde et que les pharmaciens doivent afficher visiblement les tableaux de garde. Il est stipulé en plus que le pharmacien ne peut profiter de son tour de garde pour attirer vers son officine la clientèle habituelle d'un confrère.

11. Le Conseil national de l'Ordre a complété cette première règle déontologique relative à l'organisation du service de garde par le biais des communications 29, 32, 37 et 43.

La communication du 17 mars 1977 n° 29 - Service de garde - prévoit qu'il est contraire à l'esprit de confraternité de ne pas respecter les horaires et règlements admis s'ils ont été adoptés par la majorité des confrères concernés. La communication du 26 avril 1979 n° 32 - Honoraire d'urgence- précise que le fait de ne pas réclamer d'honoraire d'urgence pour toute prestation effectuée en dehors des heures normales d'ouverture est contraire à la déontologie.

La communication n° 37 du 18 octobre 1990 - Le rôle de garde - rappelle également la question des honoraires lors des gardes et fait référence aux heures d'ouverture en mentionnant que seuls les pharmaciens repris au rôle de garde assurent celle-ci : un pharmacien qui ne figure pas sur ce rôle compromet le bon fonctionnement du service d'urgence en ouvrant son officine en dehors des dispositions arrêtées. Enfin, la communication du 6 juillet 1995 n° 43 - Le service de garde - tient à rappeler, concernant la garde, les principes de base pour tous les pharmaciens énonçant que la garde fait partie de leurs obligations sociales, et précise à cet effet, que tous les pharmaciens doivent

participer au rôle de garde qui est établi dans leur région, suivant les modalités établies et suivant les mêmes prestations.

12. Dans cette affaire l'auditeur met en cause l'accord du 7 janvier 2004 de l'association GLEP 30 réglementant l'organisation du service de garde et les heures d'ouverture et de fermeture des officines établies dans son secteur. Cet accord est basé sur les règles déontologiques de l'Ordre décrites ci-dessus.

13. Dans la présente affaire, les règles déontologiques de l'Ordre ne font pas l'objet du rapport et dès lors, le Conseil de la concurrence ne se prononcera pas dans cette décision sur leur compatibilité avec l'article 2 de la LPCE. Ces règles ont fait l'objet d'une décision du Conseil de la concurrence du 26 octobre 2007 dans les affaires CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024 et CONC-I/O-98/0032. Le Conseil doit uniquement se prononcer sur l'accord du GLEP 30.

#### IV. Questions de procédure

14. La partie incriminée a soulevé la question de savoir si l'auditeur pouvait étendre la procédure au-delà du sujet de la plainte, celle-ci ne visant que le Conseil national de l'Ordre à propos de la décision du 14 février 2005 du Conseil de l'Ordre des Pharmaciens de la province de Liège. Cette décision avait imposé une peine disciplinaire à Madame F.N.H.. La plainte initiale ne visait pas le GLEP 30.

15. Le Conseil de la concurrence considère que rien ne s'oppose à ce que l'auditeur puisse élargir l'objet de son enquête. Une plainte est à considérer comme un élément révélateur d'une pratique éventuellement contraire au droit de la concurrence. L'auditeur n'est donc pas lié par le sujet de la plainte, il agit, tout comme le Conseil de la concurrence au sens strict, dans l'intérêt public en vue de protéger la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci. Au courant de l'enquête aussi bien l'objet (soit les pratiques restrictives visées), que le sujet (soit les parties incriminées) peuvent donc être modifiés en fonction des résultats de l'enquête et pourvu que les droits de la défense sont respectés pour chacune des parties incriminées. Comme l'indique l'auditeur, le principe dispositif ne s'applique pas dans les procédures devant le Conseil de concurrence.

En matière de concurrence économique, l'examen d'une affaire a pour toile de fond l'ensemble du marché concerné et il s'élève dès lors à travers l'intérêt particulier vers l'intérêt économique général. Au niveau de la procédure, le plaignant se limite en fait à révéler à l'autorité publique une situation qu'il prétend porter atteinte à la libre concurrence; passé ce stade, son rôle s'estompe. Le Conseil rejette donc l'argument du GLEP 30 qui consiste à dire que la demande de l'auditeur est irrecevable parce que la plainte initiale n'était pas dirigée contre le GLEP 30.

16. Selon le GLEP 30, l'enquête était uniquement basée sur la plainte et ne peut mener à une décision du Conseil que si la plainte était recevable. En ce qui concerne la recevabilité, le GLEP 30 soulève encore l'absence d'intérêt direct et actuel dans le chef de la plaignante.

17. Le Conseil de la concurrence souligne d'abord que l'intérêt direct et actuel doit se mesurer au moment du dépôt de la plainte. Ensuite, il convient de bien distinguer la notion de préjudice grave, imminent et irréparable, qui s'applique dans le cadre des mesures provisoires, de la notion d'intérêt direct et actuel requis dans le cadre de l'introduction d'une demande au fond.

Selon l'article 23, § 1 sous c) ancienne LPCE et l'article 44, § 1 sous 2) nouvelle LPCE le plaignant doit démontrer un intérêt direct et actuel. L'intérêt est défini comme étant tout avantage effectif, matériel ou immatériel, que la partie pourrait obtenir en introduisant sa demande.

En se référant à l'article 18 al. 2 du Code Judiciaire, le GLEP 30 soulève que lorsqu'il n'existe pas de droit à l'indemnisation lors de l'introduction de la demande, celle-ci doit être déclarée irrecevable. Cette règle ne peut s'appliquer en matière de concurrence puisqu'un plaignant ne peut jamais obtenir

une indemnisation du Conseil, cela relevant exclusivement de la compétence des juridictions ordinaires.

18. Sur la base de la définition précitée de l'intérêt direct et actuel, le Conseil de la concurrence estime que la plaignante avait un tel intérêt. Au moment de la plainte, elle était empêchée par l'accord visé dans cette affaire ainsi que par les règles de l'Ordre sur lesquels cet accord était basé, d'ouvrir son officine comme elle le souhaitait. Son intérêt était donc d'obtenir que l'autorité de concurrence déclare que les pratiques restrictives qui l'empêchaient d'ouvrir son officine librement et qui, au moment de la plainte, avaient également mené à une sanction disciplinaire, sont contraires à la LPCE.

Il est exact que la décision du Conseil provincial qui a imposé une sanction à la plaignante fut annulée par le Conseil d'Appel par la suite mais l'intérêt de la plaignante comme défini ci-dessus, a également été de voir constater l'illégalité non seulement de l'accord du GLEP 30 mais aussi des règles de l'Ordre. Dès lors, même si par après la sanction disciplinaire a été annulée, la plaignante a gardé un intérêt suffisant. En tout état de cause, le Conseil de la concurrence rappelle que l'intérêt se juge au moment du dépôt de la plainte.

19. Pour conclure, le GLEP 30 a contesté la demande de l'auditeur qui justifie l'intérêt à poursuivre cette affaire par la nécessité pour le Conseil de la concurrence de donner un signal fort aux pharmaciens sur l'existence d'une éventuelle infraction au droit de la concurrence. En réalité, cela pose la question de l'opportunité d'une décision du Conseil.

Le Conseil souligne qu'il n'y a aucune règle ou aucun principe général qui ferait obstacle à ce qu'il statue sur des pratiques qui auraient cessé d'exister parce qu'elles ne seraient plus d'actualité. Au contraire, lorsqu'il y a un intérêt légitime, il peut être important de prononcer une décision constatant qu'une infraction a été commise dans le passé, notamment afin de trancher les questions de droit de la concurrence qui s'y posent.

## V. Marché en cause

20. La définition du marché des produits pertinent retenue par l'auditeur n'est pas contestée par la partie incriminée. Il s'agit du marché des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'Ordre, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires. Le Conseil de la concurrence adopte cette définition du marché des produits en cause.

21. En ce qui concerne le marché géographique pertinent pour l'analyse de l'accord du GLEP 30 dans cette affaire, toutes les parties s'accordent également pour le définir comme étant un marché local. Elles ne contestent donc pas la définition du marché géographique retenue par l'auditeur qui, dans le cas d'espèce, limite le marché au territoire de chaque organisation professionnelle locale, en l'espèce le territoire du secteur de Liège Guillemains-Fragnée, étant un des quatre secteurs de la ville de Liège.

Le Conseil de la concurrence estime, pour sa part aussi, peu probable que le patient cherchera une pharmacie éloignée de son domicile ou de son lieu de travail. La zone dans laquelle les pharmaciens rentrent en concurrence entre eux, sera donc toujours relativement limitée.

Il n'est pas nécessaire de définir plus en détail le marché géographique pertinent, vu l'absence d'effets de ces accords portant sur une partie substantielle du marché belge, comme constaté dans le cadre de l'analyse des conditions de fond de l'article 2 LPCE ci-dessous.

## VI. L'existence de pratiques restrictives

22. La jurisprudence a clairement établi que les pharmaciens sont à considérer comme des entreprises et que l'Ordre national des pharmaciens peut être qualifié comme association d'entreprises en vertu de l'article 2, § 1 de la LPCE (Cass. 2 février 2006, Ordre des pharmaciens, Pas. 2006, no. 71).

23. En ce qui concerne le GLEP 30, l'auditeur estime qu'il s'agit d'une association de fait sans organe de coordination et ne disposant pas de la personnalité juridique. A ce titre, selon l'auditeur, il ne peut s'agir d'une association d'entreprises au sens de la LPCE. Le Conseil de la concurrence estime que le manque de statut juridique ne mène pas nécessairement à la conclusion que le GLEP 30 ne peut pas être considéré comme une association d'entreprises.

En tout état de cause, l'avis de l'auditeur de qualifier les pratiques comme un accord entre entreprises, est soutenu par le Conseil de la concurrence. Le GLEP 30 n'a, par ailleurs, pas contesté que les décisions attaquées sont à considérer comme un accord entre ses membres, au sens de l'article 2 de la LPCE.

24. Le Conseil de la concurrence doit ensuite examiner si les autres conditions d'application de l'article 2, § 1 LPCE sont remplies. Pour des raisons d'économie de procédure, le Conseil examine d'abord l'existence d'une restriction de concurrence ayant des effets sensibles sur une partie substantielle du marché belge.

25. Le GLEP 30 a invoqué qu'un tel effet sur la concurrence au sens de l'article 2 ne peut être présumé. Si le législateur a inclut la condition « sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci », on peut en déduire que la loi ne s'applique pas à des pratiques qui ont un effet de concurrence négligeable en Belgique.

L'auditeur n'a pas démontré que les effets de l'accord du GLEP 30 ont dépassé ou pourraient dépasser le territoire du secteur de Liège dans lequel sont établis les pharmaciens faisant partie de ce groupement.

Le territoire d'une commune ou de quelques communes pourrait constituer une partie substantielle du marché belge. Mais en matière de concurrence, le comportement de l'opérateur économique doit être évalué dans son contexte concret à savoir, en l'espèce, la nature de la profession, son organisation ainsi que la nature des restrictions en cause. Dans la présente affaire, rien ne permet de conclure que l'accord du GLEP 30 établissant un rôle de garde et un règlement des heures d'ouverture et de fermeture, objet de la plainte et de l'instruction de l'auditeur, restreint ou aurait pu restreindre sensiblement la concurrence dans une partie substantielle du marché belge.

26. En conséquence, le Conseil constate qu'une des conditions d'application de l'article 2, § 1 LPCE n'est pas remplie, dès lors la pratique restrictive mise en cause n'a pas d'effet sensible sur une partie substantielle du marché belge. Il n'est plus nécessaire d'examiner les autres conditions de l'article 2, § 1 ni d'examiner l'application de l'article 2, § 3 LPCE.

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

Constata qu'une des conditions d'application de l'article 2, § 1 de la loi sur la protection de la concurrence économique n'est pas remplie dans le chef de l'association GLEP 30 et que dès lors il n'y a pas de pratique restrictive établie au sens de l'article 2, § 1 de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Ainsi décidé le 20 décembre 2007 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Laura Parret, conseiller et présidente de chambre, de Madame Dominique Smeets et de Monsieur Olivier Gutt, conseillers.

Conformément à l'article 67 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, la notification de la présente décision sera effectuée aux parties et au Ministre qui a l'Economie dans ses attributions.