Autorité belge de la Concurrence

Le Collège de la concurrence de l'Autorité belge de la concurrence

Décision n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 en application de l'article IV.45, § 6 CDE

Version non-confidentielle

Affaire n° CONC-I/O-16/0011

MediCare-Market - Ordre des Pharmaciens

I. Procédure

1. L'Ordre des Pharmaciens (ci-après « l'OP ») a été créé par la loi du 19 mai 1949. Il est actuellement régi par les dispositions de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967. Il jouit de la personnalité juridique et est inscrit à la BCE sous le n° 0218.024.029. Son siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles.

2. Au début de l'année 2016, l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence a reçu des informations concernant de possibles comportements contraires au droit de la concurrence à l'encontre de l'entreprise MediCare-Market de la part de l'Ordre des pharmaciens (ci-après « l'OP ») d'une part et de l'Association pharmaceutique belge (ci-après « l'APB ») d'autre part.

3. Sur base de ces informations, l'auditeur général a ouvert, en date du 15 avril 2016, une instruction d'office sous le numéro CONC-I/O-16/0011. Dans le cadre de l'instruction, l'auditeur a notamment envoyé plusieurs demandes de renseignements à l'OP, à l'APB et à MediCare-Market.

4. Conformément à l'article IV.27, §2 CDE, l'auditeur général a désigné, le 15 avril 2016, Madame Anne-Charlotte PREVOT comme auditeur chargé de la direction journalière de l'instruction. Conformément à l'article IV.27, §3 CDE, l'auditeur général a désigné, le 3 avril 2017, Monsieur Benoît LAGASSE comme membre du personnel de l'auditorat chargé de l'instruction. Conformément à l'article IV.29 CDE, Madame Marielle FASSIN a été désignée, en date du 15 avril 2016, comme second auditeur membre de la cellule d'auditorat.

5. Le 2 juin 2016, le groupe MediCare-Market a introduit une plainte concernant une entente potentielle entre l'Ordre des pharmaciens, l'Association pharmaceutique belge et certaines pharmacies en vue de l'exclure du marché. Cette plainte a été intégrée dans le dossier ouvert en date du 15 avril 2016.

6. Le 28 avril 2017, une demande de mesures provisoires a été déposée par le groupe MediCare-Market. Celle-ci visait la suspension des poursuites disciplinaires intentées par l'OP contre les pharmaciens du

groupe MediCare-Market jusqu'à décision sur le fond par le Collège de la concurrence. En date du 19 juin 2017, cette demande fut déclarée recevable, mais non fondée, par le Collège de la concurrence[1].

7. Le 4 octobre 2017, une réunion a eu lieu entre l'auditorat et des membres du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens afin de faire un point sur l'avancement de l'instruction du dossier.

8. Le 1er juin 2018, l'auditeur a transmis à l'Ordre des pharmaciens une communication des griefs au sens de l'article IV.42 § 4 CDE.

9. Le 10 août 2018, l'Ordre des pharmaciens a demandé une prolongation de délai pour répondre à la communication des griefs.

10. Le 14 août 2018, l'auditeur général a prolongé le délai de réponse jusqu'au 1er octobre 2018.

11. Le 1er octobre 2018, l'Ordre des pharmaciens a répondu à la communication des griefs.

12. Le 31 octobre 2018, l'auditeur a déposé le projet de décision.

13. Le 6 décembre 2018, le Président a composé le Collège de la concurrence.

14. Le 7 janvier 2019, l'Ordre des pharmaciens a déposé ses observations suite au dépôt du projet de décision.

15. Le 11 janvier 2019, MediCare-Market a également déposé ses observations écrites.

16. Le 1er février 2019, l'Ordre des pharmaciens a répliqué aux observations transmises par MediCare-Market.

17. Le 27 mars 2019, le Collège de la concurrence a entendu Medicare-Market, l'Ordre des Pharmaciens et l'auditorat en présence du directeur des affaires juridiques et du directeur des affaires économique

II. Projet de décision

18. L'auditeur a déposé le projet qui suit : «

III. Enquête

III.1 Cadre légal et contexte

III.1.1 Le cadre légal relatif aux activités des pharmaciens

13. *Le pharmacien est la personne qualifiée et compétente pour délivrer des médicaments, pour répondre, dans son entourage immédiat, à des questions concernant les médicaments, mais aussi pour donner des conseils à la population concernant les produits de soins et de santé.*

[1] Décision n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017 en application de l'article IV.64, § 1 CDE

14. *Les pharmaciens disposent d'un monopole en ce qui concerne l'exercice de l'art pharmaceutique[2]. Cette notion est définie comme suit :*

« « On entend par exercice de l'art pharmaceutique, l'accomplissement des activités suivantes :

1°) la préparation, l'offre en vente, la vente en détail et la délivrance, même à titre gratuit, de médicaments,

2°) la préparation de la forme pharmaceutique des médicaments,

3°) la fabrication et le contrôle des médicaments,

4°) le contrôle des médicaments dans un laboratoire de contrôle des médicaments,

5°) le stockage, la conservation et la distribution des médicaments au stade du commerce de gros,

6°) l'approvisionnement, la préparation, le contrôle, le stockage, la distribution et la dispensation de médicaments sûrs et efficaces de la qualité requise dans les pharmacies ouvertes au public,

7°) la préparation, le contrôle, le stockage et la dispensation de médicaments sûrs et efficaces de la qualité requise dans les hôpitaux,

8°) la diffusion d'information et de conseils sur les médicaments, y compris sur leur bonne utilisation,

9°) le rapport aux autorités compétentes du nombre d'effets indésirables des produits pharmaceutiques,

10°) l'assistance personnalisée des patients en situation d'automédication,

11°) la contribution à des campagnes locales ou nationales de santé publique.

Le Roi peut, conformément aux dispositions de l'article 140, préciser les actes visés à l'alinéa précédent »[3].

15. *Il ressort de l'article précité que l'art pharmaceutique a principalement trait aux activités concernant des médicaments. C'est l'article 1er de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments[4] qui définit cette notion. Cet article dispose :*

« on entend par :

1) " médicament, étant soit un médicament à usage humain, soit un médicament à usage vétérinaire " :

a) médicament à usage humain :

- toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines; ou

---

[2] Article 6, § 1er de la loi coordonnée le 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé, *M.B*. 18 juin 2015.

[3] Article 5 de la loi coordonnée le 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé, *M.B*. 18 juin 2015.

[4] Loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, *M.B.* 17 avril 1964.

- toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical;

b) médicament à usage vétérinaire, y compris les prémélanges pour aliments médicamenteux :

- toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies animales; ou

- toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'animal ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical; »

16. *Si les médicaments présentent un lien certain avec l'activité de pharmacien, ils ne constituent pas à eux seuls les produits relevant de la profession de pharmacien, notion définie par l'article 2bis du Code de commerce:*

« […] Pour l'application de la présente disposition, sont considérés comme produits relevant de la profession de pharmacien :

1° les drogues, substances, préparations et compositions à usage pharmaceutique;

2° les médicaments au sens de l'article 1er, § 1er, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments;

3° le matériel médical et pharmaceutique, c'est-à-dire les substances, objets et matières soumis en tout ou en partie au régime applicable aux médicaments, en exécution de l'article 1er, § 2, de la loi précitée ainsi que les produits généralement utilisés dans l'art de guérir;

4° les produits que le pharmacien est autorisé à vendre en vertu des lois et règlements ».

17. *Dans l'exercice de leurs fonctions, les pharmaciens sont amenés à poser des actes pharmaceutiques et à prodiguer des soins pharmaceutiques. Les actes pharmaceutiques sont définis comme suit par l'article 7 de la loi coordonnée le 10 mai 2015 :*

« Les actes pharmaceutiques dans l'exercice de la fonction du pharmacien en matière de dispensation de soins pharmaceutiques comprennent la délivrance responsable de médicaments prescrits ou de médicaments qui sont délivrables sans prescription en vue, en concertation avec les autres professionnels de santé et le patient, d'atteindre des objectifs généraux de santé tels que la prévention, l'identification et la résolution de problèmes liés à l'usage de médicaments. Les soins pharmaceutiques sont destinés à améliorer de façon continue l'usage des médicaments et à conserver ou améliorer la qualité de vie du patient. La concertation interprofessionnelle comprend notamment le renvoi éventuel vers un médecin et l'information du médecin traitant ».

Quant aux soins pharmaceutiques, ils sont définis à l'article 1er de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens[5] comme « les actes pharmaceutiques dans le cadre de l'exercice de la

[5] Arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, *M.B.* 12 février 2009.

fonction du pharmacien visés à l'article 4, § 2bis de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 susmentionné et dont les principes et lignes directrices sont repris au point 7 de l'annexe Ire du présent arrêté ».

18. *Les pharmaciens préparent et vendent des médicaments, qu'ils soient prescrits ou non. Ils vendent également d'autres produits et articles, généralement qualifiés de produits de parapharmacie.*

19. *Il n'existe pas de définition légale de cette notion. Le Conseil national de l'OP a, dans un communiqué de septembre 2003, choisi de définir la parapharmacie et d'opérer une classification des produits et articles de parapharmacie qui peuvent être disponibles dans les pharmacies ouvertes au public[6]. A suivre l'OP, la parapharmacie « comprend des matières ou des compositions, objets et appareils qui ne répondent pas directement à la définition du médicament, et qui ne sont pas enregistrés comme médicament, mais qui peuvent avoir un intérêt thérapeutique ou qui sont nécessaires pour administrer un médicament ou un traitement »[7].*

20. *Cependant, contrairement à la délivrance de médicaments, la vente de produits parapharmaceutiques ne constitue pas un acte « caractéristique » de la profession de pharmacien, au sens de l'article XIV.1 du Code de droit économique. D'ailleurs, les produits de parapharmacie peuvent être vendus dans des parapharmacies, sans la présence d'un pharmacien titulaire qui en assure l'exploitation.*

III.1.2 Les organes de l'OP et leurs missions

21. *L'Ordre des Pharmaciens (« l'OP ») a été créé par la loi du 19 mai 1949 et est actuellement régi par l'arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967[8].*

22. *Aux termes de l'article 1er de l'arrêté royal précité, il bénéficie de la personnalité juridique et ses organes sont les conseils provinciaux, les conseils d'appel et le Conseil national.*

23. *L'Ordre des pharmaciens comprend tous les porteurs du diplôme légal ou du diplôme étranger légalement reconnu de pharmacien, domiciliés en Belgique, et inscrits au tableau de l'Ordre de la province dans laquelle est situé leur domicile[9].*

24. *Tant en justice que pour stipuler ou s'obliger, l'Ordre agit par son Conseil national et est représenté par le président de celui-ci ou, à son défaut, par son président suppléant, conjointement avec l'assesseur[10].*

25. *Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est chargé d'élaborer les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique[11]. Ce faisant, il doit notamment sauvegarder le caractère non commercial de la profession.*

26. *Le Conseil national de l'OP est par ailleurs compétent pour les tâches suivantes:*

---

[6] http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2
[7] http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2
[8] Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens, *M.B.* 14 novembre 1967.
[9] Article 2 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens
[10] Article 3 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens
[11] Article 15 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

a) tenir à jour un répertoire des décisions disciplinaires qui ne sont plus susceptibles de recours et qui ont été prises par les conseils provinciaux et par les conseils d'appel; adapter, s'il y a lieu, le code de déontologie en vue d'en compléter ou d'en préciser les dispositions sur base de cette jurisprudence;

b) donner d'initiative ou à la demande de l'autorité publique, d'organismes publics ou d'organisations professionnelles de pharmaciens, des avis motivés sur des questions d'ordre général, sur des problèmes de principe ou sur des règles de déontologie pharmaceutique;

c) prendre toutes mesures nécessaires pour la réalisation de l'objet de l'Ordre;

d) fixer et percevoir les cotisations nécessaires au fonctionnement des divers organes de l'Ordre ;

e) délivrer aux pharmaciens désireux de commencer l'exercice de leur profession dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, une attestation certifiant que les conditions de moralité et d'honorabilité sont remplies pour l'accès à l'activité pharmaceutique;

f) porter à la connaissance de l'Etat membre concerné les conséquences qu'il tire de l'appréciation des faits graves et précis susceptibles d'avoir des conséquences sur l'accès à l'art pharmaceutique ou sur son exercice et communiqués par un Etat membre de la Communauté européenne qui accueille sur son territoire un pharmacien belge ou dont la Belgique est l'Etat d'origine ou de provenance et désireux de commencer ou de poursuivre l'exercice de sa profession dans cet Etat membre.

27. *Quant aux attributions des conseils provinciaux, elles sont décrites par l'article 6 de l'arrêté royal n°80. Il s'agit de*

a. refuser ou différer l'inscription au tableau pour faute grave ou omettre le nom du pharmacien du tableau ;

b. veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils sont chargés à cette fin de réprimer disciplinairement les fautes des membres inscrits à leur tableau, commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la profession ainsi que les fautes graves commises en dehors de l'activité professionnelle, lorsque ces fautes sont de nature à entacher l'honneur ou la dignité de la profession;

c. donner aux membres de l'Ordre, d'initiative ou à leur demande, des avis sur des questions de déontologie pharmaceutique qui ne sont pas réglées dans le code prévu à l'article 15, § 1er, ou par la jurisprudence établie en application du § 2, 1° du même article;

d. signaler aux autorités compétentes les actes d'exercice illégal de l'art pharmaceutique dont ils ont connaissance ;

e. arbitrer en dernier ressort, à la demande conjointe des intéressés, les contestations relatives aux honoraires réclamés par le pharmacien à son client, sauf clauses attributives de compétence incluses dans les conventions ou engagements souscrits en matière d'assurance maladie-invalidité;

f. répondre à toute demande d'avis des cours et tribunaux relative à des contestations d'honoraires.

28. *Les conseils d'appel, eux, connaissent de l'appel des décisions prises par les conseils provinciaux*[12].

29. *Etant donné, d'une part, que le Conseil national est chargé d'élaborer le code de déontologie et, d'autre part, que les conseils provinciaux et d'appel sont amenés à assurer, dans les instances disciplinaires, le respect des principes déontologiques, l'OP exerce un certain contrôle sur les activités des pharmaciens. En cas de non-respect de la déontologie, ceux-ci peuvent encourir des peines plus ou moins sévères, à savoir l'avertissement, la censure, la réprimande, la suspension du droit d'exercer la profession pendant un terme qui ne peut excéder deux années et la radiation du tableau de l'Ordre*[13].

III.1.3 Le secteur de la pharmacie et son évolution

30. *La profession de pharmacien d'officine a fortement évolué au cours de ces trois ou quatre dernières décennies. Considéré tout d'abord comme un préparateur de médicaments, puis comme un « vendeur » de médicaments, le pharmacien s'affirme aujourd'hui comme un acteur de soins. Actuellement, la préparation magistrale ne représente en effet plus qu'une petite partie de son activité.*

31. *Dans un contexte d'augmentation de l'espérance de vie et du nombre de pathologies chroniques, alors que les coûts de santé doivent être maîtrisés, le rôle du pharmacien a donc évolué. Le pharmacien d'aujourd'hui délivre des services en tant que prestataire de soins et travaille en lien avec d'autres prestataires de santé, notamment les médecins. Le pharmacien assure ainsi un service continu à la population, répond aux demandes des patients, accompagne les délivrances des médicaments prescrits et non prescrits, assure le suivi pharmaceutique, joue un rôle préventif d'éducation à la santé, assume un contrôle administratif de l'assurabilité du patient, applique le tiers-payant et veille à assurer la viabilité de son officine.*

32. *Si le pharmacien a des obligations professionnelles, il est également soumis à des impératifs commerciaux. Avant 2010, le pharmacien était rémunéré principalement par le biais de la marge économique établie sur la vente de chaque médicament. Depuis la mise en œuvre du nouveau système de rémunération des prestations pharmaceutiques introduit en 2010, la rémunération n'est plus liée uniquement au coût du médicament. Une enveloppe globale a été définie pour le secteur et, à l'intérieur de celle-ci, 20 % sont encore liés à la marge économique - censée couvrir les coûts d'exploitation liés aux prestations et services, tandis que 75 % sont des honoraires de base qui rémunèrent les soins pharmaceutiques et 5 % sont des honoraires spécifiques*[14] [15].

33. *L'état actuel du métier et des méthodes de rémunération peuvent être schématisés comme suit* [16]*:*

---

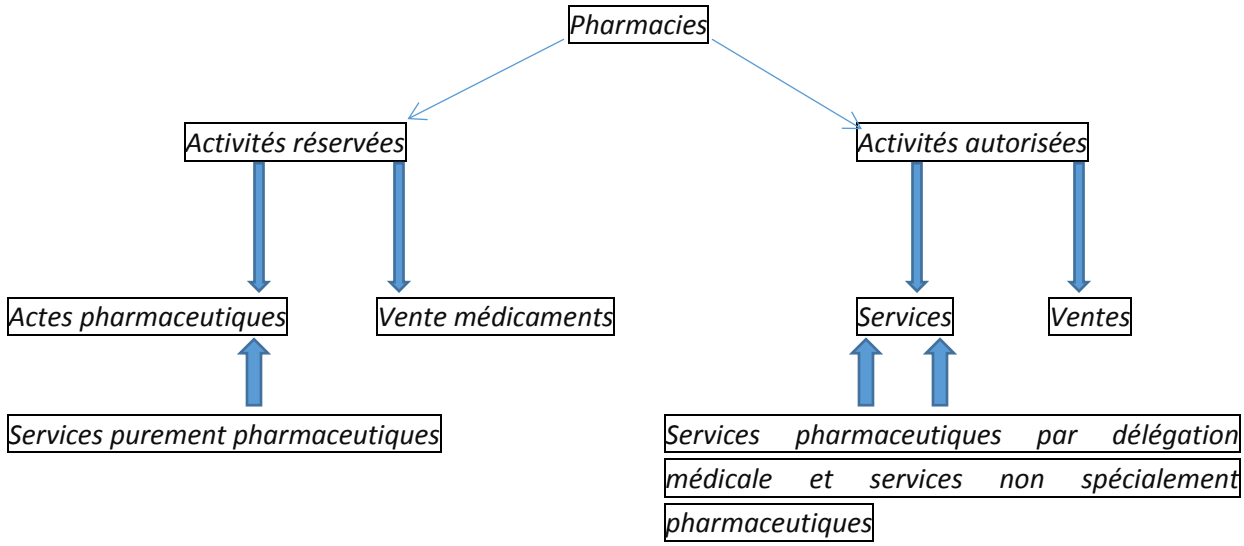
[12] Article 13 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

[13] Article 16 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

[14] Les honoraires spécifiques comprennent notamment la première délivrance et la dénomination commune internationale.

[15] Voir http://www.maisonmedicale.org/Pharmacien-d-officine-un-acteur.html, article d'Alain Chassepierre, porte-parole de l'APB

[16] http://www.md.ucl.ac.be/pharmalouvain/2011/EPU-slides/Elsen-Pharmalouvain-nouveautes-officine.pdf, p.13.



34. *L'activité du pharmacien se partage donc entre les activités réservées pour lesquelles il détient un monopole (voir supra III.1.1) et les activités autorisées pour lesquelles il est en concurrence avec les parapharmacies. Les ressources financières d'une pharmacie sont issues des honoraires, de la marge économique sur les médicaments soumis à prescription, de la marge économique sur les médicaments non soumis à prescription et de la marge économique sur les produits de parapharmacie.*

35. *Selon les pharmaciens, il importe de bien négocier avec les fournisseurs pour être rentable. Ainsi, les conditions d'achats sont déterminantes. Elles vont en effet influencer la marge économique et donc la valeur intrinsèque des pharmacies*[17].

36. *Selon l'APB, le chiffre d'affaires moyen d'une pharmacie est de 1,1 millions d'euros. En 2016, la rémunération des pharmaciens provenait à 58,7% des médicaments prescrits, à 17,2% des médicaments non prescrits et à 24,1% de produits de parapharmacie. La rémunération d'une pharmacie est ventilée comme suit : 41,5% proviennent des honoraires liés à la délivrance de médicaments pour 58,5% liés à la marge économique. Ainsi, la rémunération moyenne par pharmacie en 2016 a été estimée à 266.893€, dont 110.688€ pour les honoraires et 156.205€ pour les marges*[18].

37. *En 2017, la rémunération des pharmaciens provenait à 56% des médicaments prescrits, à 18 % des médicaments non prescrits et à 26 % de produits de parapharmacie. La proportion de la marge économique sur les produits de parapharmacie dans les revenus des pharmacies est en constante augmentation depuis 2004, année durant laquelle la marge économique sur les produits de parapharmacie représentait 18% des revenus des pharmacies. Sur les dix dernières années, la proportion de la*

[17] https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/be/Documents/Accountancy/FR/Dialogue/Dialogue13/be_(fr-be)_dialoog_%C3%A9t%C3%A92014_issue-13-pharmacie.pdf et La libre Belgique, 6/02/2018, MediCare-Market.
[18] Sur le sujet, voy. Focus d'Avril 2016-Annales N°4-APB, pp. 14- 20.

rémunération des pharmacies d'officine provenant des produits de parapharmacie est passée de 20 à 26%. A l'inverse, la proportion de la rémunération des médicaments dans la rémunération des pharmaciens est passée de 80% il y a dix ans à 75% en 2017[19]. Il devient ainsi de plus en plus important pour les pharmacies, voire vital, de vendre un certain nombre de produits de parapharmacie. L'APB reconnait explicitement ce fait. En effet, dans le numéro 5 des annales de l'année 2018, Jean-Christophe Delahu, membre du service économique de l'APB, écrit que « comme les années précédentes, ce sont les non-médicaments, en progression de 1,6% en 2017, qui ont soutenu la croissance globale »[20]. Par ailleurs, se référant au constant de la progression constante des produits de parapharmacie dans le chiffre d'affaires réalisés par les pharmacies, il écrit « difficile de ne pas voir ici une logique adaptation du secteur à un manque à gagner croissant sur les médicaments (prescrits ou non), même si l'activité principale du pharmacien reste toujours axée sur les médicaments »[21]. Il faut dire que, alors que, depuis 2008, la rémunération des pharmaciens a cru en moyenne de 1,1% par année, l'inflation a, elle, progressé de 1,6% en moyenne par an. Les produits de parapharmacie sont donc devenus un complément nécessaire à la survie financière des pharmacies d'officine.

38. *Or, les circuits de distribution des produits de parapharmacie se sont considérablement élargis depuis 2009, que ce soit via la vente en ligne, avec des acteurs comme Newpharma et Pharmasimple, ou par la vente de ces produits en parapharmacies, tels iU de Multipharma et les enseignes MediCare-Market, ou encore en grandes surfaces, avec Carrefour notamment. Ainsi, alors que, vu l'évolution de leurs revenus, les produits de parapharmacie deviennent essentiels pour les pharmaciens, ceux-ci font face à une concurrence de plus en plus importante sur ces produits. A cet égard, il convient de remarquer que les nouveaux acteurs peuvent généralement pratiquer des prix moins élevés que ceux appliqués par les pharmacies « traditionnelles », notamment grâce aux volumes importants de produits qu'ils achètent.*

III.2 Le concept MediCare-Market et son développement

III.2.1 Le Concept MediCare-Market

39. *Le Groupe MediCare-Market se présente comme un groupe européen actif dans les secteurs de la pharmacie et de la parapharmacie dont la philosophie est de démocratiser l'expertise santé et bien-être[22]. D'après le groupe, sa stratégie est fondée sur les besoins des consommateurs et non les habitudes du marché.*

40. *La stratégie du groupe MediCare-Market est de rendre accessibles au plus grand nombre la gamme la plus large de produits et de services de qualité supérieure en offrant des prix peu élevés. A cette fin, MediCare-Market a créé un modèle fondé sur une distinction entre les activités de pharmacie et les activités de parapharmacie, activités distinctes, mais complémentaires[23].*

---

[19] Voy. le n° 5 des Annales pharmaceutiques belges, pp .22-25 (Voy. réponse de l'APB du 23 mai 2018).
[20] Voy. le n° 5 des Annales pharmaceutiques belges, p. 23.
[21] *Ibidem*.
[22] Voy. p. 6 de la plainte de MediCare-Market.
[23] *Ibidem*.

41. *De manière générale, les points de vente du groupe[24] occupent environ 1 000 m² et proposent plus de 7000 références de produits de parapharmacie.*

42. *Les sociétés du groupe MediCare-Market sont contrôlées, directement ou indirectement, par la SA Medicare-Market, qui est la société holding du groupe[25]. L'objet social de cette société couvre toutes les opérations financières, mobilières et immobilières, se rapportant directement ou indirectement au commerce, à la production, à l'achat, la vente, l'après-vente, l'importation, l'exportation et la distribution de substances, produits, et services présentés comme possédant des propriétés curatives ou préventives ou visant au rétablissement, au maintien ou à l'amélioration de la santé ou du bien-être[26]. A ce titre, elle peut notamment établir ou exploiter des officines pharmaceutiques et des établissements fournissant des produits et services en matière d'optique, de bandagisterie, d'orthopédie, de prothèse, de droguerie, d'audiométrie, de fournitures dentaires, de soins divers, de biothérapie, d'homéopathie, de matériel médical ou accessoires et tout autre produit ou service assimilé ou relatif au secteur de la santé ou du bien-être.*

III.2.2 Développement et adaptation du concept

43. *La première enseigne du groupe MediCare-Market en Belgique a ouvert ses portes fin 2014 à Gosselies. En 2015, des enseignes ont ouvert à Rocourt, Evere et Waterloo. Ces enseignes sont composées d'une pharmacie et d'une parapharmacie à l'exception de Waterloo, qui n'est constituée que d'une parapharmacie. En 2016, MediCare-Market a ouvert une enseigne à Mons (parapharmacie) et deux enseignes à Gand et Anvers (pharmacie et parapharmacie). Enfin, en 2017, des enseignes ont ouvert leurs portes à Docks Bruxelles, à la Place de la Monnaie à Bruxelles, à Ixelles, à Zemst et à Nivelles. Sur ces cinq enseignes, deux sont composées d'une pharmacie et d'une parapharmacie (Docks et Zemst), les autres ne comprenant qu'une parapharmacie. MediCare-Market est également présent au Luxembourg, avec des enseignes parapharmacie à Pommerloch, Schmiede et Walferdange. Par ailleurs, MediCare-Market dispose actuellement de deux sites internet, l'un pour la pharmacie et l'autre pour la parapharmacie. La proportion du nombre de pharmacies décroît donc au fur et à mesure que le nombre d'enseignes augmente.*

44. *Medicare-Market prévoit de continuer son expansion en 2018 et d'ouvrir 20 nouveaux points de vente, ce qui portera leur nombre à 43 (27 parapharmacies et 16 pharmacies). D'ici 2020, les ambitions du groupe sont d'atteindre 70 points de vente en Belgique.*

45. *Le concept repose, d'une part, sur un « supermarché de la parapharmacie » avec 9.000 références et, d'autre part, sur des prix attractifs pour les médicaments non remboursés et les produits de parapharmacie. Ceux-ci peuvent être jusqu'à 30% moins chers que ceux proposés en pharmacie, et ce, grâce aux volumes vendus, à l'organisation, la localisation, et surtout à la négociation des prix d'achat.*

[24] Pharmacie incluse le cas échéant
[25] Voy. l'annexe 2 à la réponse de MediCare-Market du 28 février 2018.
[26] Annexes du Moniteur belge du 2 janvier 2014.

46. *La stratégie de MediCare-Market est de développer une offre multicanal intégrée, de miser sur la complémentarité de ses deux enseignes, la parapharmacie et la pharmacie, et ce afin de répondre aux besoins de santé et de bien-être de la population.*

47. *Ce concept repose donc sur un nouveau mode de distribution des produits de santé en Belgique et en tant que tel, constitue une innovation dans le secteur. Cette innovation et le développement d'une concurrence par les prix qui l'accompagne a fait réagir de nombreux pharmaciens concurrents qui se sont plaints auprès de leurs associations représentatives. Ainsi, des plaintes ont été introduites auprès de l'OP et de l'APB par des pharmaciens lors de l'annonce de l'ouverture des premières pharmacie et parapharmacie du groupe à [CONFIDENTIEL][27]. Dans celles datées du 24 décembre 2014, les pharmaciens reprochent notamment les prix appliqués par MediCare-Market. Ils écrivent en effet :*

« Les prix imposés sur les médicaments ne sont aucunement respectés. A cet effet, le ticket de caisse joint met en lumière un prix inférieur de 30% sur les dafalgan, faisant obstacle au maintien d'une concurrence effective ».[28]

48. *D'autres plaintes de pharmaciens évoquent une publicité tapageuse, l'application de ristournes importantes et transmettent des photographies d'affiches annonçant des réductions de prix sur certains médicaments (Paracétamol, Ibuprofene, Acétylcysteine EG,….)* [29].

49. *L'APB a elle-même déposé plainte auprès de l'OP et sollicité l'intervention du conseil disciplinaire [CONFIDENTIEL][30]. Le Conseil national de l'OP a, de son côté, décidé d'agir également à différents niveaux vis-à-vis du groupe (voir infra III.3.1).*

50. *L'OP et l'APB ont, dès le départ, reproché au groupe ce qu'ils appellent la « confusion » entretenue par le groupe entre l'espace parapharmacie et l'espace pharmacie. Cette confusion serait étayée sur base d'exemples concrets : l'OP a notamment reproché que les logos de la pharmacie et de la parapharmacie soient identiques, qu'il n'y ait qu'une seule caisse pour les clients souhaitant payer en liquide se trouvant au sein de la parapharmacie et non dans la pharmacie et que le site internet du groupe n'opère pas de distinction entre l'activité de parapharmacie et l'activité de pharmacie*[31]*. Ces divers éléments, ainsi que d'autres, ont été jugés problématiques par l'Ordre des pharmaciens qui a envoyé le 8 mai 2015 un courrier en ce sens à MediCare-Market*[32]*. MediCare-Market y a répondu par un courrier du 26 mai 2015*[33]*.*

51. *Le 14 juillet 2015, l'Ordre des pharmaciens et MediCare-Market ont entamé une procédure de conciliation. Ainsi, une rencontre s'est tenue entre les représentants de MediCare-Market et l'Ordre des pharmaciens*[34]*. Dans ce cadre, MediCare-Market a pris plusieurs engagements*[35]*. Parmi ceux-ci, on peut*

[27] Voy. l'annexe 1 de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[28] Cf. Annexe 25 de la plainte.
[29] Cf. Annexe 24 de la plainte.
[30] Annexe 2 de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[31] Voy. notamment l'annexe 5 à la plainte de MediCare-Market
[32] Ce courrier constitue l'annexe 5 à la plainte de MediCare-Market.
[33] Ce courrier constitue l'annexe 6 à la plainte de MediCare-Market.
[34] Le procès-verbal de cette rencontre constitue l'annexe 7 à la plainte de MediCare-Market.
[35] P. 5 de l'annexe 7 à la plainte de MediCare-Market

noter la possibilité de payer en espèces dans la pharmacie, le changement de logo et de nom de la pharmacie, qui deviendra PharmaClic, un changement de fond sonore afin que la même musique ne soit pas entendue dans la pharmacie et dans la parapharmacie, des changements sur le site internet et une séparation plus nette à l'aide d'une porte vitrée entre les deux espaces pharmacie et parapharmacie. Ces changements devaient supprimer la confusion potentielle entre les différents espaces qui est, selon l'OP, potentiellement préjudiciable au patient.

52. *Le 2 octobre 2015, des représentants de l'OP se sont rendus à la pharmacie exploitée à [CONFIDENTIEL] pour constater les évolutions intervenues dans le modèle MediCare-Market/PharmaClic à la suite des propositions faites lors de la réunion du 14 juillet 2015.*

53. *Malgré les efforts de MediCare-Market et, notamment, les aménagements consentis par le groupe quant à son concept, l'OP a mis fin à la procédure de conciliation en raison d'articles parus dans la presse début octobre 2015 dans lesquels le groupe présentait son concept MediCare-Market en y englobant toutes les activités pharmacie et parapharmacie. L'OP a jugé cette initiative contraire à la conciliation en cours[36] et a, le 21 décembre 2015, intenté une action en cessation à l'encontre de l'ensemble des sociétés membres du groupe MediCare-Market devant le Tribunal de Commerce de Nivelles[37]. Par ailleurs, le 23 décembre 2015, des courriers ont été envoyés par le Conseil national à trois présidents de conseils provinciaux sollicitant leur intervention concernant le modèle MediCare-Market sur base principalement de la confusion entre les espaces parapharmacie et pharmacie[38].*

III.2.3 Eléments apportés par le Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre

54. *A titre liminaire, l'auditeur précise qu'il ne reprend ici que les développements du Conseil national de l'OP relatifs au monopole des pharmaciens et à la comparaison du modèle MediCare-Market avec les pharmacies traditionnelles. Les développements du Conseil national de l'OP concernant d'autres points seront abordés dans la partie consacrée aux griefs reprochés.*

55. *Le Conseil national de l'OP relève, quant à la notion de « produits relevant de la profession de pharmacien » visée à l'article 2 bis du Code de commerce que ce concept « ne définit toutefois pas la compétence du pharmacien, ni n'impose un circuit de distribution aux catégories de produits listés »[39]. Le Conseil national de l'OP indique que, pour ce faire, il y a lieu de se référer à la législation spécifique relative aux produits de santé concernés, dont le contrôle est assuré par l'AFMPS et le SPF Santé Publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement[40].*

56. *Seraient ainsi soumis au monopole des pharmaciens[41] le matériel médical stérile en contact avec le patient (par ex. : pansements, compresses) ; le matériel stérile d'injection, de perfusion, de transfusion ou*

---

[36] Cf. Conclusions additionnelles de l'OP dans le cadre de l'action en cessation, points 22 et 23 qui constituent l'annexe 20 de la plainte Medi-Market

[37] Voy. le jugement du Tribunal de commerce du Brabant wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108.

[38] Voy. les annexes 42, 43 et 44 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016 qui reprennent les courriers du Conseil national de l'OP aux instances disciplinaires.

[39] Voy. § 14 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[40] Voy. § 14 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[41] Voy. §§ 15-16 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

de drainage ainsi que les sondes et les cathéters et tout matériel destiné aux interventions médicales ou obstétricales présenté comme stérile, y compris les solutions pour irrigation et les concentrés pour hémodialyse; les dispositifs implantables (stériles ou non) ; les dispositifs destinés à la maîtrise de la conception et/ou la prévention des maladies sexuellement transmissibles ; les dispositifs qui ont une similitude avec les médicaments et/ou qui ont fait l'objet d'un enregistrement précédemment ; les systèmes et nécessaires constitués des dispositifs visés ci-avant ; les aliments diététiques à des fins médicales spéciales.

57. *Le Conseil national de l'OP observe également que « une simple recherche sur le site des parapharmacies Medicare-Market (medi-market.be/fr) permet d'établir que de nombreux produits à caractère médical, tels que certains dispositifs médicaux relevant des catégories précitées (pansements stériles, compresses stériles, abaisse-langues stériles) et de nombreux aliments diététiques à des fins alimentaires spéciales, continuent à être distribués par les parapharmacies du « groupe Medicare-Market » via un canal de distribution qui n'est pas conforme à ce qui est imposé par la loi belge actuellement applicable »*[42].

58. *Le Conseil national de l'OP note à ce sujet que « contrairement aux pharmaciens d'officine – qu'il s'agisse de pharmaciens exerçant l'art pharmaceutique en officine hospitalière ou en officine ouverte au public –, les personnes gérant ou travaillant pour une parapharmacie ne sont pas liées par les dispositions particulières qui s'appliquent à l'exercice de l'art pharmaceutique et, de manière générale, à la règlementation applicable aux pharmacies d'officine. D'une part, un magasin de parapharmacie, qu'il soit physiquement accolé à une pharmacie d'officine ou physiquement ou virtuellement détaché de toute pharmacie ne doit pas suivre les règles de répartition imposées par l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, et n'est pas directement soumis au contrôle de l'AFMPS en matière d'inspection d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, de pharmacies hospitalières et de dépôts de produits. D'autre part, une personne gérant ou travaillant pour une parapharmacie ne doit pas détenir un diplôme légal de pharmacien, échappe aux obligations déontologiques qui incombent au pharmacien et, partant, au contrôle des organes de l'OP, et ne peut donc pas exercer l'art pharmaceutique (en ce compris, par exemple, le respect de l'observance thérapeutique, l'accès au dossier pharmaceutique et la mise en garde contre les effets indésirables et les interactions) »*[43].

59. *Par ailleurs, le Conseil national de l'OP souligne que les parapharmacies ne peuvent délivrer des produits relevant du monopole des pharmaciens*[44]*. Il remarque en outre que « les conseils prodigués par les personnes ne disposant pas d'un diplôme de pharmacien ne peuvent s'apparenter à ceux qui sont fournis par un pharmacien, au risque de constituer l'exercice illégal de l'art pharmaceutique. Un diététicien, un nutritionniste ou tout autre employé d'une parapharmacie n'est donc pas autorisé à délivrer les produits de santé relevant de la compétence exclusive du pharmacien (en ce compris, notamment, les médicaments, les matières premières, les préparations magistrales, certains dispositifs médicaux et les*

[42] Voy. § 17 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[43] Voy. §§ 18-20 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[44] Voy. § 21 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

aliments diététiques à des fins médicales spéciales). A l'inverse, un pharmacien d'officine n'est pas contraint par son monopole, et peut vendre en pharmacie des produits de parapharmacie. Il engage cependant sa responsabilité pour tous les produits vendus et services prestés en pharmacie, en ce compris ceux qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive. Il est par ailleurs assujetti aux normes déontologiques de l'OP pour toutes ses activités en pharmacie »[45].

60. *Le Conseil national de l'OP poursuit en estimant que : « Il s'agit là d'un élément clé dans cette affaire que la Communication ignore. La base du raisonnement de l'Auditorat est en effet une équivalence entre le modèle Medicare-Market et celui de la pharmacie dite « traditionnelle ». C'est à tort que la Communication met les deux modèles sur le même pied. En effet, dans une « pharmacie traditionnelle » les patients ont simultanément accès à un « espace parapharmacie » et à un « espace pharmacie », pour acheter des produits de santé relevant de la compétence exclusive du pharmacien et d'autres produits tels que des produits hygiéniques, des cosmétiques, des denrées alimentaires et de façon plus générale des produits parapharmaceutiques. Ce qui est essentiel (et qui constitue une distinction importante avec le modèle Medicare Market, du moins tel qu'il se présentait mi-2015), c'est que toutes ces activités s'opèrent au sein d'une seule et même officine pharmaceutique, placée sous la responsabilité d'un ou de plusieurs pharmaciens-titulaires, dans le respect des obligations légales formulées par l'AR Pharmaciens (en ce compris le Guide des bonnes pratiques officinales cité par l'Auditorat), la législation applicable aux produits concernés, et la déontologie pharmaceutique. Cette législation et le Code de déontologie pharmaceutique encadrent juridiquement et éthiquement la délivrance sûre des produits par le pharmacien et le conseil professionnel qu'il apporte en cette matière. La situation était fondamentalement différente dans le modèle développé par Medicare-Market, du moins au moment de l'intervention de l'OP en 2015. Dans ce modèle, l'« espace parapharmacie » et l'« espace pharmacie » relèvent chacun d'une entité juridique différente, la première entité étant un supermarché parapharmaceutique géré comme une société purement commerciale (opérant sous l'enseigne Medi-Market) et la seconde une pharmacie d'officine sous la responsabilité d'un pharmacien titulaire, prestataire de soins de santé (opérant sous l'enseigne Pharmaclic). En soi, l'OP n'a pas d'a priori à l'égard de ce modèle ou tout autre modèle potentiel. L'OP est neutre à cet égard. Il est donc faux de prétendre que le développement de certains modèles d'exploitation, voire d'enseignes, est « en soi problématique » pour l'OP. L'OP n'intervient pas dans la sphère économique de ses membres et dans la façon dont ils gèrent leurs activités, mais a comme seul objectif sa mission d'intérêt public »*[46].

61. *En ce qui concerne le concept MediCare-Market, le Conseil national de l'OP note que « La holding SA Medicare-Market contrôle directement ou indirectement des sociétés de deux types. L'on trouve, d'une part, des pharmacies enregistrées en tant que pharmacies d'officine auprès de l'AFMPS et ayant à leur tête un pharmacien titulaire et, d'autre part, des magasins de parapharmacie gérés, selon Medicare-Market, indépendamment de la pharmacie. Ces sociétés seraient groupées selon « un modèle fondé sur une distinction entre les activités de pharmacie et les activités de parapharmacie, activités distinctes, mais*

[45] Voy. § 21 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[46] Voy. §§ 22-25 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

complémentaires ». Ce constat, qui est établi par l'Auditorat, n'était pas d'actualité lors de l'introduction, par le Conseil national de l'OP, de la citation introductive d'instance du 21 décembre 2015 signifiée à la SA Medicare-Market. Au vu du folder distribué récemment par Medi-Market, il est par ailleurs légitime de se poser des questions sur la véracité du constat de l'Auditorat à l'heure actuelle »[47].

III.2.4 Analyse et conclusion de l'auditeur

62. *Si le législateur a décidé de soumettre la vente de certains produits au monopole des pharmaciens tout en permettant à ceux-ci de poser des actes ne relevant pas de leur monopole, il a également décidé de ne pas soumettre la vente d'autres produits à ce monopole. Tel est notamment le cas de la très grande majorité des produits de parapharmacie, pour lesquels les pharmaciens sont en concurrence avec des enseignes de parapharmacie, voire avec des grandes surfaces. Le législateur a ainsi considéré que l'impératif de santé publique n'exigeait pas que les produits de parapharmacie soient vendus par des experts de la santé tels que les pharmaciens. Le législateur n'a dès lors pas soumis la distribution de ce type de produits à des exigences strictes, par opposition à ce qu'il a décidé de faire s'agissant de la distribution de médicaments au détail.*

63. *En mettant en évidence le fait que le pharmacien « engage cependant sa responsabilité pour tous les produits vendus et services prestés en pharmacie, en ce compris ceux qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive »*[48], *le Conseil national de l'OP sous-entend que le conseil du pharmacien est nécessaire pour la vente de produits de parapharmacie et insinue que la présence du pharmacien lors de la vente de produits de parapharmacie induirait une forme de cautionnement de celui-ci sur la vente de ces produits, alors qu'il n'est pas nécessaire de disposer de compétences particulières pour vendre ces produits.*

64. *Par ailleurs, alors qu'elle s'applique en tout état de cause à la vente de médicaments, la déontologie pharmaceutique ne s'applique à la vente de produits de parapharmacie que lorsque la vente de ces produits est réalisée au sein d'une pharmacie. L'auditeur constate que cette différence réglementaire semble visiblement poser problème au Conseil national de l'OP qui préfèrerait que l'ensemble des activités des enseignes MediCare-Market soient soumises au contrôle de l'Ordre des pharmaciens. Il n'est toutefois pas admissible que le Conseil national de l'OP utilise l'argumentation de la confusion dans le but de dénaturer le modèle MediCare-Market pour le soumettre, dans son intégralité, y compris l'espace parapharmacie, à la déontologie des pharmaciens ou à la réglementation imposée aux seules pharmacies. L'auditeur reviendra infra sur l'argumentation de la confusion utilisée par le Conseil national de l'OP pour aboutir à ses fins*[49].

65. *Contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP, l'auditeur ne présente pas le modèle MediCare-Market comme étant équivalent à celui d'une pharmacie traditionnelle puisque ce qui le distingue de ces dernières, c'est précisément la distinction des circuits de distribution entre d'une part, la vente des médicaments et d'autre part, la vente des produits de parapharmacie.*

---

[47] Voy. § 30 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[48] Voy. § 21 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[49] Voy. *infra* §§ 148-154.

66. *L'auditeur constate par ailleurs que le Conseil national de l'OP admet dans ses conclusions qu'il y a eu une évolution du modèle MediCare-Market dans le sens de ses attentes entre janvier et octobre 2015[50]. Ce constat rend difficilement compréhensible la mise en place et l'implémentation d'une stratégie d'éviction par le Conseil national de l'OP à partir d'octobre 2015.*

III.3 Griefs reprochés

III.3.1 Adoption par l'OP d'une stratégie visant à empêcher le groupe MediCare-Market de se développer, voire à l'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens

67. *Le premier grief reproché est l'adoption par l'OP d'une stratégie visant à empêcher le groupe MediCare-Market de se développer, voire à l'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens. Cette stratégie a été adoptée dans l'intérêt économique de la majorité des membres de l'OP.*

III.3.1.a Existence de la stratégie d'éviction

68. *L'existence de la stratégie mise sur pied par l'OP ressort de plusieurs éléments, à savoir (i) des rapports de réunion du Conseil national de l'OP, (ii) des décisions concrètes de saisir tous les conseils disciplinaires concernés par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market et d'intenter, parallèlement, une action judiciaire en cessation et (iii) de l'argumentation utilisée dans ce cadre, à savoir principalement la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie.*

i) Les rapports de réunion du Conseil national de l'OP

69. *La stratégie de l'OP ressort notamment du rapport de la réunion du 22 janvier 2015 et des prises de position de deux membres du Conseil national au cours de celle-ci. Ceux-ci estiment en effet que l'Ordre des pharmaciens doit agir le plus rapidement possible puisque, précise l'un, MediCare-Market est en train de se mettre en conformité avec la réglementation[51]. A suivre ces affirmations, le but est avant tout d'attaquer MediCare-Market et non d'obtenir qu'il se conforme à la législation. Par ailleurs, au cours de la réunion du Conseil national du 24 septembre 2015, un des membres « propose de prévoir dans la révision de l'A.R. 78 une adaptation de la législation concernant les parapharmacies accolées à des pharmacies »[52]. A nouveau, cette proposition tend à mettre en difficulté directement le concept MediCare-Market, qui repose sur la juxtaposition d'une pharmacie à côté d'une parapharmacie.*

ii) Les décisions d'intenter des actions disciplinaires et judiciaire

70. *L'OP met tout en œuvre pour réaliser la stratégie d'éviction qu'il a adoptée. Ainsi il prend la décision, lors de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 octobre 2015, de porter plainte devant toutes les instances disciplinaires concernées par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market disposant d'une*

---

[50] Voy. notamment le § 23 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs dans lequel le Conseil national prend pour référence le modèle MediCare-Market à la mi-mai 2015, le § 78 dans lequel le Conseil national de l'OP limite son analyse au modèle existant au début de l'année 2015, le § 98 dans lequel le Conseil national de l'OP prend pour référence le modèle existant début 2015 (à tort puisque le point de comparaison de l'auditeur est le modèle existant fin 2015),

[51] Annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 2.

[52] Annexe 8 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 2.

pharmacie sur base de la confusion entre la pharmacie[53] et la parapharmacie. Il prend également, le même jour[54], la décision d'intenter une action en cessation devant le Président du Tribunal de commerce.

71. *Ces deux décisions ont été rapidement implémentées par l'OP lui-même, puisque, en date du 23 décembre 2015, le président du Conseil national a envoyé des lettres[55] aux présidents des conseils provinciaux [CONFIDENTIEL], concernés par l'ouverture d'une enseigne Medicare-Market, tandis que, le 21 décembre 2015, une action en cessation a été intentée devant le président du Tribunal de commerce de Nivelles. Tous les présidents des conseils provinciaux [CONFIDENTIEL] ont par ailleurs été informés, dans un e-mail du 22 décembre 2015 adressé par l'OP, du lancement de la citation du Conseil national à l'encontre de la société MediCare-Market. Tous les pharmaciens en ont également été informés via un communiqué publié sur la partie protégée du site internet de l'OP[56].*

72. *Le fait que, par ces actes, le Conseil national de l'OP vise à attaquer le concept MediCare-Market en lui-même ressort notamment du fait que, lors de l'action en cessation, il a agi contre l'ensemble des sociétés membres du groupe, indépendamment de l'existence ou non d'une enseigne rattachée à cette société. Cet état de fait a été constaté et mis en exergue par le président du Tribunal de commerce Nivelles dans son jugement concernant l'action en cessation intentée par l'OP. Le président a en effet jugé : «une action en cessation ne concerne pas les concepts, mais leur mise en œuvre concrète par une personne donnée, dans un temps et un lieu donné, par des actes matériels précis » et encore, « ces principes classiques empêchent d'agir globalement contre des sociétés qui participent, de diverses manières à un concept. Un concept ne peut nuire que s'il est mis en œuvre et seulement dans les limites de sa mise en œuvre concrète.». Par ailleurs, le président du Tribunal a jugé : « Il est impossible de rattacher clairement et précisément l'exploitation de telle ou telle (para)pharmacie à telle ou telle défenderesse ».*

iii) L'argumentation de la confusion

73. *La stratégie d'éviction poursuivie par l'OP ressort également de l'argumentation utilisée pour mettre en cause le concept MediCare-Market, à savoir la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie. En effet, cette argumentation n'est pas cohérente.*

74. *D'après l'OP, la confusion entre les espaces reposerait sur la séparation très ténue entre la pharmacie et la parapharmacie et ce, dans le but de créer un effet d'attraction sur le patient. Cette confusion des*

[53] Voy. le procès-verbal de la réunion du Conseil national du 22 octobre 2015

[54] L'auditeur base cette conclusion sur une lecture cumulée du procès-verbal de la réunion du Conseil national du 22 octobre 2015, du rapport du bureau du 12 novembre 2015 et du procès-verbal de la réunion du Conseil national du 26 novembre 2015 qui constituent les annexes 16, 17 et 18 de la réponse à la demande de renseignements du 19 août 2016. Voy. également Jugement du tribunal de commerce du Brabant wallon, annexé au mail de MediCare-Market du 7 octobre 2016, p. 11.

[55] Voy. les annexes 42, 43 et 44 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016

[56] Annexe 50 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016

genres bafouerait, selon l'OP, l'image et les valeurs de la profession de pharmacien, et créerait un risque réel pour la santé des patients[57].

75. *Toutefois, l'OP reconnait que « le Code de déontologie ne contient aucune disposition concernant l'accolement d'une pharmacie à une parapharmacie »*[58]*. Il précise néanmoins que « comme toutes les activités d'un pharmacien, cet accolement doit être exercé en respect de la déontologie pharmaceutique. Il appartient aux instances disciplinaires de vérifier in concreto si l'accolement respecte les principes de la déontologie pharmaceutique et, en cas de non-respect, de déterminer les sanctions qu'elles estiment nécessaires et proportionnées. »*[59]

76. *En réalité, l'argumentation développée par l'OP à propos de la confusion ne tient pas lorsqu'on compare le modèle MediCare-Market à l'agencement des pharmacies traditionnelles.*

77. *Toute pharmacie traditionnelle est agencée de manière telle qu'à l'entrée de celle-ci, le patient/consommateur ait accès à une série de produits cosmétiques et de parapharmacie. Cette situation découle notamment du Guide des bonnes pratiques officinales, qui constitue l'annexe 1 de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, et qui prévoit, en son point F.2. que « La zone de dispensation est agencée pour éviter l'accès du public aux médicaments ».*

78. *Or, cette exigence est également respectée par les pharmacies PharmaClic. Ainsi, que ce soit dans les pharmacies traditionnelles ou dans les pharmacies PharmaClic, les médicaments ne sont pas en libre accès au public. Ce qui distingue le modèle MediCare-Market des pharmacies traditionnelles est donc, d'une part, le volume et le nombre de produits cosmétiques et de parapharmacie beaucoup plus important dans les points de vente MediCare-Market que dans les pharmacies traditionnelles, et, d'autre part, le fait que, dans le concept MediCare-Market, une vitre sépare l'espace pharmacie et l'espace parapharmacie contrairement à ce qui est le cas dans les pharmacies traditionnelles.*

79. *Ainsi, il est incohérent de la part de l'Ordre des pharmaciens d'affirmer que le concept MediCare-Market entretient la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie alors qu'il considère par ailleurs que les pharmacies traditionnelles n'entretiennent pas de confusion entre pharmacie et parapharmacie.*

80. *L'auditeur constate au sujet de l'argument de la confusion qu'en dehors des procédures à l'encontre des pharmaciens du groupe MediCare-Market, aucune sanction disciplinaire n'a été prononcée sur base de l'existence d'une confusion entre la parapharmacie et la pharmacie, au motif de l'implantation des lieux de la pharmacie et/ou de sa configuration globale des lieux*[60]*.*

81. *Pourtant, chez MediCare-Market, les espaces sont séparés par une porte et une vitre, tandis que, dans les pharmacies traditionnelles, il n'existe aucune séparation. S'il devait y avoir risque de confusion entre pharmacie et parapharmacie, ce serait donc plutôt au sein des pharmacies traditionnelles.*

---

[57] Cf. Conclusions additionnelles de l'OP dans le cadre de l'action en cessation, point 12, qui constituent l'annexe 20 de la plainte Medicare-Market,

[58] Voy. La réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 avril 2017, point 17.

[59] *Ibidem*

[60] Voy. la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 12 octobre 2017.

82. *Ce constat est partagé par le Collège de la concurrence qui s'est exprimé comme suit dans sa décision n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017 en application de l'article IV.64, § 1er CDE :*

> *« 39. Le Collège constate que la Demanderesse organise contrairement à beaucoup de pharmacies dites traditionnelles, dans les établissements sous son enseigne une distinction nette, avec entrée à la rue séparée et partition en verre avec portes, entre la section « pharmacie » et la section « parapharmaceutique ». Sans que le Collège ne se prononce dans la présente procédure sur la question de savoir quels produits diététiques peuvent être disponibles en parapharmacie, il constate que dans les sections parapharmaceutiques de ses enseignes, la Requérante offre à la vente des produits et services en rapport avec la santé et le bien être de nature comparable aux produits distribués par les pharmacies dites traditionnelles, avec une présence plus importante de produits alimentaires à connotation diététique. Tout visiteur peut constater que l'aspect des lieux (y compris l'odeur spécifique d'une pharmacie), ainsi que la gamme de produits, est différent de l'aspect d'un supermarché classique.*
>
> *40. Le Collège comprend par ailleurs mal qu'on semble reprocher à la Requérante de porter atteinte à l'image de la profession en créant la confusion par un défaut de séparation entre les deux types de magasins, par exemple par des pratiques vestimentaires, tandis qu'une partie importante de la superficie des pharmacies classiques est souvent dédiée à des produits parapharmaceutiques où les clients sont servis par des pharmaciens et leurs assistants, et que la Défenderesse semble préconiser l'intégration dans son communiqué de presse du 24 février 2015 ».*

83. *L'argumentation de la confusion ne peut dès lors s'expliquer que par l'existence d'une stratégie de l'Ordre des pharmaciens visant à empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire à l'évincer du marché des services prestés par les pharmacies.*

III.3.1.b Raison d'être de la stratégie

84. *Il ressort du rapport de la réunion du Conseil national du 22 janvier 2015 que ses membres craignent que le modèle MediCare-Market, qui consiste à offrir conjointement les services d'un pharmacien et d'un large espace de parapharmacie, ne prolifère et, notamment, qu'il soit repris par les grandes enseignes de la distribution. Ainsi, au cours de cette réunion, [CONFIDENTIEL] a estimé que « si l'Ordre n'agit pas, dans peu de temps toutes les enseignes commerciales de distribution ouvriront leur pharmacie »[61]. Par ailleurs, [CONFIDENTIEL] s'est inquiété de la situation comparable en France et de son développement[62]. Cette prolifération du modèle MediCare-Market aurait pour conséquence que les bénéfices des pharmacies traditionnelles s'érodent et ce jusqu'à mettre progressivement en cause l'existence même du modèle traditionnel des pharmacies. En effet, contrairement aux pharmacies traditionnelles qui sont de taille modeste et sont gérées par un pharmacien indépendant, les enseignes MediCare-Market, vu leur taille et leur nombre, ont la possibilité d'acheter des volumes importants auprès des fournisseurs de produits de parapharmacie et, par conséquent, de négocier des conditions d'achat plus favorables que le pharmacien*

[61] Annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 3.
[62] Annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 3.

d'officine indépendant. L'avantage sur les prix d'achat peut ensuite être répercuté sur le patient/consommateur qui est alors encouragé à effectuer à nouveau ses achats dans ces grandes enseignes. Ainsi, les enseignes MediCare-Market, tout comme d'autres nouvelles enseignes, concurrencent de manière non négligeable les pharmacies traditionnelles, en particulier sur les produits de parapharmacie.

85. *Or, comme il a été vu plus haut[63], les revenus provenant des produits de parapharmacie deviennent de plus en plus importants pour la profitabilité des pharmacies. Ainsi, en effectuant une pression sur les prix des produits de parapharmacie, les enseignes MediCare-Market mettent indirectement à mal la profitabilité des pharmacies traditionnelles en leur retirant une partie non négligeable de leurs revenus.*

86. *Si le développement de telles enseignes est en soi problématique pour l'OP, le fait que les grandes surfaces pourraient, elles aussi, disposer d'une pharmacie l'est encore plus[64]. En agissant comme il le fait à l'encontre de MediCare-Market, l'OP adresse également un message aux potentiels nouveaux entrants sur le marché des médicaments et, surtout, des produits de parapharmacie. Le risque de l'arrivée de ces nouveaux acteurs est bien réel. A titre d'exemple, citons le fait qu'en France, les magasins Leclerc ont développé des pharmacies et des parapharmacies[65]. En Belgique, la tendance se confirme également avec le rachat récent de Newpharma par le groupe Colruyt[66].*

87. *La stratégie de l'OP tend également à mettre une pression indirecte sur les parapharmacies du modèle MediCare-Market afin de limiter, notamment, la publicité émanant de ses enseignes. L'OP n'a en effet pas de compétence pour faire directement pression sur la parapharmacie, puisqu'elle fait juridiquement partie d'une structure indépendante de la pharmacie. Il utilise dès lors l'argument de la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie pour faire indirectement pression sur celle-ci. Le Conseil national de l'OP veut en réalité éviter que MediCare-Market puisse réaliser de la publicité, effectuer du démarchage de clientèle et attirer des clients en octroyant des ristournes sur des produits de parapharmacie, alors que, dans l'interprétation du Code de déontologie opérée par l'OP, ce n'est pas permis aux pharmaciens. Dans ce cadre, le Conseil national est soutenu par certains pharmaciens, comme précisé dans les conclusions additionnelles dans le cadre de l'action en cessation : « [CONFIDENTIEL] »[67]*

---

[63] Voy. *supra* §§ 36-37

[64] En ce sens, voy. les dires [CONFIDENTIEL] lors de la réunion du 22 janvier 2015 suivant lequel « *Si l'Ordre n'agit pas, dans peu de temps toutes les enseignes commerciales de grandes distribution ouvriront leur pharmacie* ». Le procès-verbal de cette réunion constitue l'annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016.

[65] http://www.e-leclerc.com/catalogue/nos-magasins/magasins-specialises/parapharmacie

[66] Voy. notamment http://trends.levif.be/economie/entreprises/korys-rachete-newpharma-avec-le-groupe-colruyt/article-normal-772397.html et http://trends.levif.be/economie/entreprises/korys-rachete-newpharma-avec-le-groupe-colruyt/article-normal-772397.html.

[67] Cf. annexe 20 de la plainte MediCare-Market, Conclusions additionnelles de l'OP dans le cadre de l'action en cessation, § 29.

III.3.1.c Les actes posés par l'OP afin de réaliser sa stratégie d'éviction

88. *La stratégie de l'OP visant à empêcher le groupe MediCare-Market de se développer s'est concrétisée notamment par la décision de saisir les conseils disciplinaires à l'encontre des pharmaciens travaillant pour l'enseigne MediCare-Market sur la base du critère de la confusion des espaces, par la décision d'intenter une action en cessation devant le président du Tribunal de commerce de Nivelles et par une intervention dans la presse de [CONFIDENTIEL], président du Conseil national et porte-parole désigné dans le cadre de MediCare-Market[68] à l'encontre de MediCare-Market.*

i) La décision du Conseil national de l'OP de saisir les conseils disciplinaires

89. *Au cours d'une réunion ayant eu lieu le 22 octobre 2015, le Conseil national de l'OP a décidé de saisir toutes les instances disciplinaires concernées par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market disposant d'une pharmacie. L'argument utilisé par le Conseil national est celui de la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie, les deux espaces n'étant, d'après l'Ordre, qu'artificiellement séparés[69]. Plus précisément, il a été décidé : « Face au développement, selon un schéma identique, des ouvertures d'officines par le groupe MediCare-Market dans les différentes provinces, le conseil vote à l'unanimité le principe selon lequel le conseil national saisira les conseils provinciaux concernés des problèmes liés à ces ouvertures »[70]. A la suite de cette décision, l'OP a demandé, par courrier du 23 décembre 2015, respectivement au président du conseil provincial [CONFIDENTIEL][71], au président du conseil provincial [CONFIDENTIEL][72] et au président du conseil provincial [CONFIDENTIEL][73] d'ouvrir un dossier disciplinaire à l'encontre du pharmacien titulaire responsable de la pharmacie Pharmaclic établie dans leur province. Les termes de la demande sont les suivants :*

« Lors de sa séance du 22 octobre dernier, le Conseil national a décidé de requérir votre intervention sur base de l'article 20, §1er, de l'arrêté royal n°80 notamment parce que le modèle MEDI MARKET est basé sur la création de deux zones prétendument distinctes, la pharmacie et la parapharmacie. Le Conseil national a pu constater que la manière dont la pharmacie et la parapharmacie ont été conçues et agencées crée la confusion entre les deux espaces physiques […] ce qui risque inévitablement de donner au patient l'impression que le pharmacien s'inspire principalement de considération d'ordre commercial – publicités tapageuses, promotions exceptionnelles, …- qui prévalent dans l'espace parapharmacie, qui a un accès et un lien opérationnel directs avec l'espace de la pharmacie. »

---

[68] Voy. annexe 19 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 2.
[69] Voy. les annexes 42, 43 et 44 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016 qui reprennent les courriers du Conseil national de l'OP aux instances disciplinaires.
[70] Voy. annexe 9 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016. Voy. également le rapport du bureau du 12 novembre 2015 dans lequel il est question de modifications à la lettre destinée aux conseils provinciaux, notamment en spécifiant bien que les deux entités sont juridiquement différentes (Annexe 17 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016).
[71] Annexe 42 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[72] Annexe 43 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[73] Annexe 44 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016.

90. *Il convient de mentionner également le fait que, alors que la procédure disciplinaire à l'encontre du pharmacien devant le conseil provincial [CONFIDENTIEL] était en cours, le Conseil national a directement interpellé Yvan Verougstraete, administrateur délégué de la SA MediCare-Market dans un courrier du 8 mai 2015 faisant état de manquements avec la législation applicable sur base de la « confusion entre les deux espaces physiques et virtuels : tant la manière dont la pharmacie et la parapharmacie ont été conçues et agencées que la communication qui est faite par MediCare-Market créent la confusion : […]». Le Conseil national précisait dans son courrier que, à défaut d'adaptations de la part de MediCare-Market, il communiquerait le dossier à ses avocats et entreprendrait éventuellement des actions judiciaires. Cette menace a été mise à exécution dès lors que l'OP a mis fin à la procédure de conciliation, initiée à la suite de ce courrier.*

91. *Le conseil provincial [CONFIDENTIEL] a suivi les reproches du Conseil national et estimé, dans sa décision du 17 mars 2016 à l'encontre [CONFIDENTIEL][74] que les lieux occupés par la pharmacie et la parapharmacie font partie intégrante d'un espace commercial, ce qui constitue une faute déontologique au regard des articles 5, 74 et 76 du Code de déontologie. Il a par ailleurs été jugé que le site internet ne respectait pas les articles 14, 95, 96, 99ter et quater, 100 et 101 du Code de déontologie, car il entretenait la confusion dans l'esprit du patient/client/consommateur et pouvait dès lors s'analyser comme un incitant commercial[75]. Le conseil provincial [CONFIDENTIEL] a également estimé que la publicité réalisée par MediCare-Market via différents canaux (journaux, élection en tant que « Magasin de l'année » pour le prix Mercure 2015) était contraire aux articles 5, 90, 92 et 101 du code (pratiques commerciales donnant à l'art pharmaceutique une vision mercantile et étant de nature à altérer sa crédibilité et les relations de confiance avec le client)[76]. En conclusion, le conseil provincial a estimé que le pharmacien de MediCare-Market [CONFIDENTIEL] avait commis une faute en acceptant d'officier dans une structure qui engendre la confusion de genre entre le concept de la grande surface et de la pharmacie et l'a condamné à une suspension du droit d'exercer la profession d'une semaine.*

92. *Le pharmacien et le Conseil national ont interjeté appel contre la décision du conseil provincial. Dans le cadre de son recours, le président du Conseil national a estimé dans ses conclusions additionnelles et de synthèse qu'il existe toujours une confusion entre la pharmacie et la parapharmacie malgré le fait qu'il existe une porte vitrée entre les deux espaces[77].*

93. *Sur recours, par décision du 8 juin 2017, le conseil d'appel d'expression française a annulé la décision du conseil provincial [CONFIDENTIEL][78]. Cette annulation est fondée sur une irrégularité substantielle de la décision du conseil provincial de faire comparaître le pharmacien, le pharmacien instructeur étant membre suppléant du Conseil national. D'après le conseil d'appel, cette double appartenance ne pouvait qu'entraîner un manque apparent d'impartialité dans le chef du pharmacien instructeur. La décision relève*

[74] Voy. l'annexe 26 de la plainte de MediCare-Market
[75] Voy. §§ 32-36 de l'annexe 54 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market
[76] Voy. §§ 37-39 de l'annexe 54 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market
[77] Voy. points 25 à 31 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre des pharmaciens devant le conseil d'appel d'expression française, constituant l'annexe au mail de MediCare-Market du 17 janvier 2017.
[78] Voy. l'annexe au mail du 22 juin 2017 de MediCare-Market

ainsi que : «[CONFIDENTIEL] » [79] [80]. Dans la mesure où l'annulation de la décision du conseil provincial est fondée sur une irrégularité substantielle de la décision du conseil provincial de faire comparaitre le pharmacien, le conseil d'appel ne s'est pas saisi de la cause, conformément à une jurisprudence de la Cour de cassation[81].

94. *Le 7 octobre 2016[82], le pharmacien [CONFIDENTIEL] a démissionné de sa fonction de pharmacien-titulaire de l'officine [CONFIDENTIEL] en raison notamment des pressions subies dans le cadre des procédures disciplinaires, sans même attendre l'issue de la procédure devant le conseil d'appel [83].*

95. *Quant à la pharmacie [CONFIDENTIEL][84], suite aux plaintes de pharmaciens concurrents, une instruction a été ouverte contre la pharmacienne titulaire. Dans sa décision, le conseil provincial [CONFIDENTIEL] a retenu les griefs suivants : le fait que la croix indiquant la pharmacie soit clignotante, le risque de confusion dans le chef des clients/patients entre la pharmacie et la parapharmacie et la publicité indirecte due au fait que les publicités de la parapharmacie profiteraient également à la pharmacie. Le deuxième grief était soutenu par le fait que la pharmacie et la parapharmacie se trouvaient dans le même bâtiment, que leur numéro de maison étaient les mêmes, qu'elles n'étaient séparées que par une porte vitrée avec ouverture automatique qui, en cas d'affluence, était constamment ouverte, que les produits de la parapharmacie pouvaient être encaissés à la pharmacie et vice-versa et que la pharmacie disposait d'une grande réserve de produits de parapharmacie. Sur base des griefs susmentionnés, le conseil provincial a imposé, le [CONFIDENTIEL] septembre 2016, une sanction disciplinaire d'une suspension d'une journée. A la suite des appels intentés par la pharmacienne titulaire de la pharmacie [CONFIDENTIEL] et par le Conseil national de l'OP, le conseil d'appel néerlandophone, après avoir annulé la décision du conseil provincial, a condamné la pharmacienne-titulaire à une suspension de trois mois, notamment sur base de la confusion existante entre la pharmacie et la parapharmacie[85]. Etait également reproché à la pharmacienne le fait d'avoir recours à une croix de pharmacie « clignotante » en contrariété avec l'article 79 du code de déontologie pharmaceutique, l'envoi d'une publicité «toute-boîte» par MediCare-Market, assimilée à une forme de démarchage indirect au profit de PharmaClic et une publicité pour un médicament soumis à prescription, le Toplexil ®. Concernant ce dernier point, l'auditeur remarque qu'il s'agit en fait non d'une publicité, mais d'un article du journal paru dans « La Dernière Heure »[86]. C'est pourtant notamment sur base de la gravité de cet acte – la publicité pour un médicament soumis à prescription étant illégale – que le conseil d'appel a justifié la lourde sanction qu'il a infligée à la pharmacienne titulaire de la pharmacie [CONFIDENTIEL]. L'article de presse ne faisait pourtant référence*

[79] Voy. l'annexe au mail du 22 juin 2017 de MediCare-Market, p.13.
[80] Voy. l'annexe au mail du 22 juin 2017 de MediCare-Market, p.12.
[81] Voy. l'annexe au mail du 22 juin 2017 de MediCare-Market, p.13.
[82] Voy. l'annexe 51 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market
[83] Cf. Annexe 51 de la plainte de MediCare-Market.
[84] Voy. le mail de MediCare-Market du 7 octobre 2016.
[85] Voy. la décision du conseil d'appel néerlandophone du 21 septembre 2017, notamment pp. 10-12 (Annexe au mail de MediCare-Market du 10 octobre 2017).
[86] Voy. notamment annexe au mail de MediCare-Market du 11 octobre 2017. Voy. également la réponse de l'OP à la question 3 de la demande de renseignements du 12 octobre 2017.

qu'au groupe MediCare-Market et non à une pharmacie en particulier. Par ailleurs, la pharmacienne condamnée a commencé à travailler pour le groupe MediCare-Market le [CONFIDENTIEL], soit postérieurement à la parution de l'article, le 8 octobre 2015[87].

96. *En ce qui concerne la confusion, le conseil d'appel a reproché en particulier les éléments suivants : que la façade du bâtiment ne matérialise pas suffisamment la distinction des lieux, que la parapharmacie et la pharmacie ne soient séparées que par une porte en verre et, enfin, que le paiement de produits de pharmacie ait pu être effectué dans la parapharmacie. La confusion entre la parapharmacie et la pharmacie aurait été renforcée par la distribution, en toute-boîte, d'un folder MediCare-Market.*

97. *L'absence de distinction ainsi véhiculée, en termes d'image, conduit le conseil d'appel à conclure en substance (i) que le pharmacien en cause exerce sa profession dans une pharmacie faisant partie d'un complexe commercial, dans des circonstances de fait telles qu'elles portent atteinte à l'identité spécifique de la pharmacie, liée aux impératifs de santé publique, (ii) que l'agencement des locaux et la publicité y afférente impliquent que l'exploitation de la parapharmacie est en réalité utilisée comme moyen d'attirer le patient/consommateur vers la pharmacie, ce qui constitue une faute déontologique grave et (iii) que l'agencement des lieux et la publicité y afférente constituent une exagération commerciale (« Commerciële overdrijving ») incompatible avec l'exercice correct du métier de pharmacien*[88].

98. *Le pharmacien-titulaire de l'officine [CONFIDENTIEL] a également fait l'objet d'une procédure disciplinaire. Il était fait état, dans la convocation devant le conseil provincial [CONFIDENTIEL], d'une violation par le pharmacien du Code de déontologie pour les raisons suivantes : avoir exercé le métier dans un espace qui fait partie d'un complexe commercial, à savoir la parapharmacie MediCare-Market, avoir mené une publicité personnelle contraire aux règles essentielles de la profession en laissant publier un article de presse dans lequel l'unité entre la pharmacie et la parapharmacie était mise en évidence, avoir fait de la publicité trompeuse et avoir démarché de la clientèle en octroyant des réductions importantes*[89]. *Le 21 janvier 2017, un huissier de justice a rédigé des constats chez MediCare-Market et PharmaClic [CONFIDENTIEL], à la demande du conseil provincial de l'OP [CONFIDENTIEL]*[90]. *L'audience devant le conseil provincial a eu lieu le 28 mars 2017.*

99. *Cette procédure a abouti à une décision du conseil provincial [CONFIDENTIEL] le [CONFIDENTIEL] avril 2017 condamnant le pharmacien-titulaire [CONFIDENTIEL] à la sanction de la suspension du droit d'exercer la profession durant trois semaines. Dans ce cadre, le conseil provincial a jugé :*

---

[87] Voy. le courrier de MediCare-Market du 14 novembre 2017 adressé à l'OP transmis à l'ABC par mail du 30 novembre 2017

[88] Voy. le point 11 de la décision du conseil d'appel néerlandophone du 21 septembre 2017 reprise à l'annexe au mail de MediCare-Market du 11 octobre 2017.

[89] Voy. mail de MediCare-Market envoyé le 7 décembre 2016 à l'Autorité belge de la concurrence. Voy. également l'annexe 61 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market.

[90] Voy. mail de MediCare-Market envoyé le 14 mars 2017 à l'Autorité belge de la concurrence et annexe 63 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market.

«[CONFIDENTIEL] ».”[91] [92]

100. *Une procédure disciplinaire a également été diligentée à l'encontre de la pharmacienne de PharmaClic [CONFIDENTIEL] sur base de la plainte du Conseil national*[93]*. L'audience disciplinaire a eu lieu le 24 avril 2017. Les reproches visent également le concept MediCare-Market. Ainsi, le conseil provincial [CONFIDENTIEL] poursuit disciplinairement la pharmacienne-titulaire pour « [CONFIDENTIEL] »*

101. *Dans ce cadre, il est également reproché à la pharmacienne d' « [CONFIDENTIEL] »*[94]

102. *Le conseil disciplinaire a décidé de sanctionner la pharmacienne titulaire et de lui infliger un avertissement compte tenu du fait que la pharmacienne n'aurait pas remédié aux défectuosités liées à la porte vitrée séparant la pharmacie de la parapharmacie ce qui aurait « [CONFIDENTIEL] ». La sanction infligée tiendrait compte, selon le Conseil provincial, d'une « [CONFIDENTIEL] »*[95]*.*

103. *L'auditeur constate que les décisions disciplinaires des différents conseils reprennent généralement les mêmes arguments que ceux développés par le Conseil national sur la confusion, faisant ainsi écho à la stratégie du Conseil national d'empêcher le développement du concept du groupe MediCare-Market.*

ii) La décision du Conseil national de l'OP d'intenter l'action en cessation

104. *Parallèlement à sa décision d'intenter des actions disciplinaires, le Conseil national de l'OP a également pris la décision d'intenter une action judiciaire en cessation*[96]*. Dans le cadre de cette action, introduite le 21 décembre 2015 notamment par l'OP à l'encontre de l'ensemble des sociétés du groupe MediCare-Market devant le Tribunal de Commerce de Nivelles, les reproches relevés par l'OP ont été les suivants*[97] *:*

- la confusion générale à l'égard des patients/clients, en particulier entre les activités de pharmacie et de parapharmacie (référence à un nombre total de mètres carrés, confusion d'adresses, d'e-mails ou de numéros de téléphone, possibilité de passer d'un espace à l'autre par une porte intérieure, invitation des patients/clients à se rendre d'un espace à l'autre (notamment en vue de paiements), utilisation de blouses similaires,…);

- La vente de produits parapharmaceutiques qui ne pourraient être vendus qu'en pharmacie ;

---

[91] Voy. l'annexe 10 à la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 avril 2017, pp. 7-8.
[92] Traduction libre : « [CONFIDENTIEL] ».
[93] §§ 86 et 124-126 de la demande de mesures provisoires de MediCare-Market. Voy. également l'annexe 64 à cette demande de mesures provisoires.
[94] Voy. annexe 64 à la demande de mesures provisoires de MediCare-Market.
[95] Cf. décision du [CONFIDENTIEL] décembre 2017 du Conseil provincial [CONFIDENTIEL], p.9, en annexe du mail de MediCare-Market du 7 mai 2018
[96] L'auditeur base cette conclusion sur une lecture cumulée du procès-verbal de la réunion du Conseil national du 22 octobre 2015, du rapport du bureau du 12 novembre 2015 et du procès-verbal de la réunion du Conseil national du 26 novembre 2015 qui constituent les annexes 16, 17 et 18 de la réponse à la demande de renseignements du 19 août 2016. Voy. également Jugement du tribunal de commerce du Brabant wallon, annexé au mail de MediCare-Market du 7 octobre 2016, p. 11.
[97] Voy. l'annexe 20 de la plainte de Medicare-Market

- L'absence de notification à la Commission pour la protection de la vie privée du traitement de données à caractère personnel des clients.

- L'offre et l'application de bons de réduction à l'achat de médicaments et/ou de produits parapharmaceutiques.

105. *Outre l'intentement de l'action judiciaire, l'OP est également à la source de l'intervention volontaire de l'APB dans ce cadre. Il ressort en effet du compte-rendu de la session du conseil fédéral de l'APB du 17 février 2015 que « L'Ordre des pharmaciens envisage de demander au tribunal d'arrêter les activités commerciales de MediCare-Market »[98] et que « l'Ordre a demandé à l'APB de se joindre à la requête »[99]. Par ailleurs, l'OP souhaitait que des pharmaciens participent à l'action et a fait part de sa volonté à l'APB[100], qui s'est chargée cette mission[101]. En effet, l'APB a contacté neuf pharmaciens en vue de solliciter leur participation à l'action en cessation. L'APB décrit la demande en ces termes : l'APB a contacté les pharmaciens « ayant un intérêt direct à l'action (risque financier) et donc les proches d'un MediMarket implanté, nous avons contacté neuf pharmaciens, dont il était connu qu'ils avaient le souhait d'agir contre la confusion, créée par MEDICARE MARKET entre leur enseigne pharmacie et leur enseigne parapharmacie.». L'APB signale encore que : « Tous ces pharmaciens ont répondu positivement à notre demande de se joindre à l'action en cessation, et nous leur avons envoyé un projet de lettre donnant mandat à l'APB et prévoyant la prise en charge des coûts exposés. Dès réception de ce mandat signé, nous avons envoyé une réponse pour marquer l'accord de l'APB sur l'ensemble des points cités dans ce courrier. »[102]*

106. *C'est bien le concept du groupe MediCare-Market qui est visé par cette procédure judiciaire. En témoigne notamment le fait que cette action a été intentée contre des enseignes du groupe qui n'étaient même pas encore ouvertes au moment de l'action[103], ainsi qu'une communication faite sur le site de l'OP, annonçant que l'OP a agi en justice contre MediCare-Market et dans laquelle on peut lire « certaines pratiques du groupe MEDICARE-MARKET (…) portent atteinte à la profession de pharmacien et sont susceptibles de nuire aux patients ».[104]*

107. *La critique du concept en tant que tel est également attestée par le fait que, tout en reconnaissant que le concept du groupe se base sur l'existence d'une pharmacie et d'une parapharmacie, donnant lieu à la*

---

[98] Compte-rendu de la séance du conseil fédéral de l'APB du 17 février 2015, se trouvant à l'annexe 6.1. b) de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[99] Compte-rendu de la séance du conseil fédéral de l'APB du 17 février 2015, se trouvant à l'annexe 6.1. b) de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016.
[100] Voy. l'annexe 4.2. de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016, reprenant le procès-verbal de la réunion du 30 novembre 2015.
[101] Voy. les documents situés à l'annexe 5 de la réponse de l'APB à la demande de renseignements du 19 août 2016, reprenant le procès-verbal de la réunion du 30 novembre 2015.
[102] Voy. le mail de l'APB du 26 février2018 en réponse à la DDR du 12 février 2018.
[103] Voy. p. 30 de la plainte de MediCare-Market du 2 juin 2016.
[104] Voy. la communication du 22 décembre 2015 qui se trouve à l'annexe 37 de la plainte de MediCare-Market.

création d'un « supermarché de la santé »[105], l'OP critique cet agencement entre pharmacie et parapharmacie qui créerait une confusion. Ainsi, l'Ordre écrit dans ses conclusions : « [CONFIDENTIEL] [106] [CONFIDENTIEL] »[107].

108. *D'après l'OP, cette confusion découlerait de toute une série d'actes[108] parmi lesquels on peut citer le fait que les patients aient été invités à payer la totalité de leurs achats de pharmacie/parapharmacie dans l'espace de la parapharmacie[109], le fait, plus général, que les patients soient invités à se rendre dans l'espace parapharmacie pour y effectuer leurs achats pour tels types de produits dès lors que la pharmacie ne les fournit pas directement au patient[110], le fait que des produits de la marque verte avec indication « vente exclusive en pharmacie » soient vendus en parapharmacie[111], le fait que les conditions générales de vente sur le site internet lient l'acheteur à la « S.A. PharmaClic Medi-Market Charleroi »[112], la manière dont le groupe MediCare-Market se présente dans la presse[113] et, enfin, le fait que des pharmaciens ou des assistants pharmaceutiques travaillent dans la parapharmacie[114].*

109. *Le président du Tribunal de commerce a déclaré cette action irrecevable en considérant que le but de celle-ci était de remettre en cause le modèle même de MediCare-Market et non d'exiger le respect de la loi. Le magistrat a en effet jugé qu'une «action en cessation ne concerne pas les concepts, mais leur mise en œuvre concrète par une personne donnée, dans un temps et un lieu donné, par des actes matériels précis » et encore, « ces principes classiques empêchent d'agir globalement contre des sociétés qui participent, de diverses manières à un concept. Un concept ne peut nuire que s'il est mis en œuvre et*

---

[105] Voy. notamment pp. 10-11 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market.
[106] L'auditorat souligne.
[107] Voy. p. 13 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market
[108] Voy. les pp. 66 à 81 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market
[109] P. 71 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market
[110] P. 72 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market
[111] L'Ordre admet que ce fait est légal, mais précise : « [CONFIDENTIEL]» (p. 74 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market).
[112] Pp. 75-76 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market.
[113] Pp. 76-77 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market
[114] Pp. 77-78 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market. L'auditorat relève que, assez paradoxalement, l'Ordre critique aussi le fait que certains membres du personnel présents en parapharmacie ne soient pas compétents pour détecter les éventuelles interactions négatives entre des médicaments et des produits de parapharmacie (Voy. le § 95 des conclusions additionnelles et de synthèse de l'Ordre dans le cadre de l'action en cessation, qui constitue l'annexe 20 de la plainte de MediCare-Market) .

seulement dans les limites de sa mise en œuvre concrète. »[115]*. L'OP avait en effet été invité durant la procédure à identifier pour chaque acte litigieux, quelle était la société du groupe MediCare-Market responsable de l'acte. L'OP avait estimé qu'il était impossible de rattacher clairement et précisément l'exploitation de telle ou telle (para)pharmacie à telle ou telle société du groupe, argument qui n'a pas été retenu par le juge dans la mesure où une procédure de conciliation avait eu lieu, ce qui aurait dû lui permettre de répondre à la question*[116]*.*

110. *L'Ordre des pharmaciens n'a pas interjeté appel de cette décision*[117]*.*

iii) L'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse

111. *Outre ces actions disciplinaires et judiciaire, il y a lieu de relever une série d'interventions dans la presse de la part de membres du Conseil national de l'OP tendant à discréditer le groupe MediCare-Market. Ainsi, dans Le Soir du 24 décembre 2015*[118]*, [CONFIDENTIEL], président du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et porte-parole désigné dans le cadre de MediCare-Market*[119]*, a soutenu qu'il n'est pas exagéré de dire que le client court un risque chez MediCare-Market. Il a par ailleurs insinué que, chez MediCare-Market, le vendeur de médicaments ne connaitrait pas l'état de santé du patient et ne serait pas en mesure de le conseiller complètement. Enfin, il a affirmé que « Un pharmacien sait faire le tri, pas un simple vendeur d'une parapharmacie ».*

112. *Cette interpellation dans la presse, ainsi que d'autres, ont conduit à ce qu'un parlementaire pose une question « sur les supermarchés du médicament et des produits de soins » à la Ministre de la Santé. Cette dernière a répondu que « Il n'y a pas de "supermarché du médicament" en Belgique. L'enseigne Medi-Market recouvre deux activités distinctes et physiquement séparées: des pharmacies et des parapharmacies. Les petites et moyennes parapharmacies existent depuis de nombreuses années sous différentes enseignes, comme Kruidvat et iU. Medi-Market n'innove que par la taille des magasins. Les parapharmacies doivent se faire enregistrer auprès de l'AFSCA et ne peuvent pas vendre de médicaments. Les pharmacies Medi-Market de Gosselies et de Rocourt ont été contrôlées peu après leur ouverture par des inspecteurs de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (AFMPS). Aucun manquement n'a été constaté. Plusieurs plate-formes de concertation réunissent régulièrement l'AFMPS et les associations professionnelles représentatives (OPHACO et APB). Le fait que les parapharmacies de l'enseigne Medi-Market ne soient pas autorisées à vendre des médicaments limite l'impact sur la consommation excessive et l'automédication.*

Le pharmacien doit garder un rôle central dans la distribution des médicaments mais le métier doit pouvoir évoluer pour répondre aux besoins des patients. L'encadrement de la vente par Internet en est un exemple. » [120]

---

[115] Cf. Jugement du Tribunal de commerce du Brabant wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108.
[116] Cf. Jugement du Tribunal de commerce du Brabant wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108.
[117] Voy. le courrier du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens du 3 mars 2017 adressé à l'auditorat.
[118] Annexe 35 de la plainte de MediCare-Market.
[119] Voy. annexe 19 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 2.
[120] https://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/54/ac318.pdf

III.3.1.d Conséquences de la stratégie

113. *La stratégie du Conseil national d'empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire de l'évincer du marché et les décisions prises dans ce cadre et, en particulier, la décision d'intenter des actions disciplinaires en attaquant pour ce faire le concept MediCare-Market ont deux conséquences principales. Tout d'abord, il est impossible pour les pharmaciens des pharmacies PharmaClic de continuer à travailler pour une enseigne telle que MediCare-Market sans faire l'objet de poursuites et, le cas échéant, de sanctions disciplinaires. Ainsi, la seule manière pour les pharmaciens de se conformer à la volonté de l'OP est de démissionner de leur poste, ce qui rend très difficile, le développement du concept MediCare-Market*[121]*. En outre, par ses décisions et actions, le Conseil national de l'OP fait savoir à l'ensemble des pharmaciens son opposition au concept développé par le groupe MediCare-Market. Ceci a pour conséquence que ce groupe a beaucoup plus de mal à recruter des pharmaciens, notamment à la suite de procédures disciplinaires entamées à l'encontre de ses pharmaciens-titulaires, ou lorsque MediCare-Market souhaite ouvrir une nouvelle pharmacie ou une nouvelle parapharmacie.*

114. *Pour faire face à ces difficultés, MediCare-Market a notamment dû offrir aux pharmaciens membres du groupe des salaires supérieurs au barème des pharmaciens*[122]*.*

III.3.1.e Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

i) Considérations générales et remarques préalables du Conseil national de l'OP

115. *Dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP constate que les griefs « ne remettent pas en cause (i) les règles du Code de déontologie pharmaceutique énoncées par le Conseil national de l'OP, ni (ii) le contenu des décisions des Conseils provinciaux et des Conseils d'appel de l'OP »*[123]*. Il note néanmoins « une confusion certaine dans la Communication entre, d'une part, l'objet des griefs qui se limitent à l'action du Conseil national et, d'autre part, les décisions des Conseils provinciaux et des Conseils d'appel concernant certains points de vente de Medicare-Market. Ces décisions semblent en effet jouer un rôle dans ce que l'Auditorat reproche au Conseil national (en ce compris dans la méthode de calcul de l'amende suggérée par l'Auditorat), alors qu'elles ne sont pas de son fait »*[124]*.*

116. *Le Conseil national de l'OP rappelle par ailleurs en se référant à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles que la charge de la preuve des infractions au droit de la concurrence revient à l'auditorat qui peut fournir une telle preuve par toutes voies de droit, y compris par présomptions et par un faisceau d'indices objectifs et concordants*[125]*.*

---

[121] Voy. Annexes 51 et 59 de la demande de mesures provisoires de MediCare-Market.
[122] Sur les différents préjudices, financiers et autres, subis par MediCare-Market, voy la réponse de MediCare-Market à la demande de renseignements du 24 avril 2018.
[123] § 56 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[124] *Ibidem*.
[125] Voy. §§ 60-61 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

ii) Considérations concernant la stratégie d'éviction

117. *Dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP estime que l'auditeur n'a pas apporté la preuve de l'existence de l'objectif d'empêcher le développement du modèle MediCare-Market et/ou d'évincer ce modèle du marché des services délivrés par les pharmaciens*[126].

118. *Le Conseil national de l'OP aurait seulement agi en vertu de sa mission d'intérêt public et sur base de violations suspectées des dispositions légales et déontologiques*[127]. *Ainsi, il ne s'opposerait pas « au « modèle Medicare-Market » ni au recrutement de pharmaciens par des chaînes de distribution répondant à ce modèle pour autant que (i) les pharmaciens concernés par ce modèle respectent les obligations déontologiques qui leur incombent dans le cadre de leur profession et (ii) les activités prestées dans ce contexte ne sont pas contraires à la législation applicable aux pharmacies d'officine et à la profession de pharmacien »*[128]. *Le Conseil national de l'OP estime par ailleurs qu' « il serait (…) insensé pour l'OP de ne défendre que les intérêts d'une fraction de ses membres »*[129]. *En effet, les pharmaciens titulaires d'une officine faisant partie d'une chaîne représentent « une partie non-négligeable des membres de l'OP »*[130].

119. *En ce qui concerne plus précisément les procédures disciplinaires, le Conseil national de l'OP reconnait avoir pris des initiatives dans trois de celles-ci, soit dans celles à l'égard des pharmaciens [CONFIDENTIEL]. Néanmoins, dans deux de ces trois procédures, des plaintes avaient été déposées auparavant par des pharmaciens et par l'APB*[131]. *Le Conseil national de l'OP estime dès lors que « Ces deux procédures auraient eu lieu et auraient connu exactement le même déroulement en l'absence de toute initiative du Conseil national »*[132]. *Dans le troisième cas, le Conseil national de l'OP note que la procédure a duré un certain temps et a abouti à la sanction de l'avertissement et n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'un appel. A cet égard, le Conseil national de l'OP met en avant qu'il a été réticent à intervenir dans la procédure disciplinaire en refusant de produire un dossier spécifique concernant la pharmacie en cause*[133].

120. *Le Conseil national de l'OP tient ensuite à préciser que « les Conseils provinciaux agissent sur la base d'une plainte d'un pharmacien ou d'un tiers, et pas uniquement d'office ou à la requête du Conseil national »*[134]. *D'après le Conseil national de l'OP, « L'Auditorat est bien en peine d'expliquer comment des actions disciplinaires initiées sur la base de plaintes d'un pharmacien ou d'un tiers, et non à la requête du Conseil national de l'OP ou à l'initiative des Conseil provinciaux de l'OP, pourraient être rattachées à une*

---

[126] Voy. §§ 65-67 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[127] Voy. §§ 68-70 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[128] Voy. § 70 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[129] Voy. § 148 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[130] Voy. § 148 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[131] Voy. l'annexe 24 de la plainte de MediCare-Market qui reprend notamment une plainte de l'APB contre MediCare-Market [CONFIDENTIEL] ainsi que des plaintes de différents pharmaciens contre la pharmacie de [CONFIDENTIEL]. Voy. également l'annexe 24 5 de la plainte de MediCare-Market qui contient des plaintes contre la pharmacie [CONFIDENTIEL].
[132] Voy. § 74 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[133] Voy. § 75 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[134] Voy. § 76 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs. Voy. également § 35 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

prétendue « stratégie d'éviction » qu'aurait poursuivi l'OP vis-à-vis de Medicare-Market »[135]*. En outre, « Si le Conseil national de l'OP avait effectivement eu l'intention de « remettre en cause le modèle même de Medicare-Market », il ne se serait pas limité à initier la poursuite de trois cas isolés mais aurait cherché à remettre en cause systématiquement le comportement de l'ensemble des pharmaciens exerçant leur profession au sein du groupe Medicare-Market sur la base des dispositions du Code de déontologie pharmaceutique, ce qu'il n'a pas fait (ainsi, il est possible de citer une dizaine d'exemples de pharmaciens du groupe contre lesquels aucune action n'a été entreprise). L'Auditorat reste en défaut de démontrer en quoi les poursuites disciplinaires intentées à l'encontre de ces trois personnes viseraient à ébranler « le modèle même de Medicare-Market », et en quoi ces poursuites fausseraient le jeu de la concurrence.»*[136]

121. *En fait, le Conseil national de l'OP aurait uniquement exécuté les tâches que le législateur lui a confiées. A le suivre, cela ressortirait des résultats des trois procédures disciplinaires dans lesquelles le Conseil national de l'OP a porté plainte auprès des conseils provinciaux. En effet, aucune sanction n'a été infligée dans le premier cas, un simple avertissement dans le second et une suspension de trois mois dans le troisième*[137]*. Cette divergence démontrerait « par ailleurs bien l'appréciation autonome des instances disciplinaires et le manque d'emprise du Conseil national sur ces instances »*[138]*.*

122. *Le Conseil national de l'OP affirme par ailleurs que, en tout état de cause, son action a été inefficace et que, dès lors, « Si stratégie d'éviction il y avait, quod non, l'on ne peut que constater son échec total »*[139]*.*

123. *Le Conseil national de l'OP indique par ailleurs qu'il n'a pas intenté d'appel contre une décision du conseil provincial ayant conclu à l'absence de preuves d'irrégularités dans la pharmacie de MediCare-Market [CONFIDENTIEL] et qu'il a, au contraire, fait appel d'une décision du conseil provincial [CONFIDENTIEL] acquittant un pharmacien ayant dénigré des pharmaciens de MediCare-Market*[140]*.*

124. *En ce qui concerne l'action en cessation, le Conseil national de l'OP invoque d'abord le fait que « le jugement intervenu dans le cadre de l'action en cessation a déclaré les demandes de l'OP irrecevables. L'OP souligne qu'il n'existe pas, à ce jour, de décision judiciaire ayant déclaré non-fondées les demandes de l'OP »*[141]*.*

125. *Le Conseil national de l'OP affirme en outre que « L'OP a cité l'ensemble des sociétés du groupe avec pour objectif de faire respecter la législation applicable aux soins pharmaceutiques, aux produits de santé délivrés en magasin et/ou en officine pharmaceutique, et aux pratiques commerciales déloyales, par les sociétés ayant commis des infractions. Cela comprend à la fois les pharmacies, les parapharmacies et la holding représentant l'intérêt de l'ensemble des sociétés »*[142]*.*

---

[135] Voy. § 76 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[136] Voy. § 77 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[137] Voy. §§ 78-80 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[138] Voy. § 80 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[139] Voy. § 81 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[140] Voy §§ 82-83 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[141] Voy. § 51 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs.
[142] Voy. § 84 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

126. *Le Conseil national de l'OP souligne ensuite qu'il «a choisi de ne pas interjeter appel contre la décision du Président du Tribunal de Commerce du Brabant Wallon du 5 octobre 2016 intervenue dans cette procédure »[143]. D'après lui, il en aurait été autrement « s'il avait effectivement voulu entraver à tout prix ou empêcher le développement du « groupe Medicare-Market »[144].*

127. *Par ailleurs, le Conseil national de l'OP affirme que, s'il avait voulu évincer MediCare-Market, « il aurait agi sans tarder en cessation (une possibilité qui avait été mentionnée par la juriste de l'OP lors de la séance du Conseil national du 22 janvier 2015) et aurait fait l'économie de plusieurs mois de discussions »[145].*

128. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat n'établit pas que les décisions et l'argumentaire de l'OP sont anti-concurrentiels et qu'ils auraient pour but de fausser le jeu de la concurrence et non de faire respecter la déontologie pharmaceutique et la loi belge[146]. A ce sujet, le Conseil national de l'OP affirme que « chaque manquement répondait à une violation potentielle clairement identifiée, et le cas échéant sanctionnée par l'instance compétente, des dispositions du Code de déontologie pharmaceutique ou de la loi belge »[147] et que « l'attitude de l'OP dans le cadre des procédures disciplinaires et de l'action en cessation a été constructive, privilégiant une approche mesurée, au cas par cas »[148].*

129. *Quant à l'argumentation de la confusion, le Conseil national de l'OP note tout d'abord que « l'ABC ne peut s'exprimer sur le fond des affaires disciplinaires ni n'a la compétence d'interpréter et d'appliquer des législations autres que les articles 101 et 102 TFUE »[149]. Nonobstant ce constat, le Conseil national de l'OP est d'avis que « il est difficile de comprendre en quoi une interprétation supposément erronée de la loi belge et de la déontologie, par le Conseil national, dans le cadre de l'action en cessation et des procédures disciplinaires (aujourd'hui clôturées) puisse impliquer en soi une intention d'évincer Medicare-Market du marché des services fournis par les pharmaciens »[150]. A suivre le Conseil national de l'OP, « il ne suffit pas à l'Auditorat d'affirmer que l'OP aurait eu tort de considérer que le concept de Medicare-Market entretenait et reposait sur la confusion entre l'espace consacré à la pharmacie et celui consacré à la parapharmacie. Il reste encore à l'Auditorat à démontrer que l'argumentation de l'OP défendue dans l'action en cessation et les procédures disciplinaires n'est pas seulement incorrecte mais s'apparenterait à des prétextes ou de fausses raisons visant in fine à évincer le « groupe Medicare-Market » du marché. Il reste également à établir que la motivation de l'OP n'aurait rien à voir avec la volonté de faire respecter la loi et la déontologie, conformément à son objet. Or, l'Auditorat reste en défaut d'apporter les éléments de preuve nécessaires à cet égard »[151].*

---

[143] Voy. § 86 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[144] *Ibidem*.
[145] Voy. § 87 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[146] Voy. §§ 88-89 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[147] Voy. § 91 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[148] *Ibidem*.
[149] Voy. § 95 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[150] Voy. § 96 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[151] *Ibidem*.

130. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que la prémisse de base de l'Auditorat, suivant laquelle, « la formule développée par Medicare-Market ne diverge en rien de l'agencement des pharmacies dites « traditionnelles » »*[152]*, ce qui engendrerait « qu'il aurait été incohérent pour l'OP de poursuivre Medicare-Market sur la base d'une thèse de confusion alors qu'il ne fait rien contre les pharmacies « traditionnelles » qui entretiendraient la même confusion »*[153] *est fausse. En effet, il existerait « une distinction fondamentale entre la formule développée par Medicare-Market, telle qu'elle se présentait début 2015, et celle des pharmacies dites « traditionnelles »*[154]*. D'après le Conseil national de l'OP, en effet, « dans une « pharmacie traditionnelle » les patients ont simultanément accès à un « espace parapharmacie » et à un « espace pharmacie », pour acheter des produits de santé relevant de la compétence exclusive du pharmacien et d'autres produits tels que des produits hygiéniques, des cosmétiques, des denrées alimentaires et de façon plus générale des produits parapharmaceutiques. Ce qui est essentiel (et qui constitue une distinction importante avec le modèle Medicare Market, du moins tel qu'il se présentait mi-2015), c'est que toutes ces activités s'opèrent au sein d'une seule et même officine pharmaceutique, placée sous la responsabilité d'un ou de plusieurs pharmaciens-titulaires, dans le respect des obligations légales formulées par l'AR Pharmaciens (en ce compris le Guide des bonnes pratiques officinales cité par l'Auditorat), la législation applicable aux produits concernés, et la déontologie pharmaceutique. Cette législation et le Code de déontologie pharmaceutique encadrent juridiquement et éthiquement la délivrance sûre des produits par le pharmacien et le conseil professionnel qu'il apporte en cette matière. La situation était fondamentalement différente dans le modèle développé par Medicare-Market, du moins au moment de l'intervention de l'OP en 2015. Dans ce modèle, l'« espace parapharmacie » et l'« espace pharmacie » relèvent chacun d'une entité juridique différente, la première entité étant un supermarché parapharmaceutique géré comme une société purement commerciale (opérant sous l'enseigne Medi-Market) et la seconde une pharmacie d'officine sous la responsabilité d'un pharmacien titulaire, prestataire de soins de santé (opérant sous l'enseigne Pharmaclic) »*[155]*.*

131. *Le Conseil national de l'OP rejette également l'utilisation des propos [CONFIDENTIEL] lors de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015 par l'auditorat*[156]*. En effet, d'une part, les dires [CONFIDENTIEL] n'engageraient que lui et ne reflèteraient pas une position quelconque du Conseil national de l'OP et, d'autre part, cette intervention serait sortie de son contexte et viserait uniquement à assurer, d'une part, que MediCare-Market n'échappe pas aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises et, d'autre part, que « des produits de santé ou de bien-être (qu'ils s'agisse de produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien ou de produits de parapharmacie) puissent être vendus par toute enseigne commerciale supposément sous supervision d'un pharmacien – donnant un caractère plus fiable*

[152] Voy. § 97 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[153] *Ibidem*.
[154] Voy. § 98 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[155] Voy. §§ 23-24 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[156] Voy. §§ 99-102 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

aux produits - sans que la délivrance de ces produits s'effectue effectivement sous la supervision d'un pharmacien »[157].

132. *Le Conseil national de l'OP mentionne qu'il n'est nullement opposé aux enseignes commerciales de distribution mais qu'il en va différemment lorsque la localisation de la pharmacie porte atteinte à son identité spécifique*[158]. *Le Conseil national de l'OP signale enfin que d'autres grands groupes proposent, dans des espaces séparés, « des produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien et des produits de parapharmacie », enseignes qui, respectant la déontologie, n'ont pas suscité auprès du Conseil national de l'OP l'initiative de procédures disciplinaires*[159]. *Ceci démontrerait que « L'OP ne cherche donc pas à empêcher le développement des nouveaux entrants sur le marché des groupes de pharmacies et/ou de parapharmacies, ni à les évincer du marché des services prestés par les pharmacies, pour autant qu'ils se conforment aux canaux de distribution des produits de santé fixés par le législateur, à la législation relative aux soins pharmaceutiques et, pour les pharmaciens, au Code de déontologie pharmaceutique »*[160].

133. *Le Conseil national de l'OP rejette également l'utilisation des opinions exprimées par deux autres membres du Conseil national de l'OP qui indiqueraient une stratégie d'éviction et seraient l'expression du point de vue du Conseil national de l'OP*[161]. *En effet, « les opinions exprimées par ces deux membres n'engagent que ceux-ci. On constate par ailleurs que le Conseil national ne les a pas suivis. »*[162]

134. *D'après le Conseil national de l'OP, les déclarations de deux membres du Conseil national de l'OP ayant indiqué vouloir agir le plus rapidement possible contre MediCare-Market, étant donné que « MédiCare-Market est en train de se mettre en conformité avec la réglementation »*[163] *devraient être vues dans un cadre plus large et viseraient à « assurer que les points de vente Medicare-Market se conforment à l'ensemble des obligations qui leur incombent »*[164].

135. *Par ailleurs, le Conseil national de l'OP relève que l'avis [CONFIDENTIEL] n'a pas été suivi par le Conseil national de l'OP et que c'est l'approche plus prudente défendue par [CONFIDENTIEL] qui a été retenue*[165]. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat ne peut s'appuyer sur des propos tenus en janvier 2015 par deux de ses membres pour soutenir sa thèse d'une stratégie d'éviction dont la décision d'intervenir date de près d'un an plus tard*[166].

136. *Quant à la proposition d'un membre du Conseil national de l'OP « de prévoir dans la révision de l'A.R. 78 une adaptation de la législation concernant les parapharmacies accolées à des pharmacies », le Conseil national de l'OP estime que « il est parfaitement normal et légitime que l'OP puisse faire du lobbying de*

---

[157] Voy. § 101 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[158] Voy. § 102-103 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[159] Voy. § 104 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[160] *Ibidem*.
[161] Voy. §§ 105-106 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[162] Voy. § 106 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[163] Voy. § 107 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[164] Voy. § 109 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[165] Voy. § 111 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[166] Voy. § 111 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

manière transparente pour faire valoir sa position et défendre ainsi les intérêts de ses membres »[167]*. D'après le Conseil national de l'OP, l'auditorat ne prouve ni l'existence d'un lobbying illégitime, ni même l'existence d'un lobbying.*

137. *Le Conseil national de l'OP affirme que, en l'occurrence, « le souci de l'OP portait sur la situation où des produits de santé ou de bien-être (qu'il s'agisse de produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien ou de produits de parapharmacie) sont vendues supposément sous supervision d'un pharmacien, donnant un caractère plus fiable aux produits, sans que la délivrance de ces produits s'effectue effectivement sous la supervision et le conseil d'un pharmacien »*[168]*. Ce point est le fondement de l'argument de la confusion mis en avant par le Conseil national de l'OP, qui serait reflété dans le rapport de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015 et illustré par les propos [CONFIDENTIEL] concernant l'ouverture par les magasins Leclerq de pharmacies adjointes à des parapharmacies qui évitent ainsi la déontologie pharmaceutique.*

138. *En ce qui concerne l'intervention du Président du Conseil national de l'OP dans la presse, « L'OP rappelle qu'il ne suffit pas pour l'Auditorat d'invoquer les « actions » de l'OP (en ce compris l'intervention du président du Conseil national dans la presse) pour conclure à une éviction anti-concurrentielle ; ces actions devraient avoir été spécifiquement intentées avec l'intention d'évincer Medicare-Market, ce qui n'est pas établi »*[169]*. D'après le Conseil national de l'OP, « L'interview de M. [CONFIDENTIEL] faisait suite à une sortie dans la presse de Medicare-Market, et se borne à répéter l'intérêt de l'OP pour le respect de la législation pharmaceutique, de la déontologie et de la santé publique. Bien entendu, aucun élément n'indiquait une quelconque intention d'évincer Medicare-Market du marché des services délivrés par les pharmaciens. Bien au contraire, M. [CONFIDENTIEL] dit clairement qu'il n'a pas d'objection contre le modèle de « cohabitation », à condition que la loi et la déontologie soit respectées »*[170]*. D'après le Conseil national de l'OP « Les propos de M. [CONFIDENTIEL] ne peuvent donc être plus nuancés. Il n'aurait pas pu être plus clair quant au nœud du problème, à savoir la nature de la confusion mise en place par le groupe Medicare-Market »*[171]*. Enfin, le Conseil national de l'OP mentionne que l'interview du président du Conseil national de l'OP parue dans Le Soir a été publiée en côte-à-côte avec une interview de l'administrateur délégué de la SA MediCare-Market*[172]*.*

139. *De manière générale, le Conseil national de l'OP estime que « la seule chronologie des faits démontre l'absence d'une stratégie délibérée au sein de l'OP d'évincer Medicare-Market du marché belge. Le « modèle » développé par Medicare-Market a fait son entrée sur le marché belge en décembre 2014. On constate que certains pharmaciens individuels et l'APB s'inquiètent, interpellent le Conseil national et initient des procédures disciplinaires dès le début de l'année 2015. Pendant ce temps, le Conseil national suit, certes, ces développements, mais n'agit pas. Par contre, il décide d'entamer un processus de dialogue*

[167] Voy. § 114 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[168] Voy. § 118 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[169] Voy. § 120 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[170] Voy. § 121 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[171] Voy. § 122 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[172] Voy. § 123 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

avec Medicare-Market dans l'espoir de trouver un règlement à l'amiable. Ce n'est que vers la fin de 2015, un an donc après le lancement de Medicare-Market sur le marché belge, quand toutes les tentatives de conciliation ont échoué, que le Conseil national a décidé de saisir les trois instances disciplinaires concernées (dont deux étaient déjà saisies) et d'entamer l'action en cessation. Cette chronologie et cette lenteur d'action font non seulement état d'une réflexion profonde au sein de l'OP ; elles démontrent aussi l'absence de toute stratégie d'éviction. Les évènements subséquents confirment cette attitude. Il est clair que tant l'action en cessation que la seule procédure disciplinaire entamée à l'initiative du Conseil national n'ont eu aucun « succès ». L'OP en a pris note et s'est désisté. La thèse d'une stratégie d'éviction ou d'un acharnement n'a aucune base factuelle »[173].

III.3.1.f Analyse de l'auditeur

i) L'administration des preuves est libre et les éléments de preuve doivent être appréciés dans leur ensemble et peuvent se renforcer mutuellement

140. *Si, comme le relève le Conseil national de l'OP, la charge de la preuve appartient bien à l'auditorat, l'auditeur rappelle que les preuves peuvent être obtenues par toutes voies de droit, y compris par présomptions et faisceau d'indices concordants. L'auditeur note à ce sujet que, conformément à l'arrêt du Tribunal du 10 décembre 2014, les éléments de preuve utilisés par l'auditeur « afin de prouver l'existence d'une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE par une entreprise doivent être appréciés non isolément, mais dans leur ensemble »*[174]*. En outre, « différents éléments de preuve peuvent se renforcer mutuellement »*[175]*. Cette position constitue une jurisprudence constante du Tribunal: « Ainsi, il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour établir l'existence de l'infraction. Toutefois, il importe de souligner que chacune des preuves apportées par la Commission ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqué par l'institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence. »*[176]

141. *L'auditeur a procédé de la sorte dans la présente affaire et a, sur base d'un faisceau d'indices se renforçant mutuellement, établi et démontré l'existence de la stratégie d'éviction du modèle MediCare-Market et/ou d'empêcher son développement ainsi que la volonté d'imposer un prix minimum sur les médicaments.*

ii) Les griefs visent uniquement les décisions du Conseil national de l'OP

142. *Les griefs de l'auditeur visent uniquement les décisions du Conseil national de l'OP et non les décisions des conseils disciplinaires. Par contre, les circonstances dans lesquelles ces procédures disciplinaires ont eu lieu et les décisions des conseils disciplinaires elles-mêmes sont des éléments qui, sans être mis en cause, permettent d'éclairer la stratégie du Conseil national de l'OP. Ils ne peuvent dès lors être ignorés.*

---

[173] Voy. §§ 124-126 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[174] TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 56.
[175] TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 56.
[176] TUE, arrêt du 27 septembre 2006, Dresdner Bank AG e.a. / Commission, T-44/02, T-54/02, T-56/02, T-60/02 et T-61/02, §§ 62 et 63 ; TUE, 8 juillet 2004, JFE Engineering Corp e.a. / Commission,T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, §§ 179 et 180.

143. *Ceci est d'autant plus vrai que le Conseil national de l'OP a fait usage de l'ensemble des capacités d'intervention mises à sa disposition par le législateur, à savoir la compétence de saisir les conseils provinciaux, d'intenter des appels des décisions disciplinaires et de défendre ses arguments dans des conclusions déposées dans le cadre des procédures d'appel, à l'encontre du groupe MediCare-Market.*

144. *En outre, en décidant de saisir formellement les conseils provinciaux et en invoquant un risque grave de confusion, le Conseil national de l'OP, vu le rôle important qu'il occupe et son autorité morale, n'a pu qu'influencer les procédures disciplinaires à l'égard des pharmaciens titulaires. Cette influence se ressent d'ailleurs concrètement dans les décisions des conseils disciplinaires, qui se calquent quasi parfaitement sur l'argument de la confusion invoqué par le Conseil national de l'OP*[177]*.*

iii) La stratégie d'éviction est démontrée par un faisceau d'indices concordants

145. *Dans sa communication des griefs, l'auditeur a établi, sur base d'un faisceau d'indices se renforçant mutuellement, que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a mis sur pied au plus tard le 22 octobre 2015 et implémenté une stratégie visant à évincer le modèle MediCare-Market du marché des services délivrés par les pharmaciens et/ou à empêcher son développement. L'auditeur a été très prudent dans sa délimitation temporelle de l'infraction, car la stratégie d'éviction a potentiellement été établie bien avant le 22 octobre 2015. Parmi les indices utilisés par l'auditeur figurent :*

- *La décision du Conseil national de l'OP prise au cours de sa réunion du 22 janvier 2015 de réagir formellement aux doléances de pharmaciens émises dès l'ouverture de l'enseigne MediCare-Market de Gosselies le 14 décembre 2014, reprochant la publicité réalisée autour de l'enseigne et la pratique de bons de réduction*[178] *; cette réaction rapide du Conseil national de l'OP qui est allé jusqu'à envisager d'agir immédiatement, au judiciaire, contre le groupe MediCare-Market, s'est finalement concrétisée par le lancement d'une procédure de conciliation ;*
- *La décision de faire procéder à divers constats d'huissier dans les enseignes MediCare-Market ;*
- *L'envoi d'une mise en demeure à la SA Medi-Market le 8 mai 2015 en vue de mettre fin à la violation de règles « qui ne sont pas de nature déontologique », notamment « la confusion entre les deux espaces physiques et virtuels »*[179] *;*
- *La décision du Conseil national de l'OP prise le 22 octobre 2015 de rompre brutalement la procédure de conciliation alors que celle-ci était en cours et progressait depuis le mois de mai (des rencontres avaient eu lieu entre des représentants du Conseil national de l'OP et de MediCare-Market en juillet et octobre 2015 pour acter les modifications substantielles apportées par MediCare-Market à son modèle afin de rencontrer les observations du Conseil national de l'OP et rendre plus autonomes les espaces pharmacie et parapharmacie) ;*

[177] Voy. *supra* §§ 91-102
[178] Voy. Les lettres ouvertes de 40 pharmaciens reprises à l'annexe 24 de la plainte de MediCare-Market
[179] Voy. La mise en demeure adressée par le Conseil national à Medi-Market, annexe 5 de la plainte de MediCare-Market

- *Les décisions du Conseil national de l'OP prises le 22 octobre 2015 de saisir toutes les instances disciplinaires concernées par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market et de lancer l'action judiciaire ;*
- *L'introduction de l'action en cessation le 21 décembre 2015 ;*
- *La saisine des présidents des conseils provinciaux le 23 décembre 2015 ;*
- *L'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse le 24 décembre 2015 ;*
- *Les diverses communications du Conseil national de l'OP sur le site internet de l'Ordre des pharmaciens[180] ;*
- *La constatation par le juge en cessation que le but de l'action en cessation consistait à remettre en cause le modèle commercial même de MediCare-Market et le fait que le Conseil national de l'OP n'a pas interjeté appel de ce jugement ;*
- *Les conclusions déposées par le Conseil national de l'OP dans le cadre des procédures disciplinaires d'appel, notamment le 20 décembre 2016 et fin avril 2017 ;*
- *L'utilisation systématique dans les procédures disciplinaires et dans l'action en cessation de l'argument de la confusion qui, comme il sera démontré infra[181], constitue en réalité un prétexte et une construction artificielle ;*
- *L'incohérence du Conseil national de l'OP dans son utilisation de l'argument de la confusion qu'il ne considère pas comme une infraction déontologique lors de la mise en demeure du 8 mai 2015, mais qui constitue l'argument principal utilisé par le Conseil national de l'OP dans la saisine des conseils provinciaux;*
- *…*

146. *Dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP minimise chacun de ces éléments et semble considérer que chaque preuve prise individuellement devrait établir l'objectif anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP. Or, comme reconnu par la jurisprudence et indiqué ci-dessus, c'est l'ensemble de ces éléments se renforçant mutuellement qui permet d'établir l'objectif anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP.*

147. *Sur base notamment des éléments cités ci-dessus, l'auditeur a conclu avec raison qu'il existait un faisceau d'indices concordants et se renforçant mutuellement qui démontre que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a développé et implémenté une stratégie d'éviction du groupe MediCare-Market.*

iv) L'argument de la confusion est une construction artificielle du Conseil national de l'OP

148. *L'argument de la confusion que le Conseil national de l'OP continue de développer n'est pas pertinent et est utilisé pour soutenir de manière artificielle sa stratégie d'éviction du modèle MediCare-Market.*

149. *Dès le départ, les espaces pharmacie et parapharmacie ont été physiquement séparés dans le modèle MediCare-Market, le pharmacien ne jouant aucun rôle dans la commercialisation des produits de*

[180] Voy. notamment annexe 37 de la plainte de MediCare-Market
[181] Voy. *infra* §§ 148-154

parapharmacie[182]. Cette séparation a encore été accentuée par les aménagements substantiels que MediCare-Market a volontairement accepté d'apporter à son modèle de distribution, sans le dénaturer, à partir de janvier 2015. Ainsi, sont intervenues entre janvier et octobre 2015 les modifications suivantes: site web, logo et enseigne spécifiques pour la pharmacie désormais dénommée PharmaClic, système de caisses spécifiques à chaque entité, installation de portes vitrées coulissantes entre la pharmacie et la parapharmacie, vêtements de couleur différente, fonds musicaux différents, ...[183]

150. *Ces aménagements n'étaient visiblement pas encore suffisants pour le Conseil national de l'OP puisqu'en octobre 2015, il a décidé de mettre en œuvre une stratégie d'éviction à l'encontre de MediCare-Market, avec toujours pour argument principal, un risque de confusion pour le consommateur/patient. Suivre le raisonnement du Conseil national de l'OP jusqu'au bout aboutirait à considérer que la simple proximité physique du pharmacien (par rapport à l'espace parapharmacie), inhérente à la configuration des lieux dans le modèle MediCare-Market, aggraverait le risque de santé publique encouru par le consommateur/patient par rapport à d'autres formules telles que iU[184]. Le Conseil national de l'OP n'explique pas comment il peut soutenir un tel argument alors que le législateur n'a pas imposé de contraintes réglementaires du même type que celles qu'il impose pour la vente de médicaments et que la vente des produits de parapharmacie[185] ne requiert aucune compétence spécifique, ou en tous cas pas les compétences intellectuelles du pharmacien, ni sa déontologie particulière, pour prévenir un risque de santé publique.*

151. *Ainsi, contrairement à ce que voudrait faire croire le Conseil national de l'OP, MediCare-Market ne peut tirer aucun avantage de la proximité physique du pharmacien, inhérente à la configuration des lieux dans le modèle MediCare-Market, car les compétences des pharmaciens ne sont pas appelées à jouer un rôle déterminant lors de la vente de produits de parapharmacie et ne sont pas recherchées en tant que telles par le consommateur/patient.*

152. *Le risque de confusion perçu par le Conseil national de l'OP est dès lors inexistant, mais il l'invoque de manière persistante dans l'implémentation de sa stratégie d'éviction. Face aux publicités que les parapharmacies Medi-Market peuvent réaliser (alors qu'elles seraient considérées comme contraires à la déontologie si elles étaient réalisées dans des pharmacies) et face à la menace que les clients, attirés par les promotions et publicités réalisées par la parapharmacie Medi-Market, soient susceptibles, s'ils en ont besoin à ce moment, d'acheter des médicaments dans la pharmacie PharmaClic voisine qui remplit toutes les exigences réglementaires[186], plutôt que chez leur pharmacien habituel, le Conseil national de l'OP*

---

[182] L'auditeur vise ici les produits de parapharmacie non soumis au monopole des pharmaciens.
[183] Voy. les annexes 8 à 15 de la plainte de MediCare-Market.
[184] Voy. le paragraphe 104 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs.
[185] L'auditeur vise ici les produits de parapharmacie non soumis au monopole des pharmaciens.
[186] Parmi celles-ci, on retrouve l'obligation pour toutes les pharmacies de disposer en officine de tous les produits faisant partie de la liste des produits obligatoires en pharmacie. Pour la liste actuelle, voy. l'arrêté royal du 21 mars 2018 modifiant l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens. Notons que les produits mentionnés dans cette liste ne constituent qu'une petite partie des produits relevant du monopole des pharmaciens.

cherche à rassembler dans une seule entité les services délivrés dans les parapharmacies Medi-Market et les pharmacies PharmaClic et, ainsi, soumettre l'ensemble au Code de déontologie.

153. *L'auditeur note encore que, dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP fait référence à plusieurs reprises à la «formule développée par Medicare-Market, telle qu'elle se présentait début 2015»[187]. Implicitement, le Conseil national de l'OP admet que le modèle a évolué et que cette confusion ne serait plus d'actualité.*

154. *Tous ces éléments permettent à l'auditeur de conclure que l'argument de la confusion est une construction artificielle du Conseil national de l'OP.*

v) Le Conseil national de l'OP a agi dans un but économique et non en vertu de sa mission d'intérêt public

155. *Le Conseil national de l'OP prétend dans sa réponse à la communication des griefs qu'il a uniquement exécuté les tâches que le législateur lui a confiées et a uniquement agi en vertu de sa mission d'intérêt public afin de mettre fin à des situations considérées par lui comme illégales.*

156. *L'auditeur note tout d'abord qu'en agissant comme il l'a fait, le Conseil national de l'OP est intervenu directement sur les modalités d'organisation de l'activité économique de ses membres. Or, les activités de régulation d'une activité économique ne sont pas des prérogatives de puissance publique[188].*

157. *L'auditeur remarque en outre que l'existence d'une parapharmacie à côté d'une pharmacie telle qu'organisée par MediCare-Market n'est pas illégale. L'auditeur a également démontré que l'argument de la confusion ne constitue qu'un prétexte, une construction artificielle. La stratégie du Conseil national de l'OP ne peut dès lors s'expliquer que par la volonté de limiter la concurrence en évinçant un concurrent majeur des pharmaciens concernant la vente des produits de parapharmacie qui, comme indiqué dans la communication des griefs[189], constituent une source de revenus de plus en plus importante et nécessaire pour les pharmaciens. Le Conseil national de l'OP n'a dès lors pas agi en vertu de sa mission d'intérêt public, mais afin de défendre les intérêts économiques des pharmaciens traditionnels qui se retrouvent fragilisés suite à l'éclosion du modèle MediCare-Market.*

158. *L'auditeur note également que, si le Conseil national de l'OP avait agi dans le cadre de sa mission d'intérêt public, il n'aurait pas acquiescé au jugement du président du tribunal de commerce.*

159. *Pour le surplus, l'auditeur renvoie à la jurisprudence de la Cour de justice d'après laquelle une décision d'association d'entreprises peut constituer une restriction de concurrence par objet même si elle poursuit également des objectifs légitimes[190]. Ainsi, s'il devait être considéré que le Conseil national de l'OP a poursuivi des objectifs légitimes, cela ne ferait pas obstacle à ce qu'il ait restreint la concurrence par objet. Il appartient dans ce cas à l'auditeur de déterminer si le Conseil national de l'OP peut prétendre que son*

---

[187] Voy. notamment § 98 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs.
[188] Voy. CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, §§ 58-71.
[189] Voy. *supra* §§ 36-37 reprenant la communication des griefs
[190] Voy. la décision de la Commission du 8 décembre 2017, International Skating Union's Eligibility rules, § 158 qui renvoie aux arrêts Irish Beef et IAZ de la Cour de justice

comportement ne devait pas être sanctionné dans le cadre des articles IV.1 CDE et 101 TFUE compte tenu de la jurisprudence Wouters[191].

vi) Le Conseil national de l'OP a eu une influence sur les conseils disciplinaires

160. *Alors que le Conseil national de l'OP relève que les conseils provinciaux sont indépendants et sont les seuls à avoir autorité et juridiction sur les pharmaciens inscrits au tableau de l'ordre*[192]*, l'auditeur relève néanmoins l'influence que le Conseil national de l'OP peut exercer sur les conseils disciplinaires. En effet, outre l'ensemble des capacités d'intervention mises à sa disposition par le législateur, les membres effectifs ou, le cas échéant, suppléants du Conseil national de l'OP assistent, en cette qualité, systématiquement aux séances des conseils provinciaux*[193]*. Dans le présent cas, il y a lieu d'ajouter que, au vu des communications du Conseil national de l'OP sur son site internet, les membres des conseils provinciaux ne pouvaient ignorer le point de vue du Conseil national de l'OP consistant à condamner dans son essence même le modèle MediCare-Market, comme le reconnait explicitement le conseil d'appel d'expression française dans sa décision rendue dans le cadre de l'affaire [CONFIDENTIEL]*[194]*. L'auditeur constate en l'occurrence que cette influence est flagrante puisque l'argument de la confusion a été développé quasiment à l'identique dans les décisions adoptées par les conseils provinciaux, y compris ceux qui n'ont pas été formellement saisis par le Conseil national de l'OP.*

161. *Dès lors, le fait que le Conseil national de l'OP n'ait pas systématiquement saisi les conseils provinciaux lorsque de nouvelles enseignes pharmacie et parapharmacie MediCare-Market ont été ultérieurement ouvertes n'est pas un facteur pouvant être pris en compte par l'auditeur pour considérer que le Conseil national de l'OP n'a pas eu d'influence décisive sur ces procédures disciplinaires. A ce sujet, l'auditeur est d'avis que la décision adoptée le 22 octobre 2015 de saisir tous les conseils disciplinaires concernés par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market a constitué un signal clair que le Conseil national de l'OP entendait s'attaquer au modèle MediCare-Market à un niveau national.*

vii) Le jugement du président du tribunal de commerce confirme que l'action est dirigée contre un concept

162. *Comme relevé par le Conseil national de l'OP, le président du tribunal de commerce ne s'est pas prononcé sur le fond de l'affaire dans son jugement concernant l'action en cessation intentée par le Conseil national de l'OP. Ceci ne signifie néanmoins pas que ce jugement n'est pas à prendre en compte. En effet, le juge a indiqué sur le plan des principes qu'« une action en cessation ne concerne pas les concepts, mais leur mise en œuvre concrète par une personne donnée, dans un temps et un lieu donné, par des actes matériels précis» et encore que «ces principes classiques empêchent d'agir globalement contre des sociétés qui participent, de diverses manières à un concept. Un concept ne peut nuire que s'il est mis en œuvre et seulement dans les limites de sa mise en œuvre concrète.» Le juge constate donc que le Conseil national de l'OP a souhaité agir contre un concept, et non mettre fin à des infractions individualisées dans*

---

[191] Voy. *infra* §§ 326-332.
[192] Voy. §§ 34 et s. de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[193] Article 7 § 2 de l'arrêté royal n° 80.
[194] Voy. Annexe au mail du 22 juin 2017.

la mesure où il a été en défaut d'individualiser les demandes. Le Conseil national de l'OP reconnait d'ailleurs dans sa réponse que « la présidente n'a[yant] pas voulu voir le groupe dans son ensemble »[195].

163. *L'auditeur a également égard à la décision du Conseil national de l'OP de ne pas faire appel de la décision du tribunal de commerce. En effet, pour l'auditeur, si son action n'était pas dirigée contre le modèle MediCare-Market, mais visait l'intérêt public, le Conseil national de l'OP aurait fait appel de la décision du président du tribunal de commerce.*

viii) L'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse confirme que le Conseil national de l'OP agit contre un concept

164. *Dans un article de presse daté du 24 décembre 2015, le président néerlandophone du Conseil national de l'OP affirme que, pour qu'il n'y ait aucun risque pour les patients/consommateurs, il faudrait que le pharmacien soit responsable de la vente chez MediCare-Market, tant des médicaments que des produits de parapharmacie. Or, un tel fonctionnement est contraire au concept de distribution des produits tel qu'il existe chez MediCare-Market. Ainsi, l'affirmation du président démontre bien que la volonté du Conseil national de l'OP est de mettre fin au concept MediCare-Market tel qu'il existait à ce moment.*

165. *Si, certes, le président du Conseil national de l'OP propose formellement une autre solution, à savoir séparer complètement les deux espaces, une lecture attentive de son interview force à conclure que, dans les faits, la seule solution répondant au risque de santé publique mis en avant par le président du Conseil national de l'OP est la fusion entre les activités de pharmacie et de parapharmacie.*

166. *Ainsi, à lire cet article, il ne fait pas de doute que le Conseil national de l'OP a pour but de mettre fin au concept MediCare-Market et, dès lors, de l'évincer du marché des services prestés par les pharmaciens.*

ix) Les propos des membres du Conseil national de l'OP sont des indices à prendre en considération pour déterminer si le Conseil national de l'OP a établi une stratégie visant à évincer le modèle MediCare-Market

167. *Quant au fait que le Conseil national de l'OP conteste la prise en compte en tant qu'indices de propos de certains membres du Conseil national de l'OP relatés dans les procès-verbaux de réunion du Conseil national de l'OP, l'auditeur tient à souligner qu'il n'est pas question d'imputer en tant que tels les dires [CONFIDENTIEL] notamment au Conseil national de l'OP, mais bien d'éclairer la prise de décision du Conseil national de l'OP en la replaçant dans le contexte des discussions menées au sein de cet organe et rapportées dans les procès-verbaux des réunions du Conseil national de l'OP. En effet, si, certes, les actions préconisées par [CONFIDENTIEL] n'ont pas été mises en œuvre en janvier 2015, elles l'ont finalement été en octobre 2015. Ses propos sont donc un élément important. Ils le sont d'autant plus qu'ils ont été relatés dans le procès-verbal de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015. Des propos qui figurent dans un procès-verbal doivent être considérés par le Conseil national de l'OP comme importants.*

168. *A cet égard, l'auditeur relève que, après la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015 et la décision de consulter un avocat spécialisé, les discussions entre les membres du Conseil national de l'OP*

[195] Voy. §51 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

concernant MediCare-Market ne sont plus reprises in extenso. Ainsi, dans le procès-verbal de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 octobre 2015, il est juste indiqué « Un très long échange de vues s'en suit auquel pratiquement tous les membres participent »[196].

169. *L'auditeur note par ailleurs que le Conseil national de l'OP a, dans sa réponse à la communication des griefs, mal interprété l'argumentation de l'auditeur en ce qui concerne la proposition d'un membre du Conseil national de l'OP « de prévoir dans la révision de l'A.R. 78 une adaptation de la législation concernant les parapharmacies accolées à des pharmacies ». En effet, l'auditeur se borne dans la communication des griefs à constater l'existence de cette proposition et à en tirer des conséquences, soit la volonté du membre du Conseil national de l'OP concerné de faire en sorte qu'un modèle tel que MediCare-Market soit interdit par voie législative, ce qui, d'après l'auditeur, démontre la volonté de ce membre d'interdire à tout prix le concept MediCare-Market et, dès lors, de l'évincer du marché. L'auditeur n'a aucunement égard aux suites qui auraient ou n'auraient pas été données par le Conseil national de l'OP à cette proposition faite par un de ses membres et ne se penche dès lors aucunement sur un prétendu lobbying du Conseil national de l'OP auprès du législateur ou du Ministre compétent. Tous les développements, aussi bien factuels que juridiques, développés par le Conseil national de l'OP à cet égard ne sont dès lors pas pertinents.*

x) Le Conseil national de l'OP ne peut pas invoquer la prétendue inefficacité de son action

170. *L'auditeur remarque que l'efficacité d'une action n'est pas pertinente pour déterminer si la décision ayant donné lieu à cette action a un objet anticoncurrentiel ou même un effet anticoncurrentiel, l'effet pouvant être uniquement potentiel*[197]*. Les développements à ce sujet par le Conseil national de l'OP dans sa réponse à la communication des griefs sont dès lors sans objet. Toutefois, l'auditeur tient à indiquer que, s'il est vrai que, dans le cadre de deux des trois saisines des conseils provinciaux ayant eu lieu en décembre 2015, des plaintes préexistaient, ce qui implique que la procédure disciplinaire aurait eu de toute façon lieu, rien n'indique que celles-ci auraient été diligentées de la même manière. L'auditeur met ici en avant les similarités frappantes entre l'argumentaire développé dans la plainte du Conseil national de l'OP et le raisonnement des conseils provinciaux.*

171. *En ce qui concerne la procédure disciplinaire concernant la pharmacienne de PharmaClic à [CONFIDENTIEL], l'auditeur constate qu'à l'issue de son enquête faisant suite à une plainte, le conseil provincial a décidé de stopper l'enquête en constatant l'absence d'irrégularités, ce dont il a informé le Conseil national de l'OP par voie de courrier sans prendre aucune décision formelle. L'auditeur ne considère dès lors pas pertinent de tirer argument de l'absence d'appel en l'espèce.*

172. *Le fait qu'une dizaine de pharmaciens travaillant pour les enseignes PharmaClic n'aient pas été inquiétés par les conseils provinciaux n'est pas davantage pertinent puisqu'il est de pratique courante de ne poursuivre que le pharmacien-titulaire, vu ses responsabilités spécifiques, et non l'ensemble des*

[196] Voy. OP B annexe 16.
[197] Voy. notamment CJUE, arrêt du 26 novembre 2015, SIA «Maxima Latvija» contre Konkurences padome, C-345/14.

pharmaciens travaillant dans la pharmacie concernée[198]*. L'auditeur note que, sur les sept pharmaciens-titulaires en place, six ont fait l'objet d'une procédure disciplinaire.*

III.3.1.g Conclusion de l'auditeur

173. *L'auditeur, en se basant sur un faisceau d'indices concordants composé notamment des décisions du Conseil national de l'OP d'agir au disciplinaire et au judiciaire contre MediCare-Market, a établi l'existence d'une stratégie d'éviction adoptée et implémentée par le Conseil national de l'OP au plus tard le 22 octobre 2015. L'auditeur a également établi que l'argument de la confusion utilisé dans toutes ces procédures était une construction artificielle. L'auditeur a en outre démontré que le Conseil national de l'OP, en agissant dans ce cadre, ne poursuivait pas un objectif d'intérêt public, mais agissait dans un but économique. Il s'agissait en réalité d'évincer un modèle et/ou de ralentir son développement dans le but de protéger les intérêts matériels des pharmaciens qui sont menacés directement par ce modèle et indirectement par la duplication potentielle de ce modèle par la grande distribution.*

III.3.2 Adoption d'une stratégie visant à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à MediCare-Market

III.3.2.a Existence de la stratégie

174. *Dès l'ouverture de la première enseigne MediCare-Market [CONFIDENTIEL], de nombreux pharmaciens ont adressé une lettre ouverte à l'OP évoquant notamment les ristournes appliquées par celle-ci :*

« Quand dans l'officine il est mis en avant des médicaments avec des ristournes importantes, l'ordre est-il rassuré sur le fait que le conseil du pharmacien n'est pas influencé par des motifs purement économiques et que cela n'a aucune influence sur la surconsommation de médicament ? »[199]

175. *Un des pharmaciens qui s'est ultérieurement joint à l'action en cessation intentée par l'OP et de l'APB s'est également plaint dans un courrier de la politique de prix choisie par le groupe MediCare-Market:*

« Les prix imposés sur les médicaments ne sont aucunement respectés. A cet effet, le ticket de caisse joint met en lumière un prix inférieur de 30% sur les dafalgan, faisant obstacle au maintien d'une concurrence effective. »[200]

176. *A l'ouverture de l'enseigne [CONFIDENTIEL], l'OP a également reçu plusieurs plaintes.*

177. *L'OP a donné suite aux plaintes introduites par les pharmaciens en tentant de limiter, voire d'interdire les ristournes appliquées par MediCare-Market sur le prix de vente des médicaments, ce qui revient à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à Medicare-Market dans ses pharmacies Pharmaclic.*

---

[198] Voy. l'*Echo* du 20 octobre 2018, p. 26
[199] Annexe 24 de la plainte de MediCare-Market
[200] Annexe 25 de la plainte de MediCare-Market

178. *Or, la pratique d'un bon de réduction n'est pas illégale. La pratique de la ristourne est d'ailleurs généralisée dans le secteur de la pharmacie, sous la forme des cartes de fidélité. Le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont confirmé la légalité de la pratique*[201].

179. *Pour atteindre ce but, le Conseil national a d'abord décidé, en date du 22 octobre 2015, d'intenter une action en cessation devant le Tribunal de commerce afin d'obtenir la fin de la pratique des ristournes octroyées par MediCare-Market sur le prix des médicaments. Pour ce faire, il a tenté de faire qualifier cette pratique « d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché portant atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs entreprises ». L'OP a invoqué qu'en l'occurrence MediCare-Market profiterait de la latitude plus grande en matière de publicité dont elle dispose pour les parapharmacies pour en faire profiter ses pharmacies également. Ainsi l'OP a indiqué que, d'après lui, une pharmacie ne peut distribuer des bons de réduction sous la forme d'un toute-boîtes alors qu'une parapharmacie le peut. Rappelons que cette action en cessation a été déclarée irrecevable par le président du Tribunal de commerce au motif qu' « une action en cessation ne concerne pas les concepts, mais leur mise en œuvre concrète »* [202].

180. *Le Conseil national a également décidé, le 22 octobre 2015, de saisir tous les conseils disciplinaires concernés par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market disposant d'une pharmacie. Cette décision a été formalisée par l'envoi de lettres à ces conseils disciplinaires le 23 décembre 2015, lesquelles font explicitement référence aux « promotions exceptionnelles » réalisées par MediCare-Market*[203]. *Cette décision a eu des conséquences concrètes pour l'enseigne Pharmaclic d'Evere. En effet, la pharmacienne-titulaire a été condamnée, tant en première instance qu'en appel, à une peine de suspension, notamment sur base de sa pratique de ristournes.*

181. *Cette stratégie de l'OP vient en complément de la stratégie d'éviction qu'il poursuit* [204]. *En effet, alors qu'il tente d'empêcher le développement du concept MediCare-Market, l'OP cherche également à éviter une concurrence par les prix*[205].

III.3.2.b Exemple de ristournes pratiquées par MediCare-Market

182. *Fin 2015, l'enseigne MediCare-Market [CONFIDENTIEL] a distribué un folder toute-boîtes qui comportait un bon de réduction, valable du 15 octobre 2015 au 14 novembre 2015, donnant droit à une*

---

[201] Voy. Décision n°2007-I/O-27 du 26 octobre 2007 ; Arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2004, R.G.C.03.0107 ; Arrêt du Conseil d'Etat n° 164.825 du 16 novembre 2006

[202] Voy. *supra* § 89.

[203] Voy. Annexes 42 à 44 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016. « Le courrier est libellé comme suit : « *Le Conseil national est d'avis qu'[…] la manière dont la pharmacie et la parapharmacie ont été conçues et agencées créent la confusion entre les deux espaces physiques, ce qui risque inévitablement de donner au patient l'impression que le pharmacien s'inspire principalement de considérations d'ordre commercial – publicités tapageuses,* ***promotions exceptionnelles****,…- qui prévalent dans l'espace de parapharmacie, qui a un accès et un lien opérationnel directs avec l'espace de la pharmacie*. » (l'auditeur souligne)

[204] Cf. *supra* §§ 67-114.

[205] Cf. *supra* § 47.

réduction de 10€ dès lors que le montant des achats effectués en parapharmacie excédait 60€[206]*. Le bon de réduction excluait explicitement « les achats dans la pharmacie voisine ».*

183. *L'OP a fait constater par huissier qu'en pratique la réduction avait été accordée par l'enseigne dès que le montant des achats totaux, incluant les achats en pharmacie, avait atteint la somme de 60€.*

184. *L'auditeur constate que la ristourne ainsi accordée sur le total des achats de médicaments et de produits de parapharmacie correspond à un taux de 17%, taux qui ne peut être considéré comme présentant un avantage exceptionnel dans la mesure où les pharmaciens appliquent généralement une ristourne de 10%.*

i) L'absence de fondement de l'argumentaire développé par l'OP dans l'action en cessation

185. *L'OP a invoqué l'illégalité des ristournes octroyées par MediCare-Market, essentiellement au regard de l'article VI.93 CDE*[207] *qui permettrait de considérer cette pratique comme déloyale et de la qualifier finalement, en vertu de l'article VI.104 CDE « d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché portant atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs entreprises ».*

186. *L'auditeur constate cependant que les conditions d'application de l'article VI.93 CDE ne sont manifestement pas remplies en l'espèce. En effet, le fait d'appliquer la ristourne sur une base plus large que celle annoncée par le bon de réduction ne peut pas être considéré comme trompeur pour le consommateur puisque celui-ci reçoit un traitement plus favorable que ce que les termes du bon de réduction pouvaient laisser escompter avant ses achats auprès de l'enseigne MediCare-Market/Pharmaclic*[208]*.*

---

[206] « Hors laits pour bébé et achats dans la pharmacie voisine ». Cf. Conclusions de l'OP dans le cadre de l'action en cessation, p. 97, qui constituent l'annexe 20 à la plainte de MediCare-Market.

[207] Cet article énonce :

« Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle :

a) est contraire aux exigences de la diligence professionnelle

et

b) altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné.

Une pratique commerciale qui est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un seul groupe clairement identifiable de consommateurs, parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre de l'entreprise qu'elle prévoie cette conséquence, est évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral. »

[208] Voy. Annexe 20 de la plainte de MediCare-Market, pp 97 à 102 : L'OP fait également valoir que la ristourne accordée violerait l'article VI.31 et, dès lors, également l'article 104 CDE. L'article VI.31 impose qu'un titre qui donne droit à un remboursement ou à une réduction de prix mentionne les modalités et conditions de remboursement. L'auditeur estime que cet article n'est pas pertinent en l'occurrence puisqu'il a trait à des remboursements ayant lieu après le moment de l'achat contrairement à l'application d'une réduction octroyée au moment de l'achat. Par conséquent, dès lors qu'aucune norme légale n'est violée (ni l'article VI.31 ni l'article VI.93 CDE), la pratique ne peut

ii) L'absence de pertinence de l'argumentaire retenu dans l'action disciplinaire à l'encontre de l'enseigne Pharmaclic d'Evere

187. *Pour rappel, le 23 décembre 2015, le Conseil national de l'OP a requis l'intervention de différents conseils disciplinaires provinciaux. La procédure concernant la pharmacienne-titulaire de l'enseigne située [CONFIDENTIEL] a donné lieu, en appel, à une décision du conseil d'appel d'expression néerlandaise. Les faits rapportés dans cette décision font largement référence aux prix bas pratiqués par MediCare-Market[209]. Ainsi, les pharmaciens se sont plaint auprès de l'OP de ristournes de 15 à 50% sur les produits vendus en parapharmacie, du bon de réduction de 10€ pour des achats de minimum 50€[210], du prix d'un médicament vendu sur prescription (Toplexil®) vendu par la pharmacie PharmaClic [CONFIDENTIEL] à 4,20€ alors que les pharmacies le vendent en règle générale à 5,25€. Le conseil d'appel met également en évidence les articles de presse relayés par les folders de MediCare-Market sur les « prix cassés » pratiqués par cette enseigne.*

188. *Plus particulièrement, le conseil d'appel a estimé que le recours à des folders toute-boîtes (qui comprenaient notamment un bon de réduction) devait être considéré comme une exagération commerciale inconciliable avec l'exercice correct de la profession de pharmacien et un moyen d'attraction des consommateurs vers la pharmacie et constituait un grave manquement déontologique[211]. Le conseil d'appel a également reproché à la pharmacienne d'avoir toléré une publicité « toute-boîte » réalisée par MediCare-Market et assimilée à une forme de démarchage indirect au profit de la pharmacie. L'ensemble de ces éléments ont été pris en considération dans la détermination de la lourde sanction infligée par le conseil à la pharmacienne (3 mois de suspension).*

189. *Dans la mesure où tant le folder que le bon de réduction ne concernaient que les produits de parapharmacie, le conseil d'appel n'a pas pu raisonnablement soutenir qu'il s'agissait d'un mode d'attraction des consommateurs vers la pharmacie et considérer qu'il s'agissait d'un grave manquement déontologique.*

III.3.2.c Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

190. *D'après le Conseil national de l'OP, le grief de l'auditorat « est tout simplement intenable, dès lors qu'il pourrait mener à une situation où toute action de l'OP liée à certaines formes de promotion, que ce soit au niveau des règles déontologiques ou au niveau de l'application de ces règles par les instances disciplinaires, serait dorénavant interdite, dès lors qu'au moins théoriquement, cette action pourrait avoir un impact indirect sur le niveau des prix. Or, il est établi et non contesté que certaines formes de promotion sont contraires à l'intérêt général si, par exemple, elles poussent à la surconsommation. En l'espèce, l'on se trouvait exactement dans cette situation. Le débat ne concernait pas le principe d'une promotion, mais*

être qualifiée de contraire aux pratiques du marché portant atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs entreprises (cf. article VI.104 CDE relatif aux pratiques honnêtes du marché).

[209] Voy. Annexe 1 du mail de MediCare-Market du 10 octobre 2017, pp.3 et 4.

[210] Sic.

[211] Voy. l'annexe 1 au mail de MediCare-Market du 10 octobre 2017, p. 10.

bien ses modalités concrètes. Conformément à sa mission légale, l'OP doit pouvoir intervenir dans ce type de situation. Le grief développé par l'Auditorat le lui interdirait »[212].

191. *Le Conseil national de l'OP insiste sur le fait qu'il n'empêche pas l'octroi de ristournes en soi, mais que « certaines formes de promotion peuvent, en fonction de leurs modalités, constituer une infraction au Code de déontologie pharmaceutique et aux dispositions du Livre VI du CDE relatives aux pratiques du marché »*[213]*. A le suivre, « C'est ce type d'infractions qui étaient suspectées dans le cas de Medicare-Market. »*[214].

192. *D'après le Conseil national de l'OP, ses conclusions dans le cadre de l'action en cessation « établissent clairement la position de l'OP, dont l'intention n'est pas de fixer un prix minimum mais d'assurer le respect de la loi en matière de publicité »*[215].

193. *Le Conseil national de l'OP conteste également la lecture de l'auditorat concernant l'intention du Conseil national de l'OP de donner suite aux plaintes des pharmaciens en initiant des procédures disciplinaires. Il affirme à ce sujet que l'auditorat a prétendu, à tort, que « « L'OP a donné suite aux plaintes introduites par les pharmaciens en tentant de limiter, voire d'interdire les ristournes appliquées par MediCare-Market sur le prix de vente des médicaments, ce qui revient à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à Medicare-Market dans ses pharmacies Pharmaclic. ». Le Conseil national de l'OP estime que « l'amalgame construit par l'Auditorat est choquant »*[216]*, notamment au motif que les instances disciplinaires, que l'auditorat viseraient, « ont une obligation légale d'agir quand elles ont été saisies sur plainte »*[217].

194. *Le Conseil national de l'OP précise par ailleurs que, en utilisant l'expression « promotions exceptionnelles », il est fait référence « à des promotions hors de l'ordinaire car effectuées en violation des règles déontologiques (telles que l'obligation d'éviter la surconsommation, l'obligation de dignité des pratiques commerciales et de discrétion dans la dimension ou la présentation de l'information) »*[218].

195. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que « les références aux déclarations de pharmaciens individuels, qui ont déposé plainte auprès de l'OP ou qui se sont joints volontairement à l'action en cessation, ne sont pas pertinentes dans ce contexte. Ces déclarations reflètent les opinions de certains pharmaciens individuels. Elles ne traduisent pas la position de l'OP. L'OP ne peut en effet être considéré comme responsable de toutes les actions des pharmaciens individuels ou de leurs associations professionnelles, telles que l'APB »*[219]*. Le Conseil national de l'OP insiste sur ce point en affirmant qu'il n'est*

[212] Voy. § 128 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[213] Voy. § 129 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[214] Voy. § 129 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[215] Voy. § 131 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[216] Voy. § 134 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[217] Voy. § 135 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[218] Voy. § 139 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[219] Voy. § 140 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

pas responsable des décisions ou des comportements de pharmaciens individuels ou de membres de l'APB[220].

III.3.2.d Analyse de l'auditeur

i) Le Conseil national de l'OP a donné suite à de simples courriers de pharmaciens se plaignant des prix pratiqués par MediCare-Market

196. *Contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP dans sa réponse, les éléments pris en considération par l'auditeur pour soutenir son grief ne sont pas des plaintes au sens disciplinaire, mais de simples lettres de pharmaciens se plaignant du concept MediCare-Market*[221] *auxquels le Conseil national de l'OP a donné suite en agissant au niveau disciplinaire et au niveau judicaire. Ces courriers critiquent le concept MediCare-Market à plusieurs niveaux, notamment quant aux prix pratiqués*[222]*. Ainsi, en donnant suite à ces courriers et en agissant contre MediCare-Market en utilisant des arguments relatifs aux prix à la fois dans l'action en cessation et dans les saisines des conseils provinciaux, le Conseil national de l'OP a également visé à éviter une concurrence par les prix, qui est préjudiciable aux pharmacies traditionnelles. Vu ces éléments, il y a lieu de conclure qu'en élaborant sa stratégie et en la mettant en œuvre, entre autres dans l'action en cessation, le Conseil national de l'OP a visé à imposer un prix minimum de vente des médicaments.*

ii) Le Conseil national de l'OP ne conteste pas la matérialité des faits mis en avant par l'auditeur

197. *L'auditeur note que le Conseil national de l'OP ne nie pas qu'il a visé à limiter les ristournes octroyées par le groupe MediCare-Market. Le Conseil national de l'OP n'invoque en effet que des raisons et des objectifs à son sens légitimes pour justifier le fait qu'il ait agi de la sorte, tels que d'éviter la surconsommation des médicaments ou la violation de règles déontologiques et de dispositions du livre VI du Code de droit économique. Ces éléments ne relevant pas de l'analyse factuelle – non contestée par le Conseil national de l'OP – mais de l'analyse juridique, ils seront traités infra*[223]*.*

III.3.2.e Conclusion de l'auditeur

198. *En donnant suite à des courriers de pharmaciens se plaignant notamment des prix pratiqués par MediCare-Market et en utilisant des arguments relatifs aux promotions et aux prix appliqués sur les médicaments par MediCare-Market aussi bien dans le cadre de l'action en cessation que dans les saisines des conseils provinciaux, le Conseil national de l'OP a visé à imposer un prix minimum de vente des*

---

[220] Voy. § 141 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[221] Ces courriers se trouvent notamment à l'annexe 24 de la plainte de MediCare-Market. L'auditeur n'a égard qu'aux courriers adressés aux membres du Conseil national de l'OP et, en particulier, aux présidents de celui-ci.

[222] L'auditeur relève notamment que le huissier de justice qui s'est rendu [CONFIDENTIEL] le 13/11/2015 stipule dans son constat « *Pour terminer, nous faisons un tour général de la parapharmacie où je peux constater des remises importantes sur la plupart des produits* » ; que le huissier de justice a fait des achats dans la parapharmacie [CONFIDENTIEL] pour lequel il a joint un ticket de caisse (notamment des laits pour nourrissons); que le constat du huissier de justice du 11/05/2016 fait référence à des ristournes de 30% sur les produits solaires et de 50% sur un box bronzage Bergasol et fournit un ticket de caisse avec des achats de laits pour bébé (Cf. Annexe 44 de la demande de mesures provisoires de MediCare-Market)

[223] Voy. *infra* §§ 329-330.

médicaments. L'auditeur constate que le Conseil national n'a pas apporté d'arguments dans sa réponse qui justifieraient de s'écarter de cette conclusion, basée sur une série d'éléments concordants.

III.4 Etendue géographique

199. *L'OP a vocation à déterminer les règles déontologiques des pharmaciens et à contrôler leur application sur l'ensemble du territoire belge. La stratégie développée par l'OP visant à empêcher le groupe MediCare-Market de se développer alors que celui-ci a pour vocation de s'implanter dans toutes les provinces belges a pour conséquence que l'étendue géographique des décisions en cause est le territoire belge.*

200. *Les réactions du Conseil national de l'OP concernant l'étendue géographique de l'infraction sont abordées infra dans la partie relative au marché pertinent, puisque ces deux questions sont liées*[224].

III.5 Durée de l'infraction

III.5.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

201. *Dans la mesure où les deux griefs reposent sur les mêmes décisions d'association d'entreprises, l'auditeur considère qu'il existe une seule infraction. L'auditeur dispose d'éléments démontrant que l'infraction pourrait avoir débuté dès janvier 2015. Il les estime toutefois insuffisants pour affirmer avec certitude que l'infraction commise par l'OP a débuté à ce moment. Il fixe dès lors le début de l'infraction au 22 octobre 2015 et constate qu'elle n'a pas cessé à ce jour. La date du 22 octobre 2015 correspond à la décision par le Conseil national de l'OP d'intenter les actions disciplinaires et judiciaire à l'égard de MediCare-Market. Depuis cette date, le Conseil national n'a cessé de mettre en œuvre les stratégies qu'il a élaborées à ce moment. On peut notamment citer à cet égard les conclusions finales de l'OP dans le cadre de la procédure en cessation, datées du 20 mai 2016, les conclusions du Conseil national de l'OP du 20 décembre 2016 dans le cadre de la procédure mettant en cause le pharmacien [CONFIDENTIEL] et les conclusions du Conseil national de l'OP du 16 février 2017 dans le cadre de la procédure mettant en cause le pharmacien [CONFIDENTIEL]. La décision récente*[225] *du conseil provincial [CONFIDENTIEL] démontre que l'infraction produit toujours ses effets.*

III.5.2 Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

202. *Dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP conteste la durée de l'infraction retenue par l'auditeur : « En ce qui concerne le point de départ, l'OP note qu'en réalité, son action ne débute qu'à l'issue de la séance du Conseil national du 21 décembre 2015. La période de l'infraction alléguée a pris fin au plus tard lorsque l'OP a perdu contrôle de la dernière procédure initiée par l'OP. En ce qui concerne les procédures disciplinaires, le Conseil national a perdu le contrôle au moment de la saisine des instances disciplinaires. Pour ce qui concerne la procédure en cessation, l'intervention de l'OP a pris fin au moment du dépôt de ses conclusions de synthèse. Les trois procédures disciplinaires ont*

[224] Voy. *infra* §§ 218-220.
[225] Cette décision date du 13 décembre 2017 (Voy. l'annexe à la réponse de MediCare-Market à la demande de renseignements du 24 avril 2018).

été initiées par le Conseil national de l'OP le 23 décembre 2015 par courrier aux présidents des Conseils provinciaux concernés. Les dernières conclusions de l'OP dans le cadre de l'action en cessation datent du 20 mai 2016. Sur cette base, l'infraction alléguée a commencé le 21 décembre 2015 et pris fin au plus tard le 20 mai 2016. La durée de l'infraction alléguée n'a donc pas excédé 6 mois. »[226] *Le Conseil national de l'OP estime en effet ne pas avoir d'influence sur les décisions des organes disciplinaires*[227]*. Le Conseil national de l'OP met également en avant le fait qu'il a acquiescé au jugement rendu par le président du tribunal de commerce suite à l'action en cessation.*

III.5.3 Analyse et conclusion de l'auditeur

203. *L'auditeur ne peut suivre l'argumentation du Conseil national de l'OP.*

204. *Tout d'abord, en ce qui concerne le début de l'infraction, dans la mesure où il est question d'une stratégie d'évincer le modèle MediCare-Market du marché et/ou d'empêcher son développement, le point de départ de l'infraction doit être le jour au cours duquel la stratégie a été élaborée. Ce jour est au plus tard le 22 octobre 2015*[228]*. En effet, il ressort du procès-verbal de la réunion du Conseil national de l'OP qu'il y a été décidé, d'une part, « la poursuite de la procédure »*[229] *et, d'autre part, la saisie des conseils provinciaux concernés par les problèmes liés aux ouvertures des enseignes MediCare-Market. Le fait que les décisions prises ont été ou non mises en œuvre par la suite n'a pas d'impact sur le fait que la stratégie anticoncurrentielle débute au plus tard le 22 octobre 2015.*

205. *Ensuite, en ce qui concerne la fin de l'infraction, il n'y a pas nécessairement lieu de s'arrêter, comme l'indique le Conseil national de l'OP, au 20 mai 2016, date des dernières conclusions dans le cadre de l'action en cessation. En effet, le Conseil national de l'OP a posé d'autres actes par la suite, comme l'intentement d'appels contre certaines décisions des conseils provinciaux et le dépôt de conclusions devant les conseils d'appel. On peut citer, entre autres, l'appel intenté le 17 octobre 2016 par le Conseil national de l'OP contre la décision du conseil provincial [CONFIDENTIEL] ou encore les conclusions déposées devant le conseil d'appel en cause du pharmacien [CONFIDENTIEL] le 20 décembre 2016 et celles déposées devant le conseil d'appel en cause du pharmacien [CONFIDENTIEL] fin avril 2017. L'auditeur note par contre que le Conseil national de l'OP n'a pas fait appel des décisions disciplinaires des conseils [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL], datées respectivement des [CONFIDENTIEL] avril et [CONFIDENTIEL] décembre 2017*[230]*.*

206. *Vu ces éléments, l'auditeur estime qu'il est raisonnable de considérer que l'infraction a pris fin à la date de l'acquiescement par le Conseil national de l'OP au jugement rendu dans le cadre de l'action en*

---

[226] Voy. §§ 223-224 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[227] Voy. § 222 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[228] L'auditeur a été très prudent dans sa délimitation temporelle de l'infraction, car la stratégie d'éviction a potentiellement été établie bien avant le 22 octobre 2015. Voy. la liste d'indices §145.

[229] Voy. OP B annexe 16

[230] En outre, le 25 janvier 2018, le Conseil national de l'OP a fait appel de la décision rendue par le conseil provincial [CONFIDENTIEL] qui acquittait le pharmacien [CONFIDENTIEL] et a estimé que les propos tenus par celui-ci sur Facebook à l'encontre des pharmaciens membres du groupe MediCare-Market constituaient une infraction à la déontologie.

cessation, soit le 26 janvier 2017. En effet, jusqu'à cette date, l'auditeur dispose de preuves que le Conseil national de l'OP a agi à intervalles réguliers contre le modèle MediCare-Market tandis que les éléments de preuve sont disparates après cette date.

207. *En conclusion, l'auditeur considère que l'infraction a débuté le 22 octobre 2015 et a pris fin le 26 janvier 2017.*

IV. Analyse juridique

208. *Vu les différents éléments de preuve et les faits décrits ci-dessus dans la troisième partie, l'auditeur opère l'analyse juridique suivante.*

IV.1 Définition du marché pertinent

IV.1.1 Le marché pertinent des services

IV.1.1.a Pratique décisionnelle des autorités de concurrence et jurisprudence associée

209. *Afin d'analyser la compatibilité de décisions et/ou de règlements édictés par des Ordres professionnels avec les règles de concurrence, les instances compétentes procèdent à l'analyse de la distorsion éventuelle de concurrence sur le marché concerné. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de Justice, le marché de produits à prendre en considération comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*[231].

210. *En 2007, le Conseil de la concurrence a considéré, dans une affaire impliquant l'OP, que le marché pertinent était celui 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*[232].

211. *Cette décision va dans le même sens que les décisions de la Commission concernant des ordres professionnels. En effet, la Commission prend comme marché pertinent de services le marché impacté par la décision en cause. Ainsi, dans sa décision relative à l'Ordre des architectes belges, la Commission a défini le marché des services en cause comme étant le marché des services prestés en Belgique par les architectes soumis au contrôle des instances de l'Ordre, lorsqu'ils agissent en qualité d'indépendant*[233]*. En outre, dans sa décision Labco à l'encontre de l'Ordre National des Pharmaciens, la Commission a défini le marché en cause comme étant le marché des services d'analyse de biologie médicale en France, soit le marché sur lequel les pharmaciens ont, avec les médecins biologistes, un monopole d'exercice et de gestion*[234].

---

[231] Point 7 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5)
[232] Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 36.
[233] Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004, COMP/A.38549, *Ordre des architectes belge*, § 25.
[234] Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, §5. Cette décision a été confirmée par le tribunal (Voy. TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens).

IV.1.1.b Analyse de l'Auditeur

212. *L'auditeur suit la pratique décisionnelle des autorités de concurrence belge et européenne. Ainsi, le marché en cause est le 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.*

IV.1.2 Le marché géographique pertinent

IV.1.2.a Pratique décisionnelle des autorités de concurrence et jurisprudence associée

213. *En 2007, dans sa décision du 26 octobre 2007 concernant l'Ordre des pharmaciens, le Conseil de la concurrence a considéré que le marché géographique pertinent pour les normes déontologiques et les communications de l'Ordre des pharmaciens était le territoire belge[235].*

214. *Ce faisant, le Conseil a été dans le même sens que la pratique décisionnelle de la Commission concernant des ordres professionnels et que la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Ainsi, la Commission a, dans sa décision du 24 juin 2004 concernant l'Ordre des Architectes belges, jugé que la décision de l'Ordre est applicable sur tout le territoire belge. Il est ainsi implicitement considéré que le marché géographique pertinent est le territoire belge[236]. De manière similaire, dans sa décision concernant les services d'analyse de biologie médicale, la Commission a estimé que le marché géographique concerné était le territoire français sur lequel les pharmaciens et médecins biologistes ont un monopole d'exercice[237]. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt du 18 juillet 2013 concernant le Consiglio nazionale dei geologi, considéré que : « Une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité. Tel peut être l'effet de la décision d'association d'entreprises en cause au principal dès lors que le droit italien prévoit une appartenance obligatoire, sur l'ensemble du territoire de la République italienne, des géologues à l'ordre professionnel, ce qui implique leur soumission à des règles déontologiques et leur responsabilité disciplinaire pour la méconnaissance à ces règles »[238]. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une décision d'un ordre professionnel à laquelle les membres sont obligés d'appartenir par la législation nationale s'étend à l'ensemble du territoire d'un Etat membre. De même, dans son arrêt du 28 février 2013, la Cour de justice n'a pas contesté la définition donnée par l'AdC qui a estimé, par rapport à un règlement de l'ordre professionnel des experts comptables concernant la formation de ceux-ci, que le marché géographique était le territoire national[239].*

---

[235] Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 38.
[236] Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004, COMP/A.38549, *Ordre des architectes belges,* § 101.
[237] Décision de la Commission du 8 décembre 2010, Ordre national des pharmaciens, affaire 39510, dite « Labco », §7.
[238] CJUE, arrêt du 18 juillet 2013*, Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, §§ 50-51.
[239] CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, § 23.

IV.1.2.b Analyse de l'auditeur

215. *L'auditeur suit la pratique décisionnelle des autorités de concurrence belge et européenne et la jurisprudence de la Cour de Justice. Ainsi, dans la mesure où sont en cause des agissements de l'OP, institution qui a vocation à agir sur l'ensemble du territoire belge, le marché géographique pertinent est le territoire belge*[240].

IV.1.3 Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

216. *Le Conseil national de l'OP estime à ce sujet que « Le raisonnement et les références de l'Auditorat créent la confusion. En effet, la jurisprudence citée portait sur les règles déontologiques (qui sont applicables sur tout le territoire de l'Etat Membre concerné). En revanche, les griefs allégués par l'Auditorat, tels qu'ils ont été communiqués, ne portent pas sur les règles déontologiques élaborées par le Conseil national de l'OP mais sur les allégations d'éviction de Medicare-Market du marché belge ou l'imposition de prix minimums. Le marché concerné est donc le marché des activités des pharmaciens (et non le « marché » de la déontologie) »*[241].

217. *D'après le Conseil national de l'OP, qui se réfère tant à la pratique décisionnelle de la Commission qu'à celle du Conseil de la concurrence, le marché pertinent devrait être considéré comme local. Ainsi, « Si impact il y avait, quod non, n'étaient concernés que quelques points de vente locaux de Medicare-Market parsemés en Belgique. L'on ne peut donc pas parler d'un impact sur le marché belge entier, voire une partie substantielle de celui-ci »*[242].

IV.1.4 Analyse et conclusion de l'auditeur

218. *L'auditeur constate que le Conseil national de l'OP ne conteste pas la définition du marché des produits pertinent, à savoir le marché des services prestés par les pharmaciens d'officine, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires.*

219. *Par contre, l'auditeur et le Conseil national de l'OP ne s'entendent pas sur les conséquences de cette définition de marché sous l'angle géographique. L'auditeur remarque qu'en l'espèce, ne sont pas en cause des décisions et des actes visant des pharmacies individuelles, mais des décisions et des actes du Conseil national de l'OP touchant le concept MediCare-Market où qu'il soit implanté en Belgique ou soit susceptible de l'être dans le futur. Dans la mesure où le Conseil national de l'OP a vocation à agir sur l'ensemble du territoire belge et où ses décisions et ses actes ont des conséquences sur l'ensemble de ce territoire, l'auditeur considère que l'étendue géographique du marché pertinent est l'ensemble du territoire belge*[243].

220. *En outre, les décisions et les actes du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens concernent toutes les pharmacies qui potentiellement souhaiteraient modifier leur circuit de distribution en adoptant un*

---

[240] Comp. avec Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 37

[241] Voy. § 169 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[242] Voy. § 172 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs. Voy. également §§ 170-171 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[243] En ce sens, voy. Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 38.

modèle similaire à celui de MediCare-Market, ainsi qu'aux entrants potentiels sur ce marché, ce qui justifie d'autant plus l'étendue nationale du marché.

IV.2 Application de l'article 101, § 1er TFUE et de l'article IV.1, § 1er CDE

IV.2.1 Introduction

221. *Les décisions de l'OP faisant l'objet de l'instruction sont susceptibles de violer les articles IV.1 du Code de droit économique (ci-après : « CDE ») et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et donc d'entrer dans leur champ d'application.*

222. *L'article 101, §1er TFUE interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.*

223. *L'article IV.1 CDE a été rédigé de manière identique à l'article 101 TFUE, à l'exception du fait que l'article IV.1 CDE ne contient pas la condition du commerce entre Etats membres.*

224. *Par conséquent, outre la condition susmentionnée, toutes les conditions à remplir pour l'application de l'article 101 TFUE le sont également pour l'application de l'article IV.1 CDE.*

IV.2.2 Association d'entreprises

IV.2.2.a Principes

225. *Tant l'article IV.1 CDE que 101 TFUE interdisent aussi bien les accords anticoncurrentiels et les pratiques concertées que les décisions anticoncurrentielles d'associations d'entreprises. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, ces trois notions d' « accord », de « décisions d'associations d'entreprises » et de « pratique concertée » appréhendent, du point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent*[244]*.*

226. *Le concept d'association d'entreprises n'est pas défini aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE. La pratique décisionnelle, notamment celle de la Commission, en retient généralement une interprétation large qui ne se restreint pas aux seules associations commerciales. Elle peut s'appliquer, entre autres, aux coopératives agricoles*[245]*, aux organes professionnels disposant d'un pouvoir de régulation, aux associations sans personnalité morale, aux associations sans but lucratif et aux associations d'associations. Dans cette optique, des groupes tels que l'UEFA*[246]*, l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets*[247]*, ou encore un groupe d'intérêt économique administrant la co-réassurance des risques*

[244] Voy. notamment CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 23 ; CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard v Commission, § 63.
[245] TUE, arrêt du 13 décembre 2006, T-217/03 et T-245/03, FNCBV et al. v Commission, § 4
[246] Décision de la Commission du 23 Juillet 2003, OJ L 291 du 8 Novembre 2003, p. 25, COMP 37.398, § 109
[247] Décision de la Commission du 7 Avril 1999, OJ L 106 du 23 Avril 1999, p. 14, COMP 36.147, § 25

environnement[248] *ont pu être qualifiés d'associations d'entreprises. Certaines de ces entités possédaient une personnalité juridique et un statut de société, d'autres non.*

227. *Selon l'avocat général Léger, l'objectif inhérent au concept d'association d'entreprises est d'éviter que les entreprises puissent échapper à l'interdiction inscrite à l'article 101 TFUE en raison de la forme à travers laquelle elles coordonnent leurs conduites sur le marché. Le concept d'association d'entreprises « vise à éviter que les entreprises puissent échapper aux règles de la concurrence en raison de la seule forme par laquelle elles coordonnent leur comportement sur le marché. Pour garantir l'effectivité de ce principe, l'Article [101 (1)] appréhende non seulement les modalités directes de coordination de comportements entre entreprises (les accords et les pratiques concertées), mais aussi les formes institutionnalisées de coopération, c'est-à-dire les situations où les opérateurs économiques agissent par l'intermédiaire d'une structure collective ou d'un organe commun »*[249].

228. *La Cour de Justice interprète généralement le concept d'association d'entreprises de façon large et qualifie les ordres professionnels*[250] *d'associations d'entreprises. Pas plus la personnalité juridique accordée à une entité que son inscription au registre en tant que société ne constitue un obstacle pour la qualifier d'association d'entreprises. Le cadre juridique dans lequel sont conclus les accords, où sont prises les décisions, ainsi que la qualification donnée à ce cadre par les juridictions nationales, sont également dénués de pertinence s'agissant de l'application de cette notion*[251].

229. *En règle générale, une association d'entreprises comprend des entités d'une même nature et se considère responsable de la représentation et de la défense des intérêts communs de ses membres vis-à-vis des autres opérateurs économiques, des organes gouvernementaux et du public en général*[252].

230. *Des « associations d'entreprises » au sens de l'article 101(1) du TFUE sont composées de représentants du secteur économique en jeu*[253]*. Leurs membres se coordonnent notamment lorsqu'ils adoptent des règlements, exprimant ainsi « la volonté de représentants des membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique »*[254]*. Comme l'avocat général Léger l'indique dans l'affaire Wouters, une certaine forme institutionnalisée de coopération est nécessaire, c'est-à-dire, une situation dans laquelle les opérateurs économiques agissent par l'intermédiaire d'une structure collective ou un organe commun*[255].

231. *Quand la preuve de l'existence d'une association d'entreprises est apportée, les décisions restrictives qu'elle met en œuvre et qui coordonnent la conduite de ses membres tombent dans le champ d'application*

---

[248] Décision de la Commission du 14 Janvier 1992, OJ L 37 du 14 Février 1992, p. 16, §§ 1 et 26
[249] Conclusions de l'avocat général Léger dans l'Affaire C-309/99, Wouters, § 62
[250] CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, §§ 56 et 64.
[251] Voy. CJUE, arrêt du 30 janvier 1985, C- 123/83, BNIC/Clair, § 17 CJUE, arrêt du 18 juin 1998, C-35/96, Commission/Italie, § 40.
[252] Voy. en particulier CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, §§ 61-62.
[253] CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 64.
[254] CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 64
[255] Conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire C-309/88, Wouters, § 62.

de l'article 101(1) TFUE. En pratique, une association d'entreprises peut être considérée responsable seule[256] ou conjointement avec ses membres. Pour qu'une association soit considérée comme responsable (que ce soit seule ou conjointement avec ses membres), la jurisprudence requiert qu'elle joue un rôle séparé dans la mise en œuvre de la restriction et que sa conduite puisse être distinguée de celle de ses membres[257].

232. *Pour déterminer si une entité constitue une association d'entreprises, il y a lieu tout d'abord de déterminer si les entités qui la composent constituent elles-mêmes des entreprises[258]. Suivant une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement[259]. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné[260].*

233. *Dans un deuxième temps, il y a lieu de voir si, dans le cadre dans lequel l'entité a agi, elle a, ou non, poursuivi un objectif économique[261].*

IV.2.2.b Application au cas d'espèce

234. *Conformément à une jurisprudence constante[262], de par sa composition et certaines de ses activités, l'OP constitue une « association d'entreprises » au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE.*

235. *En effet, le pharmacien exerce une activité axée sur l'échange de biens et de services. Il poursuit dès lors de manière durable un but économique. Par conséquent, il constitue une entreprise au sens du droit de la concurrence.*

236. *L'Ordre des pharmaciens, quant à lui, est une association professionnelle à laquelle tous ceux qui exercent la profession de pharmacien doivent être légalement inscrits.*

237. *Si les autorités publiques ont confié certaines missions à l'Ordre, notamment celle de veiller au respect de la déontologie et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres et que, ce faisant, l'Ordre ne poursuit pas un but économique mais remplit des tâches légales pour lesquelles il s'est vu accorder une compétence réglementaire par ces autorités, cela n'empêche toutefois pas qu'il constitue une association d'entreprises au sens du droit de la concurrence et ne peut imposer des obligations empêchant, restreignant ou faussant la concurrence sur le marché belge[263].*

238. *Plus précisément, la Cour de cassation a jugé « qu'une décision d'un organe de l'Ordre qui impose à un ou plusieurs de ses membres des limitations de la concurrence qui ne sont pas nécessaires au maintien des*

---

[256] Voy. par exemple CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard/Commission.
[257] Voy. notamment CJUE, arrêt du 20 janvier 1994, C-89/85, Ahlström Osakeyhtiö et al./Commission.
[258] Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 45.
[259] Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 46 et la jurisprudence citée à cet endroit.
[260] Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 47 et la jurisprudence citée à cet endroit.
[261] Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 50.
[262] Voy. notamment Cass., 7 mai 1999, D980013N ; Cass., 25 février 2000, D980041F ; Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1.
[263] Cass., 7 mai 1999, D980013N

règles fondamentales de la profession mais qui en réalité tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à instaurer ou à maintenir un régime économique, peut constituer une décision d'association d'entreprises dont la nullité peut être constatée d'office par le conseil d'appel »[264].

239. *Lorsque l'OP sort du cadre de cette mission d'intérêt général et que ses compétences servent ensuite, que ce soit ou non à dessein, à préserver les intérêts commerciaux de certains de ses membres au détriment de concurrents, il agit en tant qu'association d'entreprises dont les décisions peuvent être sanctionnées par le droit de la concurrence.*

240. *Ainsi, l'Autorité de la concurrence française a estimé dans son avis n° 07-D-41 du 28 novembre 2007 que l'engagement de poursuites disciplinaires par un conseil départemental faisait partie de ses prérogatives et ne pouvait pas être soumis au droit de la concurrence, sauf à s'inscrire "dans le cadre d'une action plus large à visée anticoncurrentielle. En effet, la mise en œuvre d'une action disciplinaire par une instance professionnelle n'est pas susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle lorsqu'elle n'est pas exercée dans le cadre d'une action plus large à visée anticoncurrentielle ".*

241. *Suivant cette jurisprudence, le Conseil national de l'OP constitue une association d'entreprises dont les décisions sont susceptibles d'être condamnées sur base de leur contrariété au droit de la concurrence.*

IV.2.3 Décision restrictive de concurrence

IV.2.3.a Principes

242. *En application des articles IV.1 CDE et 101 TFUE, sont interdits les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur.*

243. *Selon une jurisprudence constante, le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou » conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord en tenant compte du contexte économique dans lequel il doit être appliqué*[265].

244. *Pour déterminer si un accord, une décision ou une pratique concertée révèle un degré de nocivité suffisant à la concurrence de sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'en examiner les effets*[266], *une attention particulière doit être portée entre autres :*

1. à la teneur des dispositions contenues ou mises en œuvre dans cet accord, décision ou pratique concertée ;

2. aux objectifs que cet accord, décision ou pratique concertée vise à atteindre ;

---

[264] Voy. notamment Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1.
[265] Cf. Arrêt du 30 juin 1966,56/65, LTM, Rec. p. 337, 359)
[266] CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires *(CB)/* Commission, § 49

3. ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il ou elle s'insère[267]. À cet égard, il convient de prendre en compte la nature des biens ou des services affectés, les conditions réelles de fonctionnement ou encore la structure du ou des marchés en cause[268].

245. *Ainsi, l'aspect anticoncurrentiel d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée peut être déduit non seulement du contenu de ses dispositions mais également de l'intention des parties telle qu'elle ressort de la « genèse » de l'accord, décision ou pratique concertée et/ou se manifeste dans « les circonstances de sa mise en œuvre » ou encore du « comportement » des parties intéressées[269].*

246. *Il est, par ailleurs, de jurisprudence constante, qu'un accord, qu'une décision, ou qu'une pratique concertée puisse être qualifiée de restriction par objet en vertu de l'article 101(1) TFUE s'il s'agit d'un accord ou d'une décision d'un groupe de concurrents qui coordonne l'exclusion d'un concurrent actuel ou potentiel ou élimine toute concurrence sur le marché pertinent[270] .*

247. *Il est également de jurisprudence constante qu'un accord (ou décision ou pratique concertée) peut être qualifié de restriction de concurrence par objet même s'il poursuit par ailleurs des objectifs légitimes[271]. Ainsi, dans l'affaire Irish Beef, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment déclaré qu'« un accord [et par extension une décision ou une pratique concertée] peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes »[272]. Autre exemple, dans l'affaire IAZ, la Cour a déclaré que « la convention [en cause] a pour objet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, nonobstant le fait qu'elle poursuit également l'objet de protéger la santé publique et de réduire le coût du contrôle de conformité. Cette constatation n'est pas mise en cause par le fait que l'intention de*

---

[267] Voy. à cet égard, CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires *(CB)/* Commission, § 53 ; CJUE, arrêt du 4 octobre 2011, C--403/08 et C-429/08, Football Association Premier League et alii, § 136 ; CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, GlaxoSmithKline/Commission, § 58 ; CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25 et CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07 Beef Industry Development Society et Barry Brothers,§§ 16 et 21.

[268] Cf. arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Cartes Bancaires/Commission, §. 53 et CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 43.

[269] Voy. CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 etC-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, §§ 23-25. Voy. également CJUE, arrêt du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, C-56/65, § 8 ; arrêt du 28 mars 1984, C-29/83 et C-30/83 CRAM/Commission, § 26 et les conclusions de l'Avocat Général Tizzano du 25 octobre 2005 dans l'affaire. C-551/03 P General Motors,§§ 77-78 (conclusions suivies par la Cour de justice dans son arrêt du 6 avril 2006, C-551/03 P, General Motors/§§. 78-79).

[270] Voy. TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 58 ; CJUE, arrêt du 7 février 2013, C-68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/ Slovenská sporite¾òa a.s., § 19 ; arrêt du 26 novembre 1975,C-73/74 Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique, § 21 et TUE, arrêt du 16 décembre 2003, T-5/00 et T 6/00, Nederlandse Federatie Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied and Technische Unie BV/Commission.

[271] CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, §§ 19-21.

[272] CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers , § 21. Voy. également CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 etC-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25.

restreindre la concurrence n'a pas été établie à l'égard de toutes les parties à la convention »[273]*. Dès lors, une fois qu'il est établi sur la base de la teneur des dispositions en cause, des objectifs de l'accord, décision ou pratique concertée et du contexte dans lequel cet accord, décision ou pratique concertée s'inscrit qu'il ou elle a un objet anticoncurrentiel, le fait que cet accord, décision ou pratique concertée poursuive également des objectifs légitimes n'affecte pas sa qualification de restriction par objet.*

248. *Enfin, afin de mettre en œuvre les articles IV.1 CDE et 101(1) TFUE, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les effets actuels d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée qui a pour objet d'interdire, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché intérieur. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'effets anticoncurrentiels lorsque l'objet anticoncurrentiel de la conduite en question est démontré*[274]*. C'est ce qu'exprime en particulier la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Expedia lorsqu'elle indique « qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence »*[275]*.*

IV.2.3.b Application au cas d'espèce

i) La stratégie consistant à empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire à l'évincer

249. *L'Ordre des pharmaciens a adopté une stratégie et des décisions qui l'implémentent qui sont restrictives de concurrence par objet. En effet, cette stratégie a pour objectif d'empêcher le développement du modèle MediCare-Market, voire à l'évincer du marché dans un contexte économique et juridique dans lequel la concurrence est faible et amoindrie. Cette stratégie a été développée dans l'intérêt économique de la majorité des membres de l'OP*[276]*.*

250. *La stratégie de l'OP s'est concrétisée par plusieurs actes. Il s'agit tout d'abord des deux décisions d'intenter respectivement des procédures disciplinaires à l'égard des pharmaciens employés par le groupe MediCare-Market et une action en cessation à l'égard de l'ensemble des sociétés appartenant au groupe MediCare-Market*[277]*. Il s'agit ensuite d'une intervention de [CONFIDENTIEL], président du Conseil national de l'OP et porte-parole désigné dans le cadre de MediCare-Market*[278]*, dans la presse. Ces décisions sont bien des décisions d'association d'entreprises puisque les décisions de requérir l'intervention des conseils*

---

[273] CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 etC-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25.

[274] Voy. arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., §31 ; arrêt du 14 mars 2013, C-32/11, Allianz Hungária Biztosító et al., §§ 28-30 ; et CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, GlaxoSmithKline/Commission, § 55.

[275] CJUE, arrêt du 13 décembre 2012, C-226/11, Expedia, § 37.

[276] La Commission a condamné des pratiques similaires, l'Ordre des pharmaciens en France ayant pris des décisions dans l'intérêt économique de la majorité de ses membres et non dans l'intérêt général dans le but notamment d'empêcher des groupes de laboratoires de se développer (Voy. Décision de la Commission du 8 décembre 2010 dans l'Aff. 39510-*ONP*).

[277] Pour plus de détails sur ces décisions, voy. *supra* §§ 70-71

[278] Voy. annexe 19 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016, p. 2.

provinciaux concernés et d'intenter une action en cessation à l'encontre de l'ensemble des sociétés membres du groupe MediCare-Market ont été adoptées par le Conseil national de l'OP, qui est l'organe décisionnel de l'Ordre, et consignées dans les procès-verbaux des réunions de cet organe[279]*. Quant à l'intervention dans la presse de [CONFIDENTIEL], président du Conseil national de l'OP, elle résulte de la décision du Conseil national de l'OP de le désigner porte-parole dans le cadre de MediCare-Market, qu'elle suit d'ailleurs de près*[280]*.*

a) Mise en œuvre de la stratégie

251. *Les décisions susmentionnées mettant en œuvre la stratégie ont eu une portée importante, puisque, au moment de leur adoption, elles ont concerné l'ensemble des entreprises du groupe MediCare-Market et même, en ce qui concerne l'action en cessation, des entreprises qui n'avaient pas encore ouvert leurs portes.*

252. *La décision du Conseil national de saisir les conseils disciplinaires [CONFIDENTIEL] sur base de la confusion, a été ensuite répliquée par le conseil disciplinaire [CONFIDENTIEL] sur base de la même argumentation.*

253. *Cette très large portée, sans aucune analyse individuelle, atteste du caractère nocif de ces décisions.*

b) Les objectifs de la stratégie

254. *Le caractère de restriction de concurrence par objet de la stratégie ressort de la stratégie en elle-même qui consiste à empêcher le développement du modèle MediCare-Market, voire à l'évincer.*

255. *Le risque concurrentiel que constitue le développement d'un groupe comme MediCare-Market pour les pharmaciens indépendants a rapidement été constaté par l'OP, qui a, par la stratégie mise en place, poursuivi le groupe concerné pour de prétendus manquements à la déontologie et à la loi, dans le but d'entraver ou d'empêcher le développement de ce groupe*[281]*.*

256. *Ce caractère de restriction de la concurrence par objet est en outre attesté par le fait que l'intention plus large du Conseil national de l'OP est, comme il ressort de l'avis [CONFIDENTIEL] lors de la réunion du Conseil national du 22 janvier 2015, d'empêcher les enseignes de grande distribution d'ouvrir des pharmacies*[282] *qui, comme MediCare-Market, ont la possibilité d'acheter de gros volumes leur permettant d'obtenir des meilleures conditions d'achat auprès de leurs fournisseurs, qu'ils peuvent répercuter ensuite auprès des patients/consommateurs. En fait, le Conseil national tend à éviter à tout prix cette évolution et met en place une stratégie qui tend à écarter ces nouveaux entrants potentiels ou actuels au profit des pharmacies traditionnelles qui, pour la plupart, appliquent le prix maximum autorisé*[283]*. Ce faisant, le*

---

[279] Voy. *supra* §§ 70-71

[280] La décision de le nommer porte-parole date du 17 décembre 2015 et son intervention dans la presse du 24 décembre 2015.

[281] Cf. *Supra* Point III.3.1.

[282] Extrait du procès-verbal de la séance du Conseil national du 22 janvier 2015 constituant l'annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 août 2016.

[283] Voy. http://democratisonslexpertisesante.be/

Conseil national tend à protéger les intérêts économiques d'une partie de ses membres et n'agit pas dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. Pour rappel, le droit de la concurrence s'applique aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique. Il convient, à chaque fois, d'examiner individuellement les activités d'une entité. Le fait qu'un organisme ait des activités assimilables à des prérogatives de puissance publique ne peut mener à la conclusion que les autres activités de cet organisme ne puissent avoir un caractère économique[284]*. En l'occurrence, au vu des objectifs poursuivis lorsqu'il tend à intervenir contre le groupe MediCare-Market, le Conseil national a agi en vue de la défense des intérêts économiques de la majorité de ses membres, les pharmaciens d'officine indépendants, et n'a, dès lors, pas agi dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique.*

c) Le contexte juridique et économique

257. *Le marché en cause est fortement réglementé et des entraves (légales) y sont présentes empêchant ainsi le pharmacien de fixer librement son prix de vente. Par ailleurs, il ressort de l'étude menée par MediCare-Market que 99% des pharmacies pratiquent le prix maximum autorisé sur les médicaments non remboursés*[285]*. Ainsi, la concurrence par les prix sur le marché pertinent provenant des acteurs traditionnels est réduite, voire absente. Cette concurrence provient essentiellement de nouveaux acteurs, comme MediCare-Market, que la décision en cause tend à évincer du marché, ou à ralentir le développement.*

258. *Vu ces éléments, la décision du Conseil national de l'OP d'empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire de l'évincer, doit être considérée comme présentant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour rendre superflu l'examen de ses effets*[286]*.*

ii) La stratégie visant à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à MediCare-Market

259. *Le second grief de l'auditeur porte sur l'imposition indirecte d'un prix minimum de vente des médicaments par le Conseil national de l'OP. Ce grief repose notamment sur le fait que le Conseil national a tenté d'obtenir la cessation de la pratique des ristournes de MediCare-Market en les qualifiant d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché portant atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs entreprises.*

260. *La concurrence par les prix constitue un élément essentiel de la concurrence. La fixation, directe ou indirecte, d'un prix minimum de vente a constamment été considérée comme une restriction grave de la concurrence par objet. L'auditeur en veut pour preuve, d'une part, le fait que la fixation des prix est explicitement reprise par les législateurs européen et belge respectivement dans les articles 101, § 1er TFUE et IV.1, § 1er CDE et, d'autre part, le fait que, dans les divers règlements d'exemption par catégorie, la Commission européenne a, à chaque fois, considéré que l'imposition d'un prix minimum constituait une*

---

[284] Voy. Décision de la Commission du 8 décembre 2010, Ordre national des pharmaciens, affaire 39510, dite « Labco », § 602.
[285] Voy. http://democratisonslexpertisesante.be/
[286] Comp. avec CJUE, arrêt du 23 janvier 2018, Hoffman La Roche et Novartis, C-179/16, § 94.

« hardcore restriction », empêchant les accords contenant une clause de ce genre de bénéficier du règlement d'exemption par catégorie[287].

261. *Au vu de la nocivité de tout accord, décision ou pratique concertée tendant à instaurer, directement ou indirectement, un prix minimum, la décision d'association d'entreprises en cause constitue une décision restrictive de concurrence par objet.*

IV.2.4 Non applicabilité de l'Arrêt Wouters[288]

IV.2.4.a Principes

262. *Suivant une jurisprudence constante dont l'origine est à trouver dans l'arrêt Wouters de la Cour de justice de l'Union européenne « tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. I-6511, point 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs »*[289].

263. *Ainsi, la Cour a considéré que des raisons d'intérêt général pouvaient justifier certaines restrictions de la concurrence qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 101, § 3.*

IV.2.4.b Application au cas d'espèce

264. *Dans sa décision sur la demande des mesures provisoires, le Collège indique que : « L'autorité de concurrence doit reconnaître la compétence de la Défenderesse pour apprécier les conditions dans lesquelles un pharmacien exerce sa profession, pour autant qu'elle le fasse dans les limites de sa mission et donc pour des motifs d'intérêt général. Il en est autrement dans la mesure où les actions d'un Ordre ne poursuivent pas un objectif qui cadre dans les limites de sa mission.»* [290]

265. *Or le Collège indique que l'OP « n'a pas démontré que la décision [disciplinaire] du 17 mars 2016 soit justifiée par des arguments de l'intérêt général qu'elle doit sauvegarder dans le cadre de sa mission de droit public. »*[291] *Il ajoute que « Le Collège comprend par ailleurs mal qu'on semble reprocher à [MediCare-*

---

[287] Voy. notamment l'article 4 a) du règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2013 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

[288] CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters.

[289] CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 97.

[290] Voy. Décision du Collège de l'ABC n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017 , §§ 52-53.

[291] *Ibid*., § 43.

Market] de porter atteinte à l'image de la profession en créant la confusion par un défaut de séparation entre les deux types de magasins, par exemple par des pratiques vestimentaires, tandis qu'une partie importante de la superficie des pharmacies classiques est souvent dédiée à des produits parapharmaceutiques où les clients sont servis par des pharmaciens et leurs assistants […]. »[292]

266. *Il constate que « l'OP ne s'appuie sur aucun texte législatif ou réglementaire qui permet de conclure que la loi considère contraire à l'intérêt public qu'une pharmacie soit installée au sein d'un ensemble de grande surface ou qu'il impose des restrictions en terme de surfaces ».* [293]

267. *L'auditorat ne perçoit pas d'objectif légitime que les décisions de l'OP tendraient à atteindre. En effet, aucun élément ressortant du dossier d'instruction ne permet d'affirmer que la santé publique serait en danger dans les pharmacies et/ou parapharmacies du groupe MediCare-Market.*

268. *En tout état de cause, dans la mesure où les décisions de l'OP visent, respectivement, à empêcher le développement d'un nouvel acteur, voire à l'évincer, et à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments, elles ne pourraient en aucun cas être considérées comme nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un éventuel objectif légitime.*

269. *Dès lors, l'exception établie par la Cour de justice dans l'affaire Wouters ne s'applique pas à la présente affaire.*

IV.2.5 Affectation du commerce entre Etats Membres

IV.2.5.a Principes

270. *En ce qui concerne le rapport entre les droits européen et national de la concurrence, l'article 3 § 1er du règlement 1/2003 prévoit que, lorsque des autorités nationales de concurrence appliquent le droit national à des accords, des pratiques concertées ou des décisions d'association d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, elles doivent également appliquer l'article 101 TFUE*[294]*.*

271. *Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice, « la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres »*[295]*.*

272. *A cet égard, il convient de relever « qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres »*[296]*.*

---

[292] *Ibid*., § 40.
[293] *Ibid*., § 41.
[294] Voy. également les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité,§ 9.
[295] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 23 et la jurisprudence citée.
[296] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 26 et la jurisprudence citée.

273. *Pour que l'article 101 TFUE s'applique, il ne suffit pas qu'il y ait une affectation du commerce entre Etats membres ; il faut en effet que cette affectation soit sensible*[297].

274. *Suivant une jurisprudence constante reprise par le Commission dans ses lignes directrices, les ententes couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres*[298].

IV.2.5.b Application au cas d'espèce

275. *Contrairement à ce qui a été décidé par le conseil de la concurrence dans sa décision du 26 octobre 2007*[299]*, l'auditeur estime qu'il y a bel et bien une affectation sensible du commerce entre Etats membres dans la présente affaire. En effet, les décisions en cause couvrent l'ensemble du territoire belge et sont donc normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres*[300]*. L'auditeur ne voit pas de raison de s'écarter de cette jurisprudence constante, surtout que, dans une affaire concernant un règlement adopté par un organe disciplinaire, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit «S'étendant à l'ensemble du territoire de l'État membre en question, un règlement tel que le règlement litigieux est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.»*[301]*. L'auditeur est d'avis que cette jurisprudence est également applicable en l'occurrence, vu les différences réglementaires parfois significatives entre Etats membres dans la présente matière, certains Etats, comme les Pays-Bas, ayant adopté une approche déontologique plus libérale. Ainsi, les normes déontologiques et l'application qui en est faite sont susceptibles de créer une entrave pouvant constituer un élément décisif pour un pharmacien de s'établir ou non en Belgique.*

276. *Par ailleurs, l'enseigne MediCare-Market disposant d'un site internet de vente en ligne, ses produits sont susceptibles d'être vendus dans d'autres Etats de l'Union européenne. Il y a par conséquent une affectation du commerce entre Etats membres.*

IV.3 Non application de l'Article 101, §3 TFUE

277. *Les dispositions de l'article IV.1, § 1er CDE et de l'article 101, § 1er TFUE peuvent respectivement être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour*

---

[297] Voy. les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, §§ 44-57.
[298] Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 78.
[299] Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 41
[300] Voy. notamment CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, § 50 et CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 95.
[301] CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, §§ 66-67.

atteindre ces objectifs et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence[302].

278. *L'auditeur ne dispose d'aucun élément permettant d'affirmer que les infractions retenues rempliraient les conditions cumulatives des articles IV.1, § 3 CDE et 101, § 3 TFUE.*

279. *Par conséquent, l'auditeur décide qu'il n'est pas satisfait aux conditions des articles IV.1, § 3 CDE et 101, § 3 TFUE dans la présente affaire.*

IV.4 Arguments du Conseil national de l'OP dans la réponse à la communication des griefs

IV.4.1 Considérations concernant l'incompétence de l'ABC pour interpréter la législation autre que les articles 101 et 102 du TFUE et les articles du livre IV du CDE

280. *Le Conseil national de l'OP estime que, dans la communication des griefs, l'auditorat a interprété d'autres dispositions que celles des articles 101 et 102 TFUE et du livre IV du CDE*[303].

281. *Or, à suivre l'OP, l'ABC ne pourrait « qu'interpréter et appliquer les articles 101 et 102 du TFUE et le Livre IV du CDE »*[304] *et serait « donc incompétente pour se prononcer en toute autre matière »*[305].

IV.4.2 Considérations concernant la non application du droit de la concurrence

282. *D'après le Conseil national de l'OP, « L'OP a une mission et des obligations d'intérêt public et exerce certaines tâches juridictionnelles. L'OP ne peut donc pas simplement être assimilé à une association d'entreprises »*[306]*. Néanmoins, « L'OP ne conteste (…) pas que pour certaines de ses activités, il peut être considéré comme une association d'entreprises »*[307]*. A l'inverse, le Conseil national de l'OP estime que les conseils disciplinaires sont des juridictions au sens de la Constitution et de l'article 267 TFUE et que, dès lors, « les actions et les décisions de ces conseils disciplinaires ne peuvent donc être sanctionnées par l'ABC »*[308]*. Le contrôle des décisions des conseils disciplinaires reviendrait en effet à la cour d'appel et, ultimement, à la Cour de cassation. Le Conseil national de l'OP cite à cet égard la jurisprudence de la Cour de justice pour appuyer le fait qu' « qu'il faut suivre une approche fonctionnelle pour déterminer si une organisation constitue une association d'entreprises et/ou une autorité publique »*[309] *et qu'ainsi les instances disciplinaires, qui sont tenues de respecter et d'appliquer le droit de la concurrence dans leurs décisions, sont « des juridictions, et non pas des associations d'entreprises »*[310]*. Pour appuyer sa position suivant laquelle l'ABC ne serait pas compétente vis-à-vis des organes disciplinaires établis par le*

[302] Voy. article 101, § 3 TFUE et article IV.1, § 3 CDE
[303] Voy. § 143 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[304] Voy. § 144 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[305] Voy. § 144 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[306] Voy. § 146 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[307] Voy. § 147 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[308] Voy. § 147 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[309] Voy. § 149 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[310] Voy. § 150 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

législateur, le Conseil national de l'OP cite un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1997[311], qui devrait s'appliquer mutatis mutandis.

283. *Le Conseil national de l'OP relève également que les infractions du droit de la concurrence alléguées par l'auditorat concernent notamment la décision du Conseil national de l'OP de saisir les conseils disciplinaires et la décision du Conseil national de l'OP d'intenter l'action en cessation[312].*

284. *Or, le droit d'agir en justice est un principe général de droit devant être garanti à chacun[313]. Dès lors, la marge de manœuvre pour réduire l'accès à la justice est limitée, que ce soit pour le législateur ou les autorités de concurrence[314]. Le Conseil national de l'OP cite à cet égard la jurisprudence ITT Promedia suivant laquelle le fait d'agir en justice peut constituer un abus de position dominante à condition de démontrer que cette action en justice est manifestement dépourvue de tout fondement et qu'elle vise à éliminer la concurrence[315]. D'après le Conseil national de l'OP, aucun de ces éléments n'a été démontré par l'auditorat[316]. Cela ne serait d'ailleurs pas possible, car, d'une part, « l'action de l'OP n'a pas été intentée de manière légère mais après mûre réflexion et des pourparlers étendus entre l'OP et Medicare-Market »[317] et, d'autre part, MediCare-Market a reconnu que « son modèle ne répondait pas à toutes les exigences légales et l'a ensuite modifié »[318].*

285. *A ce sujet, le Conseil national de l'OP fait valoir que les articles 101 et 102 ne peuvent viser que des décisions d'entreprises ayant un effet sur le marché, et non les actions des autorités, comme celle d'ester en justice. En effet, « décider d'ester en justice ne peut en soi, avoir pour objet ou effet d'être une action anticoncurrentielle, car si effet anticoncurrentiel il devait y avoir, celui-ci dépendrait de décisions ultérieures prises par les conseils disciplinaires, les cours et tribunaux et ultimement la Cour de cassation »[319]. A l'appui de sa position, le Conseil national de l'OP renvoie à un jugement du Tribunal de l'Union européenne ayant confirmé, d'après lui, « qu'il est légitime que des entreprises ou une association d'entreprise saisissent, collectivement, les autorités d'une situation illégale »[320] tout en précisant que « il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment quant à la décision d'agir collectivement en justice pour remédier une situation perçue comme illégale »[321].*

---

311 Voy. §§ 151-152 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
312 Voy. § 154 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
313 Voy. § 156 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
314 Voy. § 157 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
315 Voy. § 160 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
316 Voy. § 161 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
317 Voy. § 161 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
318 Voy. § 161 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
319 Voy. § 166 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
320 Voy. § 166 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
321 Voy. § 166 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

IV.4.3 Considérations concernant l'interprétation trop large du concept d'infraction par objet

286. *A suivre le Conseil national de l'OP, « Pour démontrer l'existence d'une restriction de concurrence par objet, l'Auditorat doit démontrer que :*

a) Les actions de l'OP concernent des comportements considérés « comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (voir en ce sens, notamment, arrêt Clair, 123/83, EU:C:1985:33, point 22). » ; et

b) Des précédents clairs ont raisonnablement pu laisser penser à l'OP (ou à ses conseils) que leurs actions peuvent constituer des infractions au droit de la concurrence. Autrement dit, les actions de l'OP devaient pouvoir être aisément identifiables comme constituant des infractions au droit de la concurrence (la violation devait être patente) et l'OP ne peut soudainement découvrir a posteriori que ces actions sont rétrospectivement analysées comme étant anticoncurrentielles »[322].

287. *Le Conseil national de l'OP rappelle en outre que « la notion de la restriction par objet doit en toute hypothèse être interprétée restrictivement »*[323] *et renvoie à la jurisprudence Carte bancaires.*

288. *Concernant la stratégie d'éviction, le Conseil national de l'OP estime que « L'Auditorat qualifie donc les actions de l'OP comme un boycott (…) pour ensuite conclure qu'il existe (prétendument) un nombre significatif de précédents déclarant qu'un boycott constitue une restriction de la concurrence par objet. En interprétant aussi largement le concept de boycott, l'Auditorat s'oppose frontalement à la jurisprudence de la CJUE qui donne de la notion de restriction par objet une interprétation très stricte »*[324].

289. *Le Conseil national de l'OP estime ensuite que les précédents cités par l'auditorat concernent des cas distincts*[325]*. En ce qui concerne plus précisément l'affaire ONP concernant l'Ordre National des Pharmaciens en France, le Conseil national de l'OP affirme que cette affaire « visait une stratégie générale d'éviction des groupes laboratoires du marché et l'imposition de prix minimums. Si dans le cadre de cette affaire, l'ONP a également décidé d'initier certaines procédures disciplinaires, cela ne constituait qu'un aspect très accessoire de l'action qui a été qualifiée d'infraction au droit de la concurrence (et cela ne concernait pas le cœur de l'infraction). C'est d'ailleurs tellement vrai que le Tribunal de l'UE a décidé que la Commission avait eu raison de ne pas inclure les décisions d'initier des procédures disciplinaires dans sa Décision contre l'ONP »*[326].

290. *Le Conseil national de l'OP affirme ensuite que « l'Auditorat ne démontre même pas que l'OP a pu croire un seul instant que ses actions auraient pu avoir pour effet d'évincer Medicare-Market du marché*

[322] Voy. § 174 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[323] Voy. § 175 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[324] Voy. § 177 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[325] Voy. §§ 178-179 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[326] Voy. § 179 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

des services prestés par les pharmacies. Pour démontrer cela, l'Auditorat aurait dû prouver que l'OP croyait que (i) des procédures visant à la cessation de pratiques de confusion et de promotions inhabituelles et (ii) l'introduction de procédures disciplinaires (procédures qui, du reste échappent à son contrôle et qui sont largement restées sans le moindre effet) pouvaient avoir pour effet d'évincer Medicare-Market »[327].

291. *Le Conseil national de l'OP estime quant à la stratégie d'imposer un prix minimum de vente des médicaments que l'auditorat effectue « une interprétation extrêmement large du concept de fixation des prix »*[328]*, faisant fi « de la jurisprudence de la CJUE selon laquelle la notion de restriction de concurrence reçoit une interprétation stricte »*[329].

IV.4.4 Considérations concernant l'absence d'analyse des effets anticoncurrentiels

292. *Le Conseil national de l'OP estime que « L'Auditorat se dispense de toute démonstration sérieuse d'effets – à tort en ce que l'on n'a pas affaire à une restriction par objet en l'espèce. L'Auditorat allègue uniquement que Medicare-Market « a beaucoup plus de mal à recruter des pharmaciens, notamment à la suite de procédures disciplinaires entamées à l'encontre de ses pharmaciens-titulaires, ou lorsque Medicare-Market souhaite ouvrir une nouvelle pharmacie ou une nouvelle parapharmacie ». L'Auditorat ajoute que « pour faire face à ces difficultés, Medicare-Market a notamment dû offrir aux pharmaciens membres du groupe des salaires supérieurs au barème des pharmaciens ». A l'exception des affirmations unilatérales de Medicare-Market – qui sont opportunément confortées par des lettres des pharmaciens concernés – l'Auditorat n'apporte aucun élément établissant de prétendus effets anticoncurrentiels. L'Auditorat n'a procédé à aucun examen critique de ces allégations. Toute analyse objective de l'impact de la stratégie alléguée de l'OP sur les activités de Medicare-Market fait défaut. L'Auditorat s'est tout simplement contenté de se baser sur la réponse de Medicare-Market à la demande de renseignements du 24 avril 2018. L'OP constate cependant que le groupe Medicare-Market est florissant et ne cesse d'ouvrir des nouveaux points de vente. L'Auditorat ne démontre pas en quoi l'action de l'OP aurait freiné l'expansion de Medicare-Market »*[330].

293. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que les preuves apportées par MediCare-Market l'ont été dans un contexte de rupture du contrat de travail, « ce qui jette à tout le moins le doute sur le caractère spontané et neutre de ces déclarations »*[331].

294. *Le Conseil national de l'OP ajoute à ce sujet qu'il comprend que « de nos jours, toutes les officines pharmaceutiques sont confrontées à des pénuries au niveau du recrutement »*[332] *et affirme qu'il n'existe pas de lien causal entre « entre l'action que l'Auditorat reproche à l'OP et cette pénurie ou les conséquences que cette pénurie peut avoir sur le niveau de la rémunération des pharmaciens »*[333].

---

[327] Voy. § 180 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[328] Voy. § 183 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[329] Voy. § 183 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[330] Voy. §§187-188 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[331] Voy. § 189 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[332] Voy. § 190 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[333] Voy. § 190 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

295. *D'après le Conseil national de l'OP, « La gravité des faits reprochés doit par ailleurs être relativisée. Medicare-Market ne prétend pas qu'il ne lui est plus possible de pourvoir ses officines, mais soutient juste que cela lui coûterait plus cher du fait de l'action de l'OP (ce qui reste à démontrer). En outre, Medicare-Market a pu s'adjoindre les services de [CONFIDENTIEL], qui est la secrétaire du Conseil provincial de [CONFIDENTIEL] et dont la pharmacie a été rachetée par le groupe, ce qui démonte également l'argument de Medicare-Market selon lequel tous les organes de l'OP se seraient ligués contre ce « modèle ». Il est donc clair que l'Auditorat n'a aucune preuve d'un quelconque effet anticoncurrentiel en l'espèce »*[334].

296. *Le Conseil national de l'OP conclut sur ce point en affirmant que « L'Auditorat reste donc en défaut de démontrer que si l'OP n'avait pas agi comme il l'a fait, les conditions de la concurrence auraient été plus favorables à l'heure actuelle. Sur cette base, il est clair que l'Auditorat n'a pas démontré l'existence des effets anticoncurrentiels allégués conformément à l'article 101(1) du TFUE »*[335].

IV.4.5 Considérations concernant la jurisprudence Wouters

297. *Après avoir rappelé le contenu de la jurisprudence Wouters, le Conseil national de l'OP estime que « l'Auditorat fait bref procès à cette jurisprudence »*[336] *et conteste que le raisonnement du Collège de la concurrence dans le cadre des mesures provisoires puisse être transposable dans le cadre de la présente affaire*[337].

298. *Le Conseil national de l'OP mentionne ensuite deux objectifs d'intérêt général, à savoir les principes de crédibilité de la profession de pharmacien et de santé publique que poursuivrait le Conseil national de l'OP dans son action à l'égard de MediCare-Market*[338].

299. *Le Conseil national de l'OP estime par ailleurs que, puisque la jurisprudence Wouters s'opère dans le cadre de l'article 101 (1) TFUE, la charge de la preuve incombe à l'auditorat*[339].

300. *Par ailleurs, le Conseil national de l'OP défend, jurisprudence à l'appui, la position suivant laquelle « la condition de nécessité est une condition subjective ce qui signifie que c'est l'association d'entreprises qui doit raisonnablement croire que les mesures en question sont nécessaires ; il ne faut pas démontrer une nécessité objective ». Le Conseil national de l'OP ajoute que « En l'espèce, il était parfaitement raisonnable pour l'OP de réagir comme il l'a fait, et son action était entièrement en ligne avec la jurisprudence Wouters. L'Auditorat rejette donc à tort cette jurisprudence ou au moins n'apporte pas la preuve requise d'une infraction à l'article 101(1) du TFUE. »*[340]

[334] Voy. § 191 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[335] Voy. § 192 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[336] Voy. § 195 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[337] Voy. § 197 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[338] Voy. § 200 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[339] Voy. §§ 201-202 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[340] Voy. § 204 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

IV.5 Analyse de l'auditeur

IV.5.1 L'Autorité belge de la concurrence peut prendre en considération les interprétations réalisées par le Conseil national de l'OP dans les décisions qu'il prend pour qualifier une infraction

301. *Il ressort de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle que les autorités de concurrence peuvent, dans leur application des articles 101 et 102 TFUE, avoir égard aux interprétations et applications opérées d'autres normes législatives et réglementaires. Le Tribunal de l'Union européenne a en effet jugé que « Dans ces circonstances, la Commission n'a pas commis d'erreur en retenant que, jusqu'en 2005, différentes interprétations du cadre légal affectant les SELARL étaient possibles et que l'Ordre a systématiquement choisi d'imposer l'interprétation la plus défavorable à l'ouverture du marché aux groupes de laboratoires »[341]. Ainsi, le Tribunal permet que les autorités de concurrence aient égard aux interprétations de la réglementation opérées par des entreprises ou associations d'entreprises. Dans la décision ayant fait l'objet du recours, la Commission avait, à plusieurs reprises, effectué une analyse de l'interprétation opérée par l'Ordre national des pharmaciens[342]. Par ailleurs, l'Autorité française de la concurrence n'a pas hésité à affirmer que des dispositions législatives n'étaient pas applicables[343]. L'Autorité a en effet décidé : « 61. En adressant cette lettre circulaire aux directeurs de maisons de retraite et en diffusant l'information selon laquelle « le chirurgien-dentiste est le seul habilité à décider de la nécessité d'un éventuel nettoyage d'une prothèse par une technique appropriée », le Conseil départemental, soutenu et conforté par le Conseil national, a incité les destinataires à ne pas donner à Mme Y... l'autorisation de proposer ses services à leurs pensionnaires. Une telle intervention fausse nécessairement le libre jeu de la concurrence sur le marché du nettoyage des prothèses dentaires amovibles puisqu'elle interdit le libre accès à la clientèle. Elle ne peut être justifiée par l'existence d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, au sens de l'article L. 420-4 du code de commerce puisque les dispositions du code de la santé publique sur l'exercice illégal de l'art dentaire ne sont pas applicables.» Ainsi, l'Autorité française de la*

[341] Voy. TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 100

[342] Voy. décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 128. La Commission écrit notamment « *Quatrièmement, les décisions de l'ONP en cause prennent effet dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché qui sont délégués à l'ONP par l'Etat pour l'accomplissement de ses missions, dans la mesure où l'ONP notamment use de ou menace d'avoir recours à ses pouvoirs de sanction disciplinaire. Cependant, les éléments du dossier permettent de démontrer que ces décisions n'ont que l'apparence de décisions visant à faire respecter les règles déontologiques, car si l'ONP invoque les règles déontologiques pour justifier ses décisions, c'est pour en retenir l'interprétation la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels, interprétation qui est de ce fait systématiquement différente de l'interprétation officielle de l'Etat français et souvent de celle des services internes à l'ONP* ». Voy. également, entre autres, les points mentionnés à ce paragraphe et les paragraphes 180 à 189 de la décision de la Commission.

[343] Décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes

concurrence juge de l'application ou non du Code de la santé publique et de l'interprétation opérée par certaines instances[344].

302. *L'arrêt du 9 septembre 2003 de la Cour de justice peut également être mentionné. En effet, la Cour y a estimé que « En présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou en renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE: a l'obligation de laisser inappliquée la législation nationale (…). »*[345] *Ainsi, la Cour de justice a estimé que les autorités de concurrence ont la possibilité de déterminer si une législation nationale légitime ou renforce les effets de comportements d'entreprises contraires à l'article 101 TFUE. Cet examen implique nécessairement la prise en compte, par les autorités de concurrence, de la portée de la législation nationale pour qualifier un comportement comme étant contraire à l'article 101 TFUE.*

303. *Ainsi, l'Autorité belge de la concurrence peut prendre en compte un argument tel que celui de la confusion et considérer qu'il s'agit d'une construction artificielle servant en réalité à évincer un modèle donné, ce qui constitue une infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.*

IV.5.2 Les décisions en cause du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens relèvent bien du droit de la concurrence

304. *Comme indiqué ci-dessus*[346]*, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a affirmé que le Conseil national de l'OP constitue une association d'entreprises soumise au droit de la concurrence, en tout cas pour certaines de ses activités.*

305. *Tel est le cas lorsque le Conseil national de l'OP tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à maintenir un régime économique. En l'espèce, l'auditeur a démontré sur base d'un faisceau d'indices concordants que le Conseil national de l'OP vise à supprimer le modèle MediCare-Market*[347] *et à imposer un prix minimum de vente des médicaments*[348]*.*

306. *Dans la mesure où les griefs ne portent pas sur les décisions des conseils disciplinaires, il n'est pas utile, dans la présente affaire, de répondre aux arguments du Conseil national de l'OP relatifs à l'éventuelle incompétence de l'Autorité belge de la concurrence concernant les décisions des conseils disciplinaires.*

IV.5.3 Les griefs de l'auditeur ne portent pas sur les décisions d'agir en justice, mais sur la stratégie du Conseil national de l'OP d'évincer le modèle MediCare-Market ou d'empêcher son développement et sur l'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments

[344] Cette décision a été réformée partiellement en appel : l'analyse de l'Autorité française de la concurrence a été confirmée.
[345] CJUE, arrêt du 9 septembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), C-198/01, dispositif de la Cour.
[346] Voy. *supra* §§ 234-241
[347] Voy. §§ 67-114 et 145-147
[348] Voy. *supra* §§ 174-189

307. *Contrairement à ce que le Conseil national de l'OP insinue, les griefs de l'auditeur ne portent pas sur les décisions d'agir en justice. En effet, pour rappel, l'auditeur a démontré que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a établi, au plus tard le 22 octobre 2015, une stratégie visant à évincer le modèle MediCare-Market et/ou à empêcher son développement. Cette stratégie s'est matérialisée par toute une série d'actes, dont la saisine des conseils disciplinaires et l'intentement d'une action en cessation. Le premier grief de l'auditeur porte uniquement sur cette stratégie et non sur les décisions d'agir en justice en tant que telles. Ces décisions d'agir en justice ne sont que des éléments permettant de prouver d'une part l'existence de la stratégie et d'autre part sa mise en œuvre. En d'autres termes, l'auditeur ne prétend pas que les actions en justice opérées par le Conseil national de l'OP sont anticoncurrentielles par elles-mêmes, mais qu'elles font partie et implémentent une stratégie anticoncurrentielle. Par conséquent, l'argumentation du Conseil national de l'OP sur ce point n'est pas pertinente.*

308. *En outre, l'auditeur est d'avis qu'accepter l'argument du Conseil national de l'OP suivant lequel toute action en justice tomberait en dehors du droit de la concurrence reviendrait à octroyer un brevet d'impunité dès lors qu'une entreprise ou une association d'entreprises pourrait introduire des actions en justice sur base d'une quelconque irrégularité alléguée, mais visant en réalité à évincer un acteur sur le marché ou à restreindre la concurrence. Les conditions fixées par la Commission et le Tribunal dans le cadre de l'affaire ITT/Promedia visent précisément à concilier le droit d'agir en justice et le nécessaire respect du droit de la concurrence. Cette jurisprudence n'est toutefois pas pertinente dès lors que les griefs de l'auditeur ne mettent pas en cause en soi le droit du Conseil national de l'OP d'ester en justice.*

IV.5.4 Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait une infraction par objet, que des précédents aient pu raisonnablement laisser penser aux entreprises que leurs actions pourraient constituer des infractions au droit de la concurrence

309. *L'auditeur constate que le Conseil national de l'OP fait une mauvaise lecture de la jurisprudence concernant les restrictions de concurrence par objet. En effet, s'il est vrai que les restrictions par objet sont les restrictions révélant un degré suffisant de nocivité pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire, la jurisprudence ne requiert pas que des précédents clairs aient pu raisonnablement laisser penser aux entreprises que leurs actions pourraient constituer des infractions au droit de la concurrence*[349].

310. *Le Tribunal de l'Union européenne a, dans l'affaire Lundbeck, expressément réfuté le même point de vue que celui défendu par le Conseil national de l'OP : « Par ailleurs, contrairement à ce que font valoir les requérantes, il n'est pas requis que le même type d'accords ait déjà été condamné par la Commission pour que ceux-ci puisse être considéré comme une restriction de la concurrence par objet. Le rôle de l'expérience, mentionné par la Cour au point 51 de l'arrêt CB/Commission, point 78 supra (EU:C:2014:2204), ne concerne pas la catégorie spécifique d'un accord dans un secteur particulier, mais renvoie au fait qu'il est établi que certaines formes de collusion sont, en général et au vu de l'expérience acquise, tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il n'est pas nécessaire de*

[349] Voy. notamment CJUE, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba, C-373/14 P, §§ 24-29. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Wathelet, spécialement §§ 42-91.

démontrer qu'elles ont des effets dans le cas particulier en cause. Le fait que la Commission n'ait pas, dans le passé, estimé qu'un accord d'un type donné était, de par son objet même, restrictif de la concurrence n'est donc pas de nature, en lui-même, à l'empêcher de le faire à l'avenir à la suite d'un examen individuel et circonstancié des mesures litigieuses au regard de leur contenu, de leur finalité et de leur contexte »[350].

IV.5.5 Les restrictions de concurrence en cause constituent des restrictions de concurrence par objet

311. *Il est de jurisprudence constante que les pratiques d'imposition d'un prix minimum, d'éviction du marché et même d'empêchement du développement constituent des restrictions de concurrence par objet. Ainsi, dans sa décision du 8 décembre 2017, la Commission a affirmé : " The list of by object infringements in Article 101(1) a) to e) of the Treaty is not an exhaustive list. According to the case-law, an agreement between undertakings or a decision of an association of undertakings qualifies as a restriction by object pursuant to Article 101(1) of the Treaty if it consists in an agreement or decision by a group of competitors coordinating the exclusion of an actual or potential competitor or eliminating competition from the relevant market."*[351] [352] *Le Tribunal ne dit pas autre chose dans l'arrêt Lundbeck : « Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels ou consistant à exclure certains concurrents du marché, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré comme inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs »*[353]*. Cet arrêt est particulièrement intéressant puisqu'il reprend justement les deux griefs reprochés par l'auditeur et les considère comme étant des restrictions par objet.*

312. *Il a également été considéré par la Commission que l'entrave au développement de certains groupes ou concepts constituait une restriction de concurrence par objet. En effet, dans sa décision Labco, la Commission considère que: « (755) En ce qui concerne les décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer, celles-ci doivent être qualifiées d'entraves à la production, au développement technique et aux investissements sur ce marché. En l´espèce, les mesures visent en*

---

[350] TUE, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck, T-472/13, § 438.

[351] Voy. la décision de la Commission du 8 décembre 2017, International Skating Union's Eligibility rules, § 157

[352] Traduction libre de l'auditeur: « *La liste des infractions par objet citées à l'article 101 (1) a) à e) du traité est une liste non exhaustive. Selon la jurisprudence, un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises constitue une restriction par objet suivant l'article 101 (1) du traité s'il consiste en un accord ou une décision d'un groupe de concurrents visant à exclure un concurrent réel ou potentiel ou à éliminer la concurrence sur le marché concerné.* »

[353] TUE, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck, T-472/13, § 341. Voy. également le paragraphe 435 de l'arrêt : « *Or, il ressort de l'économie d'ensemble de la décision attaquée, et notamment de ses considérants 802 et 1338, que les accords litigieux étaient comparables à des accords d'exclusion du marché, qui figurent parmi les restrictions les plus graves de la concurrence. En effet, l'exclusion de concurrents du marché constitue une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production*. »

particulier des acteurs du marché qui exercent une activité économique dans plusieurs Etats Membres et, par conséquent, le but de telles mesures est de cloisonner le marché intérieur. De la sorte, les décisions en cause contrarient les objectifs les plus fondamentaux de l´Union européenne et, en particulier, la réalisation du marché unique. Un tel comportement représente donc une infraction manifeste au droit européen de la concurrence »[354].

313. *En outre, le modèle MediCare-Market, avec deux circuits de distribution distincts, l'un consacré à la distribution de médicaments dans une pharmacie distincte située à côté d'une parapharmacie qui distribue de nombreux produits sur une surface représentant une nombre important de m², constitue une innovation de rupture*[355]*. En effet, ces circuits de distribution et les services qui y sont corrélés sont innovants comme l'est la distribution par internet de médicaments et de produits de santé. Or, « les entreprises dotées de réseaux de distribution bien implantés bloquent l'accès aux clients des produits bas de gamme et aux circuits de distribution innovants qui peuvent – avec du temps – perturber les circuits existants. Pour réduire ces pratiques, les lignes directrices de l'UE relatives à l'application des règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante limitent les possibilités d'interdictions de ce type »*[356]*. En l'occurrence, le Conseil national de l'OP, afin d'assurer aux pharmacies traditionnelles des revenus suffisants, a tenté d'évincer le modèle MediCare-Market et/ou de limiter son développement. D'ailleurs, le Conseil national de l'OP semble bien reconnaitre dans sa réponse à la communication des griefs que le modèle MediCare-Market est innovant, puisqu'il le distingue des grandes chaines parapharmaceutiques comme iU qui, elles, opèrent, d'après le Conseil national de l'OP, une distinction claire entre les pharmacies Multipharma et les parapharmacies iU*[357]*. Ainsi, la stratégie du Conseil national de l'OP constitue bien une tentative d'éviction ou de limitation du développement d'un modèle mettant en place une innovation de rupture.*

314. *Il ne fait dès lors pas de doute que les infractions reprochées au Conseil national de l'OP constituent des restrictions de concurrence par objet. La jurisprudence et la pratique décisionnelle l'attestent clairement.*

IV.5.6 L'auditeur n'a jamais considéré que le Conseil national de l'OP s'était rendu coupable d'un boycott

315. *Contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP, l'auditeur ne qualifie pas les actions du Conseil national de l'OP de boycott, mais bien, comme indiqué dans les griefs, d'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments et de stratégie d'éviction d'un concurrent. Il n'y a dès lors pas lieu à répondre à l'argumentation du Conseil national de l'OP sur ce point.*

---

[354] Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 755

[355] Cette notion peut se définir comme suit : *« L'innovation de rupture sort du cadre du réseau de valeur des entreprises en place et introduit des caractéristiques différentes de celles que les clients habituels apprécient historiquement* ». Voy. A. DE STREEL et P. LAROUCHE, *L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de concurrence*, OCDE, DAF/COMP/GF(2015)7, § 2.

[356] A. DE STREEL et P. LAROUCHE, *L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de concurrence*, OCDE, DAF/COMP/GF(2015)7, § 27

[357] Voy. § 104 de la réponse du Conseil national à la communication des griefs.

IV.5.7 L'auditeur a pu, à juste titre, tenir compte de la saisine des conseils provinciaux par le Conseil national de l'OP

316. *L'auditeur tient à mettre en avant la mauvaise lecture que fait le Conseil national de l'OP de l'arrêt du Tribunal du 10 décembre 2014. En effet, contrairement à ce qui est allégué par le Conseil national de l'OP, le Tribunal n'a pas décidé que la Commission avait eu raison de ne pas viser dans ses griefs les décisions d'initier des procédures disciplinaires, mais bien que la Commission avait eu raison de ne pas retenir comme grief l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'Ordre, soit celui d'instruire les plaintes et d'imposer des sanctions[358]. Ainsi, le tribunal relève : « Au considérant 514 de la décision attaquée, la Commission conclut que «le comportement ici en cause est constitué de l'ensemble des décisions de l'Ordre qui visent à exiger des acteurs du marché qu'ils adoptent certains comportements de marché, ce qui inclut notamment le dépôt de plaintes visant des pharmacies ou des SEL par des dirigeants de l'Ordre». Au considérant 515, la Commission ajoute toutefois que, «en revanche, les activités d'organes de l'Ordre qui consistent à instruire des procédures disciplinaires pouvant déboucher sur des sanctions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les griefs». Néanmoins, au considérant 516, la Commission précise que les pouvoirs disciplinaires de l'Ordre, délégués par l'État, sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels de ses décisions même s'ils ne modifient pas les éléments constitutifs de l'infraction. Elle constate, à titre subsidiaire (considérants 517 à 520), que, dans tous les cas ayant trait à des démembrements de parts, de propriété du capital ou de modifications de statut de sociétés, la chambre de discipline de la Section G de l'Ordre impose systématiquement des sanctions d'interdiction d'exercice de la pharmacie plus ou moins longues »[359]. La Commission a été suivie par le Tribunal sur ce point, à savoir la distinction entre dépôt de plaintes d'une part et instruction et décision disciplinaire d'autre part.*

317. *Partant, contrairement à ce qu'allègue le Conseil national de l'OP, c'est à bon droit que l'auditeur inclut dans son grief la saisine des conseils provinciaux par le Conseil national de l'OP.*

IV.5.8 L'auditeur n'effectue pas une interprétation large du concept de fixation d'un prix minimum de vente des médicaments

318. *L'auditeur a constaté que certaines pratiques de ristournes et de prix bas de MediCare-Market ont été attaquées par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens. Ainsi, l'intervention du Conseil national de l'OP doit être vue comme une imposition d'un prix minimum de vente des médicaments et ce notamment vu le contexte économique en question, qui est fortement régulé. Il n'y a dès lors, de la part de l'auditeur, aucune interprétation large du concept de fixation d'un prix minimum. La question, distincte, de savoir si l'intervention du Conseil national de l'OP vise à atteindre un objectif légitime et est nécessaire et proportionnée pour atteindre ce but sera examinée infra[360].*

---

[358] Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 203

[359] TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 199.

[360] Sur ce point, voy. *infra* §§ 326-332

IV.5.9 L'analyse des effets anticoncurrentiels est superflue ; à titre subsidiaire, il existe bien des effets anticoncurrentiels potentiels et réels

319. *Dans la mesure où l'auditeur considère, contrairement au Conseil national de l'OP, que les décisions du Conseil national de l'OP sont des restrictions de concurrence par objet, il est de jurisprudence constante qu'il n'est pas nécessaire de démontrer les effets de ces décisions*[361]*. C'est la raison pour laquelle l'auditeur n'a pas effectué d'analyse approfondie des effets potentiels ou réels des pratiques anticoncurrentielles du Conseil national de l'OP dans la communication des griefs.*

320. *Si le Collège devait considérer que les comportements en cause du Conseil national de l'OP ne constituent pas des restrictions de concurrence par objet, l'auditeur rappelle que, pour l'analyse des effets, il y a lieu d'avoir égard tant aux effets potentiels qu'aux effets réels. Ceci ressort, entre autres, des lignes directrices de la Commission sur les restrictions horizontales*[362] *et de la jurisprudence de la Cour de justice*[363]*.*

321. *En l'occurrence, en s'attaquant au cœur même du modèle MediCare-Market, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, fort de son prestige en tant que gardien de la déontologie et de l'influence dont il jouit de par son statut d'ordre professionnel et de par les missions de service public qui lui ont été conférées par le législateur, savait qu'il aurait un impact direct sur la profession des pharmaciens dans son ensemble et, par ricochet, sur le groupe MediCare-Market. Cet impact a été renforcé, d'une part, par des interventions de membres du Conseil national de l'OP dans la presse, dont celle du président néerlandophone qui a affirmé qu'il n'est pas exagéré de dire que le patient court un risque pour sa santé en allant chez MediCare-Market et, d'autre part, par des communications sur le site internet de l'Ordre des pharmaciens. En effet, les interventions dans la presse ont pu convaincre des patients et consommateurs de ne pas se rendre dans des enseignes du groupe MediCare-Market. Elles ont également, tout comme les communications sur le site internet de l'OP, découragé des pharmaciens de travailler pour le groupe MediCare-Market. Ainsi, l'ensemble des décisions du Conseil national de l'OP a au moins eu pour effet potentiel de restreindre la concurrence, effet renforcé par le statut dont jouit l'Ordre des pharmaciens.*

322. *Les décisions du Conseil national de l'OP ont même, dans certains cas, eu des effets concrets. L'auditeur a notamment relevé comme effets négatifs les difficultés mises en avant par MediCare-Market pour*

---

[361] Voy. notamment CJUE, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba, C-373/14 P, §§ 25-26. Voy. également l'arrêt Cartes bancaires cité par le Conseil national de l'OP au paragraphe 174 de sa réponse à la communication des griefs.

[362] Le paragraphe 26 des lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale se lit en effet comme suit : « *Si un accord de coopération horizontale ne restreint pas le jeu de la concurrence par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restrictifs sensibles sur la concurrence. Il y a lieu de tenir compte tant de ses effets réels que potentiels. En d'autres termes, l'accord doit au moins être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels* ».

[363] Voy. notamment CJUE, arrêt du 26 novembre 2015, SIA «Maxima Latvija» contre Konkurences padome, C-345/14, § 30 : « *En outre, il convient de préciser que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels, celle-ci devant également tenir compte des effets potentiels de l'accord ou de la pratique en cause sur la concurrence»*.

recruter des pharmaciens pour les pharmacies du groupe ainsi que l'impact sur l'image et la réputation du groupe MediCare-Market.

323. *L'auditeur dispose de pièces prouvant que plusieurs pharmaciens-titulaires ont démissionné sans attendre la poursuite de la procédure disciplinaire à leur encontre, ne supportant pas la pression induite par celle-ci*[364] *et que le groupe MediCare-Market a rencontré des difficultés pour remplacer les pharmaciens démissionnaires. Si, certes, ces difficultés s'expliquent en partie par la pénurie de pharmaciens*[365]*, elles sont également à mettre en lien avec les agissements du Conseil national de l'OP. En effet, si les pharmaciens-titulaires n'avaient pas démissionné, il n'aurait pas été nécessaire de les remplacer. MediCare-Market a éprouvé les mêmes difficultés pour recruter des pharmaciens pour les nouveaux postes*[366]*. En fait, le développement du groupe MediCare-Market aurait encore pu être plus rapide si la stratégie du Conseil national de l'OP n'avait pas été mise en œuvre.*

324. *L'auditeur met à ce titre en avant un article récemment paru dans lequel Newpharma fait état des mêmes difficultés que MediCare-Market, constatant que l'Ordre des pharmaciens s'en prend fréquemment aux pharmaciens titulaires d'un modèle innovant*[367]*.*

325. *En résumé, les décisions du Conseil national de l'OP ont non seulement eu des effets potentiels, mais aussi des effets réels.*

IV.5.10 Les conditions de la jurisprudence Wouters ne sont pas remplies

326. *Dans sa réponse, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens met en avant deux objectifs légitimes qui justifieraient tant la stratégie d'éviction que l'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments, à savoir la crédibilité de la profession de pharmacien et la santé publique. En outre, en réponse au grief concernant l'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens invoque deux objectifs légitimes supplémentaires : la surconsommation des médicaments et la violation de normes, comme le Code de déontologie pharmaceutique ou des dispositions du livre VI du Code de droit économique.*

327. *En ce qui concerne la santé publique, l'auditeur conteste que cet objectif soit légitime dans cette affaire. En effet, le modèle MediCare-Market ne pose pas en lui-même de problème de santé publique. Ceci est confirmé par la réponse de la Ministre de la Santé De Block à une question parlementaire en date du 28 janvier 2016. S'il y avait vraiment un problème de santé publique chez MediCare-Market, cela ne pourrait porter que sur des éléments précis et non sur le concept en tant que tel, de sorte que, pour remédier à d'éventuelles violations de la législation relative à la santé publique, il ne serait pas proportionné de s'en prendre au modèle MediCare-Market dans son entièreté.*

---

[364] Voy. la lettre de démission du pharmacien [CONFIDENTIEL], constituant l'annexe 51 de la demande de mesures provisoires et la lettre de démission du pharmacien [CONFIDENTIEL] constituant l'annexe 59 de la demande de mesures provisoires. Voy. également les annexes 1 et 2 de la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.

[365] Voy. la réponse du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens à la communication des griefs, § 190 et la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018, plus précisément, la réponse à la question 2.

[366] En ce sens, voy. l'attestation constituant l'annexe 11 à la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.

[367] Voy. l'*Echo* du 20 octobre 2018, p. 26

328. *En ce qui concerne la crédibilité de la profession de pharmacien, l'auditeur estime que celle-ci n'est pas mise en cause par le modèle MediCare-Market, mais, au contraire, est renforcée par celui-ci. En effet, dans le modèle MediCare-Market, le pharmacien peut précisément se concentrer sur les activités pour lesquelles il a reçu un monopole légal et éviter ainsi de se disperser dans des activités ne relevant pas strictement de la santé publique. En outre, l'auditeur a réfuté ci-dessus l'argument du Conseil national de l'OP selon lequel le modèle MediCare-Market engendrerait une confusion entre les pharmacies PharmaClic et les parapharmacies Medi-Market. En tout état de cause, si la crédibilité de la profession de pharmacien devait être reconnue comme un objectif légitime, attaquer l'entièreté du concept constituerait une mesure disproportionnée à la réalisation de cet objectif.*

329. *Quant à l'argument de la surconsommation des médicaments, l'auditeur reconnait qu'il pourrait s'agir d'un objectif légitime dans le présent cas dans la mesure où PharmaClic vend des médicaments. Néanmoins, il estime que les mesures prises par le Conseil national de l'OP ne sont pas proportionnées à la réalisation de cet objectif pour deux raisons. La première est que l'octroi de ristournes et l'abaissement des prix pour les patients qui en résulte a un effet positif sur la santé publique. En effet, des prix plus bas pour les médicaments permettent à des personnes ayant des moyens limités d'acheter des médicaments qu'elles ne se seraient pas procurés si le prix des médicaments était plus élevé. Ainsi, les objectifs de surconsommation des médicaments et de santé publique doivent être mis en balance. La seconde raison est qu'il n'existe aucun lien établi entre l'existence de prix plus bas et la (sur)consommation de médicaments. A cet égard, l'auditeur note que, même s'il était avéré que l'existence de prix plus bas augmente l'achat de médicaments, il y a lieu de relever que achat de médicaments n'est pas synonyme de consommation d'un médicament. Pour ces raisons, l'auditeur conclut que les mesures en cause ne sont pas proportionnées à la réalisation de l'objectif légitime d'éviter la surconsommation des médicaments.*

330. *En ce qui concerne le respect de normes, tant déontologiques que législatives, l'auditeur, sans se pencher sur la question de savoir s'il s'agit ou non d'un objectif légitime, estime qu'en tout état de cause les mesures prises par le Conseil national de l'OP sont disproportionnées. En effet, le Conseil national de l'OP met en cause le concept même MediCare-Market, alors qu'il est légal. Le respect des normes aurait pu être atteint en attaquant uniquement les irrégularités précises que le Conseil national de l'OP a estimé avoir constatées et non en attaquant le concept dans son ensemble. Partant, les mesures mises en œuvre sont disproportionnées.*

331. *Enfin, l'auditeur note que, contrairement à ce que prétend le Conseil national de l'OP, la condition de nécessité prévue par l'arrêt Wouters n'est pas subjective, mais bien objective. Ainsi, dans l'arrêt Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, la Cour de justice a dit pour droit : « toute décision d'une association d'entreprises susceptible de restreindre la liberté d'action des parties ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu, tout d'abord, de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets et, plus particulièrement, de ses objectifs (voir, en ce sens, arrêt Wouters e.a., précité, point 97). (…) Il convient, ensuite, d'examiner si les effets restrictifs qui découlent du règlement litigieux ont pu raisonnablement être considérés comme nécessaires pour garantir la qualité des services offerts par les experts-comptables et si lesdits effets ne*

vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la poursuite de cet objectif (voir, en ce sens, arrêt Wouters e.a., précité, points 97, 107 et 109). »[368] *De même, dans l'arrêt Consiglio nazionale dei geologi, la Cour de justice a dit pour droit : « il importe de contrôler si les restrictions ainsi imposées par les règles en cause au principal sont limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer la mise en œuvre d'objectifs légitimes (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2006, Meca-Medina et Majcen/Commission, C‑519/04 P, Rec. p. I‑6991, point 47).»*[369]*. Il ressort de cette jurisprudence qu'il revient aux autorités compétentes de déterminer de manière objective si, au vu du contexte juridique et économique de l'entreprise en cause, la mesure est nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'objectif.*

332. *En l'espèce, la mise en cause du concept MediCare-Market ne peut raisonnablement être considérée comme nécessaire et proportionnée pour garantir les objectifs invoqués de santé publique, de crédibilité de la profession, de surconsommation des médicaments et de respect de la déontologie et de la législation.*

IV.6 Conclusion de l'auditeur

333. *Les griefs de l'auditeur qui, pour rappel, ne reposent que sur des décisions du Conseil national de l'OP, sont à considérer comme des décisions d'association d'entreprises restrictives de concurrence par objet. En effet, le Conseil national de l'OP a agi dans un but économique et a pris des décisions d'éviction d'un modèle de distribution innovant et d'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments qui constituent des infractions graves au droit de la concurrence et à ce point nocives qu'il s'agit de restrictions de la concurrence par objet, comme rappelé à plusieurs reprises par la jurisprudence et la pratique décisionnelle. Par ailleurs, ces décisions ne visent pas à atteindre un objectif légitime ou, à tout le moins, ne sont pas nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un tel objectif.*

334. *Dès lors, les décisions du Conseil national de l'OP en cause sont contraires aux articles IV.1 § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.*

335. *L'auditeur constate par ailleurs que le Conseil national de l'OP n'a avancé aucun argument justifiant ses décisions au titre des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE.*

V. Notion d'infraction unique et continue

V.1 Principes

336. *Suivant une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition. Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble», en raison de leur objet identique faussant le*

[368] CJUE, arrêt du 28 février 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, §§ 93-96
[369] CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, §§ 53-54

jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble[370].

V.2 Application au cas d'espèce

337. *Dans la mesure où les deux griefs reposent sur les mêmes décisions d'association d'entreprises, l'auditeur considère qu'il existe une seule infraction. L'auditeur dispose d'éléments démontrant que l'infraction pourrait avoir débuté dès janvier 2015. Il les estime toutefois insuffisants pour affirmer avec certitude que l'infraction unique et continue commise par l'OP a débuté à ce moment. Il fixe dès lors le début de l'infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE au 22 octobre 2015 et constate qu'elle n'a pas cessé à ce jour.*

338. *En effet, l'adoption des stratégies anticoncurrentielles en cause et leur mise en œuvre émanent de la même association d'entreprises, concernent le même acteur, le groupe MediCare-Market, et visent un même et unique objectif, à savoir la défense des intérêts économiques de la majorité des pharmaciens, c'est-à-dire les pharmaciens d'officine traditionnelle indépendants.*

339. *Par conséquent, l'auditeur considère que toutes les actions et mesures s'inscrivant dans les stratégies tendant, d'une part, à empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire à l'évincer, et d'autre part, à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments constituent une infraction unique et continue aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.*

VI. Sanction

VI.1 Application des lignes directrices

340. *Le Comité de direction de l'Autorité belge de la Concurrence a adopté le 26 août 2014 des lignes directrices pour le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1er , premier alinéa CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE (ci-après « les lignes directrices pour le calcul des amendes »).*

341. *Ces lignes directrices s'appliquent à partir du 1er novembre 2014 à toutes les affaires pour lesquelles, à cette date, un projet de décision motivé n'a pas encore été transmis au Collège de la Concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'Auditeur a déjà communiqué une fourchette d'amendes et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction*[371].

342. *Le point 3 des lignes directrices concernant le calcul des amendes se lit comme suit: L'Autorité belge de la Concurrence se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1, premier alinéa CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE, par les Lignes directrices de la Commission*

[370] Voy. CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, Commission européenne contre Verhuizingen Coppens NV, C-441/11, § 41 et la jurisprudence citée.
[371] Voy. le § 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes

européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (Journal officiel 2006/C 210/02) (ci-après : les Lignes directrices de la Commission).

VI.2 Détermination du montant de l'amende

VI.2.1 Principe de détermination des amendes

343. *Les lignes directrices de la Commission prévoient que lorsque l'infraction d'une association d'entreprises porte sur les activités de ses membres, la valeur de ventes correspond à la somme de la valeur des ventes de ses membres[372]. Toutefois, lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction[373].*

344. *Le montant de base de l'amende est établi sur base d'une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années de l'infraction. L'appréciation de la gravité est évaluée au cas par cas pour chaque type d'infraction, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce[374]. Ce montant de base peut être majoré pour tenir compte des circonstances aggravantes ou diminué pour tenir compte des circonstances atténuantes, et ce sur base d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes[375].*

VI.2.2 Application au cas d'espèce

345. *Il est de jurisprudence constante que les infractions aux règles de concurrence susceptibles de faire l'objet d'une sanction sont celles commises de propos délibéré ou par négligence et qu'il suffit, à cet égard, que leur auteur n'ait pas pu ignorer que son comportement devrait entraîner une restriction de la concurrence[376].*

346. *L'OP devait savoir que ses décisions sont susceptibles d'être sanctionnées au regard du droit de la concurrence.*

i) Base de calcul

347. *Le chiffre d'affaires visé est le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction. Dans le cas présent, le chiffre d'affaires à prendre en compte devrait donc correspondre au chiffre d'affaires total des pharmacies belges soumises au contrôle de l'OP.*

---

[372] Article 14 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[373] Cf. l'article 23, § 2 du Règlement n°1/2003

[374] Voy. §§ 19-20 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[375] § 27 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[376] Cf. TUE, arrêt du 22 octobre 1997, T-213/95 et T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuur, § 236 et TUE, arrêt du 7 juillet 1994, T-43/92, Dunlop Slazenger/Commission, §142.

348. *Pour l'année 2017, le chiffre d'affaires des pharmacies est estimé par l'APB à 5,599 milliards d'euros*[377].

ii) Gravité de l'infraction

349. *Le marché des médicaments est fortement réglementé et des entraves légales sont toujours existantes empêchant le pharmacien de déterminer librement son prix de vente. Les stratégies d'éviction d'un nouvel entrant sur le marché des services prestés par les pharmaciens et soumis au contrôle de l'Ordre et visant à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments constituent donc une infraction d'autant plus grave au regard du droit de la concurrence que ce marché est peu concurrentiel.*

350. *Les décisions de l'OP ont entraîné des entraves effectives au développement du groupe MediCare-Market décrites supra*[378] .

351. *Compte tenu de la nature et du contexte de l'infraction, l'auditorat considère qu'il conviendrait de retenir un pourcentage de 20% du chiffre d'affaires concerné en tant que facteur de gravité.*

iii) Durée de l'infraction

352. *Conformément à ce qui a été mentionné au point III.5, l'auditeur considère que l'infraction a débuté le 22 octobre 2015 et se prolonge à ce jour.*

iv) Ajustement en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes

353. *L'auditeur estime qu'aucune circonstance aggravante ou atténuante ne doit être prise en compte en l'espèce.*

VI.2.3 Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

354. *A ce sujet, le Conseil national de l'OP conteste tout d'abord la proposition de l'Auditorat « de retenir comme base de calcul de l'amende, le chiffre d'affaires de tous les pharmacies belges et non celui des pharmaciens belges »*[379]*. Le Conseil national de l'OP note à cet égard que « Il faut noter à cet égard que les pharmacies ne sont pas membres de l'OP ; en effet, seuls les pharmaciens sont membres. Si le « chiffre d'affaires » des pharmaciens, membres de l'OP, est considéré comme la base pertinente pour le calcul de l'amende, quod non (voir infra), il faudrait prendre en compte leurs revenus, et non pas le chiffre d'affaires des pharmacies belges »*[380].

355. *Le Conseil national de l'OP affirme en outre que l'auditorat s'appuie à tort sur le paragraphe 14 des lignes directrices de la Commission. En effet, si les lignes directrices de l'ABC en matière d'amende stipulent, dans leur paragraphe 3, que l'ABC se laissera en principe guider par les lignes directrices de la Commission, le Conseil national de l'OP affirme que « Il n'y a donc pas d'automatisme absolu, et en toute*

---

[377] Voy. la réponse de l'APB du 23 mai 2018 ainsi que l'annexe à celle-ci. L'auditeur remarque que la réponse précise de l'APB contient une erreur, l'APB ayant indiqué « millions » et non « milliards ». L'annexe, ainsi que les annales pharmaceutiques belges de 2017 traitant du même sujet pour l'année 2016 démontrent bien qu'il est question de milliards d'euros et non de millions d'euros.

[378] Cf. § 113

[379] Voy. § 206 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

[380] Voy. § 206 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

hypothèse, l'application par analogie ne peut avoir lieu que si le calcul est conforme aux dispositions du Livre IV du CDE. Or, c'est précisément là que la référence au paragraphe 14 des Lignes Directrices CE pose problème »[381]*. En effet, contrairement au droit européen qui a une base légale pour prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction d'une association d'entreprises lorsque l'infraction de cette association porte sur les activités de ses membres, tel ne serait pas le cas du droit belge*[382]*. Le Conseil national de l'OP écrit à ce sujet : « En effet, le Livre IV du CDE ne mentionne pas la possibilité, pour l'ABC, de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres d'une association d'entreprises. Par conséquent, si l'Auditorat calcule l'amende en tenant compte des chiffres d'affaires des pharmaciens – avec pour conséquence évidente un dépassement très significatif du taux de 10% du chiffre d'affaires de l'OP - elle viole assurément l'article IV.70, § 1er, du CDE, qui dispose simplement :« Lorsque le Collège de la concurrence prend une décision visée à l'article IV.48, 1°, le Collège de la concurrence peut infliger, à chacune des entreprises et associations d'entreprises concernées, des amendes ne dépassant pas 10 % de leur chiffre d'affaires. (…) »*[383]

356. *Le Conseil national de l'OP précise que l'Ordre des pharmaciens est une personne morale de droit public et n'a dès lors pas de chiffre d'affaires. Il précise en outre que « les contributions de ses membres constituent les seuls revenus de l'OP. En 2017, ces revenus s'élevaient à € 2.498.847,88 »*[384]*. Ainsi, d'après le Conseil national de l'OP, « en supposant que ces revenus soient considérés comme l'équivalent de la notion de « chiffre d'affaires », telle que définie à l'article IV.74 du CDE, le montant d'une amende éventuelle ne peut en aucun cas excéder € 249.884,79 »*[385]*.*

357. *Le Conseil national de l'OP précise également que « le seuil de 10% est un maximum d'une fourchette et non un seuil standard, appliqué de manière automatique ou moyenne »*[386]*.*

358. *Le Conseil national de l'OP affirme à titre subsidiaire que « si l'Auditorat persiste en préconisant de prendre en compte le chiffre d'affaires des membres de l'OP, seul le chiffre d'affaires des membres affectés par l'infraction alléguée pourrait être pris en compte »*[387]*.*

359. *Ainsi, suivant les lignes directrices de la Commission, il faudrait « se limiter au chiffre d'affaires des entreprises concernées dans le marché géographique pertinent en relation directe ou indirecte avec l'infraction »*[388]*. Or, le Conseil national de l'OP estime que les marchés pertinents sont locaux : « Selon une définition géographique correcte, en l'espèce l'on a affaire à des marchés locaux. L'étendue géographique des infractions alléguées est en effet limitée aux marchés locaux dans la zone de chalandise de ces pharmacies. Ceci implique que, pour le calcul du chiffre d'affaires pertinent, il faut se limiter aux revenus*

[381] Voy. § 210 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[382] Voy. §§ 211-212 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[383] Voy. § 212 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[384] Voy. § 213 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[385] Voy. § 213 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[386] Voy. § 214 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[387] Voy. § 215 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[388] Voy. § 216 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

des pharmaciens qui se trouvent dans un périmètre déterminé des pharmacies prétendument affectées »[389].

360. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat ne peut pas prendre en compte une gravité de l'infraction de 20%. Il estime tout d'abord que, si les actions en cause « constituaient une infraction au droit de la concurrence (quod non), elles ne pourraient jamais être considérées comme une infraction grave. L'OP rappelle qu'en 2015, le modèle Medicare-Market soulevait des questions sérieuses de conformité à la loi, ce que Medicare-Market a par ailleurs reconnu. Dans ces circonstances, l'action de l'OP, en ligne avec sa mission, ne peut pas constituer une infraction, voire une infraction grave au droit de la concurrence»*[390]*. En outre, il estime que même s'il devait être considéré que le Conseil national de l'OP a commis une infraction grave au droit de la concurrence, un taux de 20% serait exagéré. Le Conseil national de l'OP indique à cet égard que « dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne applique des taux d'environ 16% pour des cartels classiques »*[391].

361. *Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat n'a, à tort, pas pris en compte des circonstances atténuantes. Le Conseil national de l'OP indique à cet égard que son comportement « l'OP a toujours été strictement dicté par son obligation légale de maintenir le respect de la loi et de la déontologie »*[392] *et qu'il « s'inscrit dans un cadre composé de messages clairs du monde politique appelant l'OP à agir contre les infractions identifiées contre la loi et contre la déontologie »*[393]*. Le Conseil national de l'OP affirme également avoir « toujours coopéré effectivement avec l'Auditorat en répondant de manière complète aux demandes de renseignements adressées par l'Auditorat »*[394]*. Le Conseil national de l'OP souligne en outre que « à partir du moment où l'Auditorat l'a informé de sa position préliminaire (lors de la réunion du 4 octobre 2017), il a, dans un effort de conciliation, accéléré sa réflexion sur une refonte des dispositions du Code de déontologie concernées. Des discussions au sujet d'amendements éventuels à apporter au Code ont été entamées en interne bien avant la réception de la Communication et avant même tout contact direct avec l'Auditorat. Ces discussions ont été initiées, entre autres objectifs poursuivis, dans la perspective de s'assurer de la conformité du Code au droit de la concurrence. Ceci démontre à nouveau la volonté de l'OP de trouver une solution quant au fond et de coopérer constructivement avec l'Auditorat »*[395].

362. *Le Conseil national de l'OP affirme également que l'amende suggérée par l'Auditorat n'est pas raisonnable, car elle s'élèverait à 22.400% du « chiffres d'affaires » annuel de l'OP. Ainsi, elle serait illégale et violerait également le principe de proportionnalité*[396]*. L'OP estime que « imposer à l'OP cette amende reviendrait à signer sa fin, contrairement à la volonté du législateur de conserver un tel organe, volonté*

[389] Voy. § 217 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[390] Voy. § 219 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[391] Voy. § 220 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[392] Voy. § 225 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[393] Voy. § 225 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[394] Voy. § 226 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[395] Voy. § 227 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[396] Voy. § 229 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

encore renforcée récemment comme le démontrent les nouvelles tâches confiées à l'OP et la revalorisation des ordres professionnels en général »[397].

363. *Enfin, le Conseil national de l'OP avance que l'amende suggérée par l'Auditorat violerait l'article 7 de la CEDH et l'article 14 de la Constitution, qui prévoient le principe « nulla poena sine lege certa »*[398]. *Le Conseil national de l'OP renvoie sur ce point à la jurisprudence de la cour suprême suisse « qui n'impose pas d'amendes si les entreprises (ou les associations d'entreprises) ne pouvaient pas raisonnablement penser que leur comportement constituerait une infraction du droit de la concurrence »*[399]. *D'après le Conseil national de l'OP, « En l'espèce, il est clair qu'au moment où il a agi, l'OP ne pouvait pas savoir que ses actions constitueraient une infraction de l'article 101 du TFUE ou l'article IV.1 du CDE »*[400].

VI.2.4 Analyse et conclusion de l'auditeur

VI.2.4.a L'Autorité belge de la concurrence est compétente pour imposer des amendes aux associations d'entreprises sur la base des chiffres d'affaires de leurs membres

364. *Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens fait valoir que l'auditorat se fonde à tort sur le paragraphe 14 des lignes directrices de la Commission. Ce paragraphe trouverait sa base légale uniquement dans l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, alors que le Livre IV ne mentionnerait pas la possibilité pour le Collège de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres. L'article IV.70, § 1 CDE disposerait simplement que le Collège de concurrence peut infliger des amendes à une association d'entreprise pour autant que l'amende ne dépasse pas 10 % de son chiffre d'affaires. A cet égard, le Conseil national de l'OP explique que l'Ordre des pharmaciens n'a pas de chiffres d'affaires et que les contributions de ses membres constituent les seuls revenus de l'ordre.*

365. *Cet argumentation ne saurait prospérer. Suivre la thèse du Conseil national de l'OP reviendrait largement à lui délivrer un brevet d'impunité, ce qui ne peut être admis par le droit de l'Union*[401].

366. *En premier lieu, l'auditeur rappelle que l'article 5 de règlement (CE) n° 1/2003 définit la compétence des autorités de concurrence des États membres pour l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE et prévoit que ces autorités peuvent, notamment, infliger des amendes, des astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. Dès lors, la base légale pour l'Autorité belge de concurrence d'infliger des amendes pour sanctionner les infractions aux articles 101 TFUE et 102 TFUE se fonde non seulement dans l'article 70, §1 CDE, mais également directement dans le droit de l'Union, notamment l'article 5 du règlement n° 1/2003. Selon l'article 288, alinéa 2, TFUE, cet article est directement applicable dans chaque État membre*[402].

---

[397] Voy. § 230 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[398] Voy. §§ 231-232 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[399] Voy. § 232 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[400] Voy. § 233 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[401] Voy., en ce sens, arrêt de la Cour d'appel du 27 septembre 2013, RG 2012/MR/5, affaire Presstalis, point 15.
[402] Arrêt de la Cour de Justice du 3 mai 2011, C-375/09, Tele2 Polska, I-3055, point 34.

367. *En deuxième lieu, l'auditeur estime qu'il faut comprendre la compétence de l'Autorité belge de la concurrence d'infliger des amendes en ce sens que l'amende peut être calculée en retenant la somme des chiffres d'affaires de ses membres. Il s'agit de la seule interprétation qui assure l'application effective du droit de la concurrence de l'Union. A cet égard, l'auditeur rappelle la jurisprudence de la Cour de Justice selon laquelle les autorités de concurrence désignées par les État membres doivent assurer l'application effective du droit de la concurrence de l'Union dans l'intérêt général*[403]*. Le fait pour une autorité de concurrence nationale de ne pas pouvoir se fonder sur les chiffres d'affaires des membres d'une association qui a commis une infraction portant sur les activités de ses membres comporte en toute évidence le risque que l'association échappe à toute sanction effective. Le chiffre d'affaires d'une association d'entreprises sera dans de nombreux cas faible en termes absolus ou par rapport aux chiffres d'affaires de ses membres. Par conséquent, l'application effective de l'article 101 TFUE exige que l'Autorité belge de la concurrence dispose de la faculté d'infliger des amendes à l'Ordre des pharmaciens en se fondant sur les chiffres d'affaires des membres lorsque le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a commis une infraction qui portait sur les activités de ses membres*[404]*. Dissocier le principe de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles des sanctions prévues en cas d'inobservation de celui-ci reviendrait à priver d'effectivité l'action des autorités chargées de surveiller le respect de cette interdiction et de sanctionner de telles pratiques. Ainsi, les dispositions des articles 101 TFUE et 102 TFUE seraient inopérantes si elles n'étaient pas accompagnées de mesures coercitives prévues à l'article 103, paragraphe 2, sous a), TFUE. Il existe un lien intrinsèque entre les amendes et l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE.*[405]

368. *En troisième lieu, l'auditeur relève que la Cour de justice a jugé que si, dans l'intérêt général d'une application effective du droit de la concurrence de l'Union, les États membres peuvent introduire certaines conditions dans le cadre de l'application de l'article 5 du règlement n° 1/2003, il convient, afin de ne pas remettre en cause l'efficacité du droit de l'Union, que ces conditions soient au moins aussi strictes que celle prévue à l'article 23 du règlement n° 1/2003*[406]*. Le paragraphe 14 de lignes directrices de la Commission tel qu'il est appliqué par l'auditeur en vertu du point des lignes directrices adopté par le Comité de direction de l'ABC, permet précisément de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres de l'association d'entreprises lorsque l'infraction de l'association porte sur les activités des membres, conformément aux conditions prévues à l'article 23, §2 du règlement (CE) n° 1/2003, et donc d'assurer l'application efficace de l'article 101 TFUE.*

---

[403] l'arrêt du 7 décembre 2010, VEBIC, C-439/08, Rec. p. I-12471, points 56.

[404] Voy. l'arrêt du 7 décembre 2010, VEBIC, C-439/08, Rec. p. I-12471, points 56 à 59 (sur la faculté de de l'autorité de concurrence de participer à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur).

[405] Arrêt de la Cour de justice du 11 juin 2009, C-429/07, Inspecteur van de Belastingdienst / X BV, EU:C:2009:359, point 36.

[406] Arrêt de la Cour de Justice, grande chambre, du 18 juin 2013, Schenker, C-681/11, EU:C:2013:404, point 36 (en ce qui concerne l'introduction des conditions de nature subjective de l'application de l'article 5 du règlement 1/2003).

369. *En quatrième lieu, selon la jurisprudence européenne, en vue d'assurer l'application effective de l'article 101 TFUE dans l'intérêt général, il importe que les autorités nationales de concurrence ne procèdent qu'exceptionnellement à la non-imposition d'une amende lorsqu'une entreprise a violé de propos délibéré ou par négligence ladite disposition*[407]*. Dans le cas d'espèce, ces circonstances exceptionnelles ne sont pas réunies. Sur ce point, l'auditeur renvoie à la stratégie d'éviction mise en œuvre par le Conseil national de l'OP.*

370. *L'auditeur conclut de ces développements qu'il peut se baser sur le chiffre d'affaires des membres de l'Ordre des pharmaciens pour établir le calcul de l'amende.*

VI.2.4.b Le chiffre d'affaires pertinent est celui réalisé par les pharmacies belges sur l'ensemble du territoire de la Belgique

371. *Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens conteste en outre que le chiffre d'affaires utilisé par l'auditeur soit celui des pharmacies belges et non des pharmaciens belges. L'auditeur estime que le développement opéré ci-dessus peut être repris : l'effectivité du droit européen s'oppose à ce que le chiffre d'affaires utilisé soit celui des pharmaciens et non des pharmacies. A cet égard, l'auditeur note que, si la position du Conseil national de l'OP devait être retenue, il serait aisé pour les associations d'entreprises de réduire leur responsabilité vis-à-vis du droit de la concurrence en imposant ou suggérant à leurs membres de s'organiser d'une manière déterminée afin de limiter leur responsabilité. Par ailleurs, le droit de la concurrence a égard aux entités économiques et non aux constructions juridiques. Ainsi, d'un point de vue du droit de la concurrence, l'auditeur constate que les pharmaciens exercent leurs activités professionnelles dans le cadre d'une pharmacie. Les pharmaciens et pharmacies sont donc assimilables et constituent une seule et même entité économique.*

372. *En ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte, l'auditeur renvoie à ses considérations concernant la définition géographique du marché*[408]*. Dans celles-ci, l'auditeur a considéré que le marché géographique pertinent était national. Ainsi, le chiffre d'affaires à prendre en compte est bien celui de l'ensemble des pharmacies présentes sur le territoire belge. Les pharmacies présentes pourraient en effet décider de faire concurrence aux pharmacies du groupe MediCare-Market en développant de nouveaux services, en modifiant leurs canaux de distribution ou en intensifiant la concurrence par les prix.*

VI.2.4.c L'Autorité belge de la concurrence n'est pas liée par la pratique décisionnelle de la Commission en ce qui concerne le facteur de gravité

373. *Quant au facteur de gravité proposé, l'auditeur note que l'Autorité belge de la concurrence est libre de mener sa propre politique en matière d'amendes et n'est pas obligée de suivre la pratique décisionnelle de la Commission sur ce point. L'auditeur réitère en outre que, contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP, les infractions en cause sont des infractions graves, dont la jurisprudence a considéré qu'elles constituaient des restrictions de concurrence par objet. Par ailleurs, l'imposition d'un prix minimum est explicitement mentionnée aux articles IV.1. CDE et 101 TFUE.*

---

[407] Arrêt de la Cour de Justice, grande chambre, du 18 juin 2013, Schenker, C-681/11, EU:C:2013:404, point 46, en se référant à l' arrêt du 7 décembre 2010, VEBIC, C-439/08, Rec. p. I-12471, point 56.
[408] Voy. *supra* §§ 218-220

VI.2.4.d Il n'existe aucune circonstance atténuante dans le chef du Conseil national de l'OP

374. *L'auditeur ne peut suivre l'argumentation du Conseil national de l'OP en ce qui concerne les circonstances atténuantes. Concernant le fait que le Conseil national de l'OP n'aurait toujours été strictement dicté que par son obligation légale de maintien du respect de la loi et de la déontologie, l'auditeur estime qu'il a été démontré à suffisance de droit que tel n'est pas le cas. A part émettre des considérations générales, le Conseil national de l'OP n'invoque d'ailleurs aucun élément de preuve à l'appui de sa position. Quant au fait qu'il a donné suite aux demandes de renseignements de manière complète, l'auditeur note qu'il s'agit uniquement du respect d'une obligation légale fixée par l'article IV.41 du Code de droit économique. Cela ne peut donc pas constituer une circonstance atténuante. S'il est vrai que le Conseil national de l'OP est actuellement occupé à réformer son Code de déontologie, la communication des griefs ne porte pas sur le Code de déontologie comme relevé à plusieurs reprises par le Conseil national de l'OP dans sa réponse à la communication des griefs. La réforme du Code est dès lors étrangère à la présente affaire et ne peut, par conséquent, justifier aucune circonstance atténuante dans ce cadre.*

VI.2.4.e Les critères qui pourraient être pris en compte pour le calcul de l'amende en l'espèce

375. *L'auditeur rappelle que le point 37 des lignes directrices de la Commission permet de s'écarter de la méthodologie de fixation des amendes citée ci-dessus au vu des particularités d'une affaire donnée*[409].

376. *L'auditeur estime qu'il serait opportun, dans le cadre de la présente affaire, de faire usage de cette possibilité. En effet, l'application de la méthodologie de fixation des amendes conduirait à une amende telle que l'Ordre des pharmaciens devrait faire intervenir la responsabilité financière de ses membres afin de garantir le paiement de celle-ci. La présente affaire constituant le premier cas de répercussion possible d'une amende auprès des membres d'une association d'entreprises en Belgique, il serait justifié de recourir au point 37 des lignes directrices de la Commission.*

377. *L'auditeur estime que, dans la fixation du montant de l'amende, une série d'éléments doivent être pris en compte pour déterminer celle-ci.*

378. *Tout d'abord, quant à la nature de l'infraction, le comportement anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP s'est manifesté de deux manières : premièrement par des décisions du Conseil national de l'OP ayant pour objet d'évincer le concept MediCare-Market ; deuxièmement par des décisions d'imposer un prix minimum de vente des médicaments. Ces infractions constituent des infractions manifestes et graves au droit de la concurrence. Elles doivent dès lors être sanctionnées par des amendes suffisamment dissuasives.*

379. *Ensuite, des pratiques similaires ont été condamnées dès 2010 par la décision de la Commission dans l'affaire Labco, décision qui a été confirmée par le Tribunal en 2014.*

380. *Troisièmement, le marché des services prestés par les pharmaciens est un marché fortement régulé dans lequel la concurrence est réduite et est de dimension nationale.*

---

[409] § 37 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

381. *Quatrièmement, l'infraction a duré un an et trois mois. Malgré sa durée réduite, il y a lieu de tenir compte du fait que la stratégie d'éviction du Conseil national de l'OP est intervenue dans la phase de développement d'un modèle de distribution innovant.*

382. *Cinquièmement, l'infraction en cause ne constitue pas un cas typique d'accord horizontal de fixation des prix.*

383. *Sixièmement, l'infraction a été commise par une association d'entreprises à laquelle l'affiliation est obligatoire pour les pharmaciens.*

384. *Enfin, le Conseil national de l'OP a agi publiquement et non en secret.*

385. *Etant donné les similarités du présent cas avec l'affaire Labco, l'auditeur propose au collège de fixer une amende comprise dans une fourchette entre [cinq cents mille et deux millions cinq cents mille euros].*

VI.2.4.f Une amende dans le cas d'espèce ne viole pas les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge

386. *L'argument du Conseil national de l'OP consistant à dire que l'amende suggérée violerait les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge qui prévoient le principe « nulla poena sine lege certa » ne peut être suivi. En effet, dans son arrêt Telefonica du 10 juillet 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé : « Il convient de rappeler que les principes de légalité des peines et de sécurité juridique ne sauraient être interprétés comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale, mais peuvent s'opposer à l'application rétroactive d'une nouvelle interprétation d'une norme établissant une infraction (arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, EU:C:2005:408, point 217). 148 Tel est en particulier le cas s'il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause (voir arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, EU:C:2005:408, point 218 et jurisprudence citée). 149 En l'espèce, force est de constater que l'interprétation retenue par la Commission dans la décision litigieuse, selon laquelle une pratique de compression des marges est contraire à l'article 102 TFUE, était raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise. Cette prévisibilité découlait des décisions 88/518 (Napier Brown) et Deutsche Telekom ainsi que des effets négatifs prévisibles d'une pratique de compression des marges sur la concurrence, comme le souligne à bon droit le Tribunal aux points 358 à 362 de l'arrêt attaqué »*[410].

387. *Les infractions au droit de la concurrence présentes en l'espèce, à savoir évincer un concurrent et/ou empêcher son développement et imposer un prix minimum ont, comme démontré par l'auditeur, été à plusieurs reprises considérées comme des restrictions de concurrence par objet par la pratique décisionnelle et la jurisprudence. Dès lors, une amende dans le présent cas ne pourrait violer les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge*[411].

[410] CJUE, arrêt du 10 juillet 2014, Telefonica, C-295/12 P, §§ 147-149.
[411] Voy. également TUE, arrêt du 29 mars 2012, Telefonica, T-336/07, § 319.

VI.2.4.g Calcul du montant maximum de l'amende

388. *Conformément à l'article IV.70 du Code de droit économique, le montant de l'amende ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires.*

389. *Pour des raisons d'application effective du droit de la concurrence de l'Union, le montant maximum de l'amende doit également être déterminé à partir de montant total du chiffre d'affaires des membres de l'Ordre des pharmaciens.*

390. *Il s'ensuit que le montant de l'amende proposé par l'auditeur n'excède pas la limite de 10%.*

391. *A titre subsidiaire, si le Collège devait retenir comme chiffre d'affaires pertinent le total des revenus de l'Ordre des pharmaciens, l'amende ne pourrait excéder 249.884,79 euros.*

Conclusion

392. *Compte tenu de ce qui précède, l'auditeur a l'honneur de proposer au Collège de la concurrence :*

- *de constater que les comportements tels que décrits dans le projet de décision et attribués à l'Ordre des pharmaciens, dont le siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles, sont des décisions d'association d'entreprises ayant pour objet :*

    1. *d'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens et/ou d'empêcher le développement du modèle MediCare-Market*
    2. *d'imposer indirectement à MediCare-Market un prix minimum de vente des médicaments*

  et sont constitutives d'une infraction unique et continue ayant débuté le 22 octobre 2015 et ayant pris fin le 26 janvier 2017 à l'article IV.1 CDE et à l'article 101 TFUE.

- *d'imposer une amende comprise dans une fourchette entre [cinq cents mille et deux millions cinq cents mille] euros à l'Ordre des pharmaciens en application de l'article IV.70 CDE*

III. Observations écrites de l'Ordre des pharmaciens

19. Le 7 janvier 2019, l'Ordre des pharmaciens a fait parvenir les observations écrites suivantes : «

I. ***LES ANTÉCÉDENTS ET LA PROCÉDURE D'INSTRUCTION***

A. *INTRODUCTION*

1. *Le 15 avril 2016, l'Auditeur Général de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après « **l'ABC** ») a ouvert une instruction d'office portant le numéro CONC-I/O-16/0011.*

Cette instruction a fait suite à une série d'informations reçues de la part du « groupe MediCare-Market » au sujet de comportements prétendument contraires au droit de la concurrence. Ces comportements

*seraient attribués à l'Ordre des pharmaciens (ci-après « **l'OP** ») d'une part et à l'Association pharmaceutique belge (ci-après « **l'APB** ») d'autre part.*

2. *Le 2 juin 2016, la SA MediCare-Market a introduit une plainte auprès de l'ABC concernant une entente potentielle entre l'OP, l'APB et certaines pharmacies en vue d'exclure le « groupe MediCare-Market » du marché des services délivrés par les pharmaciens.*

3. *Le 19 août 2016, l'Auditorat a envoyé une première demande de renseignements à l'OP dans l'affaire sous rubrique. La demande concernait l'action en cessation introduite par citation introductive d'instance du 21 décembre 2015, auprès du Président du Tribunal de commerce du Brabant Wallon siégeant en référé, par le Conseil national de l'OP et trois pharmacies belges, à l'encontre de la SA MediCare-Market et huit sociétés du groupe MediCare-Market ; la procédure de conciliation intervenue entre l'OP et MediCare-Market ; et les ristournes et publicités effectuées par certaines entités du groupe MediCare-Market.*

Le Conseil national de l'OP a fait suite à cette demande par une réponse du 19 septembre 2016.

4. *Le 19 avril 2017, l'Auditorat a envoyé une seconde demande de renseignements à l'OP dans l'affaire sous rubrique. La demande concernait les règles du Code de déontologie pharmaceutique et l'application de ces règles en matière de publicité, de ristournes et de cartes de fidélité, de démarchage de clientèle, et de vente en ligne.*

Le Conseil national de l'OP a fait suite à cette demande par une réponse du 19 mai 2017.

5. *Le 28 avril 2017, MediCare-Market a déposé auprès de l'ABC une demande de mesures provisoires visant à suspendre une série de poursuites disciplinaires intentées par l'OP contre certains pharmaciens relevant du groupe MediCare-Market. La suspension requise avait pour but de suspendre les procédures disciplinaires jusqu'à décision sur le fond par le Collège de la concurrence de l'ABC. Le 19 juin 2017, cette demande a été déclarée non-fondée par le Collège de la concurrence.*

6. *Le 4 octobre 2017, une réunion a eu lieu entre l'Auditorat et des membres du Conseil national de l'OP afin de discuter de l'avancement de l'instruction du dossier.*

7. *Le 12 octobre 2017, l'Auditorat a envoyé une troisième demande de renseignements à l'OP dans l'affaire sous rubrique. La demande concernait la saisine, en date du [CONFIDENTIEL], de Conseils provinciaux par le Conseil national de l'OP et le contexte de la décision du Conseil d'appel néerlandophone du [CONFIDENTIEL] en cause du pharmacien [CONFIDENTIEL].*

Le Conseil national de l'OP a fait suite à cette demande par une réponse du 8 décembre 2017.

8. *Le 16 mars 2018 l'Auditorat a envoyé une dernière demande de renseignements à l'OP dans l'affaire sous rubrique. La demande concernait les débats ayant eu lieu lors d'une séance du Conseil national de l'OP du 24 septembre 2015.*

Le Conseil national de l'OP a fait suite à cette demande par une réponse du 30 mars 2018.

9. *Le 1er juin 2018, l'Auditorat a notifié à l'OP une communication des griefs (ci-après « **la Communication** ») au sens de l'article IV.42, § 4, du Code de Droit Economique (ci-après « **le CDE** »).*

[CONFIDENTIEL][412]*.*

10. *Le 1er octobre 2018, l'OP a répondu à la Communication (ci-après « **la Réponse** »).*

11. *Le 31 octobre 2018, l'Auditorat a déposé le projet de décision (ci-après « **le Projet** »).*

B. ETAT DU DOSSIER – INSTRUCTION DÉSÉQUILIBRÉE

12. *L'OP a constaté que l'instruction menée par l'Auditorat a été partiale, entièrement à charge de l'OP et donc déséquilibrée. Ainsi, l'OP a observé une attitude de complaisance de la part de l'Auditorat à l'égard du plaignant. L'OP y reviendra dans cette réponse.*

13. *Le dossier d'instruction l'atteste et démontre l'existence de contacts très intensifs entre l'Auditorat et le plaignant. L'Erreur ! Source du renvoi introuvable. à la présente réponse au Projet reprend la liste de c es contacts, tels qu'ils ressortent du dossier (donc sans certitude d'exhaustivité). La liste est impressionnante et en grand contraste avec les contacts fort limités entre l'Auditorat et l'OP, pourtant partie incriminée dans cette affaire (ces contacts ont tous été évoqués dans la section A ci-dessus). A en lire les positions de l'Auditorat, tant dans la Communication que dans le Projet, l'intensité des contacts avec MediCare-Market a porté ses fruits, en ce qu'elle a fortement influencé le point de vue de l'Auditorat.*

C. INSTRUCTION INCOMPLÈTE

14. *Dans sa Réponse, l'OP s'est plaint du manque d'objectivité de l'instruction et de lacunes importantes au niveau de l'instruction. Malgré l'intensité des contacts qui sont intervenus entre l'Auditorat et MediCare-Market, l'OP constate que certaines questions élémentaires n'ont jamais été posées à MediCare-Market.*

15. *Dans une tentative ultime de remédier à ces défauts, l'Auditorat a posé une série de questions additionnelles à MediCare-Market. Certaines de ces questions sont postérieures à la Communication ; d'autres sont postérieures à la Réponse. Ainsi, le 4 octobre 2018, l'Auditorat a envoyé une demande de renseignements à MediCare-Market, à laquelle MediCare-Market a répondu le 12 octobre 2018*[413]*. La liste complète des mesures d'instructions postérieures à la Communication est reproduite en Erreur ! Source du r envoi introuvable..*

16. *Ce procédé (par ailleurs parfaitement inacceptable) démontre que l'affaire n'était pas en état au moment de la Communication et qu'il est donc impossible pour l'OP de se défendre proprement. L'OP invite le Collège à en tirer les conséquences appropriées.*

17. *Du reste, l'OP note que les pièces additionnelles démontrent qu'il y a bien eu des infractions à la loi, commises par MediCare-Market (ventes de produits en parapharmacie réservés à la pharmacie). C'est un point important et l'OP y reviendra.*

---

[412] Dossier Projet, OP, L. Annexe 1 et Dossier Projet, OP, L. Annexe 2.

[413] Dossier Projet, MM, AZC2, vnc réponse 12 octobre 2018.

D. RÉPONSE AU PROJET DE DÉCISION

18. *L'OP a reçu accès au dossier d'instruction et au dossier de procédure le 5 novembre 2018. Conformément à l'article IV.45, § 3 du CDE, l'OP dispose depuis cette date d'un délai de deux mois pour déposer sa réponse au Projet. Conformément à l'article 28 de l'Arrêté Royal du 30 août 2013 relatif aux procédures en matière de protection de la concurrence, ce délai prend fin le 7 janvier 2019 (le 5 janvier étant un samedi).*

19. *Dans la présente réponse au Projet, le Conseil national de l'OP reprend ci-dessous l'argumentation qu'il avait apportée dans la Réponse et la complète lorsque cela s'avère nécessaire. L'OP note en effet que sa Réponse a largement été ignorée par l'Auditorat.*

20. *L'OP pose ci-dessous le cadre légal dans lequel s'inscrivent les activités visées par le Projet et présente les parties concernées par l'instruction de l'ABC en retraçant brièvement les antécédents judiciaires et disciplinaires qui les ont opposés (**section III**). Il précise les griefs retenus par l'Auditorat à l'encontre de l'OP et la sanction proposée (**section IV**) avant d'y apporter les réponses nécessaires (**section V**). Avant d'entrer dans cette discussion, l'OP résume d'abord les points-clé de cette affaire (**section II**).*

II. POINTS-CLE DE CETTE AFFAIRE

21. *Fin 2014, MediCare-Market s'est lancé sur le marché belge, avec l'ouverture d'un point de vente à [CONFIDENTIEL]. C'était le début d'une expansion rapide et, selon les propres propos des représentants du groupe, d'une véritable « success story ». Fin 2018, le groupe a annoncé dans la presse qu'il comptait 33 points de vente. Il en vise 70 en Belgique d'ici 2020.*

22. *Le premier point de vente à [CONFIDENTIEL] était basé sur la formule d'une pharmacie/parapharmacie mixte. Plus particulièrement, le point de vente consistait en une pharmacie de taille usuelle, adossée à une vaste parapharmacie. Le groupe a ouvert d'autres points de vente similaires par la suite, mais cette formule est rapidement devenue minoritaire. Ainsi, seuls 11 points de vente (sur un total de 33 points de vente) sont actuellement basés sur la formule mixte. Les autres points de vente sont soit des parapharmacies seules, soit des pharmacies seules. L'ouverture de la première parapharmacie seule date de 2015 (magasin ouvert à Waterloo).*

23. *Dans l'exploitation des pharmacies/parapharmacies mixtes, MediCare-Market jouait habilement sur deux registres et créait délibérément une situation de confusion qui était trompeuse pour les patients/clients. Ainsi le groupe faisait appel à l'image de marque du pharmacien et faisait tout pour créer un environnement intégré entre parapharmacie et pharmacie, du moins en apparence. MediCare-Market se présentait ainsi comme un « hypermarché de la pharmacie ». En même temps, l'objectif avoué était d'échapper aux règles légales et déontologiques qui s'appliquent à la profession de pharmacien, notamment à la responsabilité du pharmacien.*

24. *Dans la mesure où, et pour autant que, la formule mixte impliquait des pharmaciens, cela concernait bien évidemment l'OP, un organisme de droit public doté d'une mission d'intérêt général. Contrairement à d'autres intervenants, l'OP a cependant pris son temps avant d'agir et a analysé la formule mixte en*

détail. Dans le cadre de son approche prudente et détachée, l'OP a d'abord suivi la voie du dialogue et a essayé de convaincre MediCare-Market de son point de vue. Ce n'est que fin 2015, quand ces tentatives ont échoué, que l'OP est passé à l'action. Son intervention était cependant très limitée et ciblée, et concernait les points de vente mixtes, existant à l'époque, où le risque de confusion se présentait. Son intervention se limitait, en plus, à initier quelques procédures dans le cadre instauré par la loi belge.

25. *Le principal souci de l'OP concernait l'ambiguïté que la formule mixte créait autour du rôle et de la responsabilité du pharmacien dans les points de vente mixtes. Conformément à sa mission d'intérêt général, l'OP visait dans ce contexte exclusivement les intérêts du patient et la qualité des soins pharmaceutiques et non pas, comme l'Auditorat le prétend, les intérêts économiques de certains de ses membres.*

26. *Sur la base d'une plainte de MediCare-Market, l'Auditorat présente maintenant un Projet, dans lequel il accuse l'OP de rien de moins que d'une stratégie visant à évincer MediCare-Market du marché de la pharmacie et à lui imposer des prix minimums pour les médicaments. Ces allégations n'ont aucun rapport avec la réalité et ne sont basées sur aucune preuve réelle. Ce que l'Auditorat appelle un faisceau d'indices est en réalité un faisceau de présomptions et rien d'autre qu'un procès d'intention. L'OP déplore par ailleurs, au niveau de l'Auditorat, un manque d'objectivité, l'absence de tout esprit critique à l'égard des allégations de MediCare-Market, voire un certain degré de mauvaise foi. L'Auditorat s'est en fait laissé guider par les intérêts particuliers de MediCare-Market au lieu de se focaliser sur sa propre mission. Ainsi, il a commis de graves erreurs au niveau de l'appréciation et de la caractérisation des faits. Son argumentation juridique manque également de pertinence. On constate en effet que l'Auditorat s'est fortement inspiré de la décision ONP de la Commission, en ce compris au niveau de la sanction. L'affaire ONP n'a cependant rien de commun avec la présente affaire. Cette approche mène à une application arbitraire et absurde du droit de la concurrence, en d'autres mots à un excès.*

III. LE CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

27. *L'OP distingue ci-dessous les règles essentielles applicables aux activités des pharmacies enregistrées en Belgique du cadre règlementaire applicable aux parapharmacies (**section A**). Ensuite, l'OP présentera les parties concernées par l'instruction de l'Auditorat et les antécédents judiciaires et disciplinaires (**sections B et C**). Enfin, L'OP élaborera sur la confusion que MediCare-Market a créé consciemment dans le développement de ses activités et qui est à l'origine de l'action de l'OP (**section D**).*

A. LES ACTIVITÉS DES PHARMACIES ET DES PARAPHARMACIES

1. La pharmacie

28. *En Belgique, comme ailleurs et à juste titre, les pharmacies et la profession de pharmacien sont strictement réglementées. L'OP, organisme de droit public, a des tâches bien spécifiques dans ce contexte – tâches qui lui ont été confiées par la loi.*

29. *L'OP se réfère aux définitions du « pharmacien »[414], de l'« art pharmaceutique »[415], du « médicament »[416], de l'« acte pharmaceutique »[417] et des « soins pharmaceutiques »[418] données par l'Auditorat. Ces définitions s'appliquent dans le cadre de la présente réponse.*

30. *L'OP rappelle toutefois que le législateur belge n'a pas limité le « monopole du pharmacien »[419] à la délivrance des médicaments à usage humain. D'autres produits entrent aujourd'hui dans le champ exclusif de sa compétence et ne peuvent être délivrés qu'en pharmacie.*

*La liste de « produits relevant de la profession de pharmacien » (article 2bis du Code du Commerce) donnée par l'Auditorat dans le Projet[420] propose un aperçu des produits concernés. Ce concept, spécifique à la législation économique, ne définit toutefois pas la compétence du pharmacien, ni n'impose un circuit de distribution aux catégories de produits listés. Pour ces matières, il faut se référer, au cas par cas, à la lex specialis relative aux produits de santé concernés, dont le contrôle est assuré par l'Agence Fédérale des Médicaments et des Produits de Santé (ci-après « **l'AFMPS** ») et le SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement (ci-après « **le SPF Santé** »), chacun agissant respectivement dans le champ de compétence qui lui a été assigné par le législateur.*

31. *Ainsi, l'article 10bis, § 6, de l'arrêté royal du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux dispose que (souligné par l'OP) :*

> *« Pour les dispositifs visés à l'annexe XIII, point 1.1 jusqu'au point 1.5, ainsi que les dispositifs correspondants visés au point 1.7 de cette annexe, la réception, la conservation et la délivrance sont réservées aux pharmaciens d'officine d'hôpitaux et aux pharmaciens d'officine. »*
>
> *Ces produits sont les suivants[421]:*
>
> - *le matériel médical stérile en contact avec le patient (par ex. : pansements, compresses) (point 1.1) ;*

[414] Projet, page 6, paragraphe 13, en référence à l'avis du Conseil national de l'OP intitulé "Produits qui peuvent être présents dans une officine ouverte pour le public", septembre 2003, disponible sur: www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2 (03 août 2018).

[415] Projet, page 6, paragraphe 13, en référence à article 6, § 1er de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé.

[416] Projet, page 7, paragraphe 14, en référence à l'article 1, § 1er, 1) de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

[417] Projet, page 8, paragraphe 17, en référence à l'article 7 de la loi coordonnée du 10 mai 2015 précitée.

[418] *Ibid*., en référence à article 1er de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens.

[419] C. Delforge, O. Mignolet J. Doornaert et V. Murovec, « Le dernier maillon de la chaîne : le pharmacien » in O. Mignolet, *Traité de droit pharmaceutique - La commercialisation des médicaments à usage humain*, 2e éd., vol. 1, Kluwer : Waterloo, page 424.

[420] Projet, page 7, paragraphe 16, en référence à l'article 2*bis* du Code du Commerce.

[421] Points 1 à 5 et point 7 de l'Annexe 13 à l'arrêté royal du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux.

- *le matériel stérile d'injection, de perfusion, de transfusion ou de drainage ainsi que les sondes et les cathéters et tout matériel destiné aux interventions médicales ou obstétricales présenté comme stérile, y compris les solutions pour irrigation et les concentrés pour hémodialyse (point 1.2) ;*

- *les dispositifs implantables (stériles ou non) (point 1.3) ;*

- *les dispositifs destinés à la maîtrise de la conception et ou la prévention des maladies sexuellement transmissibles (point 1.4) ;*

- *les dispositifs qui ont une similitude avec les médicaments et/ou qui ont fait l'objet d'un enregistrement précédemment (point 1.5) ;*

- *les systèmes et nécessaires constitués des dispositifs vises aux points 1.1 à 1.5 (point 1.7).*

Le contrôle de cette législation incombe à l'AFMPS, qui a émis de nombreux documents d'information[422] *et circulaires administratives*[423] *au sujet des dispositifs médicaux, relevant de sa compétence, dont la distribution est réservée aux pharmaciens d'officine.*

*Sur la base de l'article 2, deuxième alinéa, de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens (ci-après « **l'AR Pharmaciens** ») et en vertu de l'article 10bis, § 6, précité, troisième alinéa, c'est le pharmacien qui est responsable de la conformité de la qualité des dispositifs médicaux qu'il délivre et de sa conformité aux dispositions de l'arrêté royal du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux.*

32. *La même logique s'applique aux aliments diététiques à des fins médicales spéciales. Ces aliments sont définis comme « des denrées alimentaires présentées comme aliments destinés à une alimentation particulière, qui sont spécialement traités ou formulés et destinés à répondre aux besoins nutritionnels des patients et qui ne peuvent être utilisés que sous contrôle médical »* [424].

L'article 4.2.4 de l'annexe unique à l'arrêté royal du 18 février 1991 relatif aux denrées alimentaires destinées à une alimentation particulière dispose à cet égard que :

« La vente directe au consommateur de ces produits est seulement permise aux pharmaciens

[422] Voy. par exemple : AFMPS, "La délivrance des dispositifs médicaux dans les officines ouvertes au public" (en ligne), disponible sur: https://www.afmps.be/sites/default/files/downloads/Brochure_MEDEV_DEF_PRINT_FR.pdf (le 3 août 2018); AFMPS, "Plan Dispositifs Médicaux" (en ligne) disponible sur: https://www.afmps.be/fr/plan_dispositifs_medicaux (le 3 août 2018).

[423] Circulaire de l'AFMPS n° 536 du 30 janvier 2009 aux pharmaciens tenant officine ouverte au public.

[424] Article 4.2.1 de l'annexe unique à l'arrêté royal du 18 février 1991 relatif aux denrées alimentaires destinées à une alimentation particulière.

d'officine. »

Le contrôle de cette législation incombe au SPF Santé. À cette fin, le SPF Santé a établi une liste des produits qui ne peuvent être distribués qu'en pharmacie[425]. Cette liste compte des centaines d'aliments diététiques à des fins médicales spéciales. Elle est fréquemment mise à jour.

2. La parapharmacie

33. *Contrairement aux pharmacies, les « parapharmacies » (concept par ailleurs non défini par la loi) ne sont pas réglementées. Ainsi, en contraste avec les pharmaciens d'officine – qu'il s'agisse de pharmaciens exerçant l'art pharmaceutique en officine hospitalière ou en officine ouverte au public –, les personnes gérant ou travaillant pour une parapharmacie ne sont pas liées par les dispositions particulières qui s'appliquent à l'exercice de l'art pharmaceutique et, de manière générale, à la règlementation applicable aux pharmacies d'officine.*

34. *D'une part, un magasin de parapharmacie, qu'il soit physiquement accolé à une pharmacie d'officine ou physiquement ou virtuellement détaché de toute pharmacie ne doit pas suivre les règles de répartition imposées par l'arrêté royal du 25 septembre 1974 concernant l'ouverture, le transfert et la fusion d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, et n'est pas directement soumis au contrôle de l'AFMPS en matière d'inspection d'officines pharmaceutiques ouvertes au public, de pharmacies hospitalières et de dépôts de produits[426].*

35. *D'autre part, une personne gérant ou travaillant pour une parapharmacie ne doit pas détenir un diplôme légal de pharmacien, échappe aux obligations déontologiques qui incombent au pharmacien et, partant, au contrôle des organes de l'OP, et ne peut donc pas exercer l'art pharmaceutique (en ce compris, par exemple, le respect de l'observance thérapeutique, l'accès au dossier pharmaceutique et la mise en garde contre les effets indésirables et les interactions).*

36. *L'OP rappelle qu'une parapharmacie ne peut pas délivrer les produits de santé dont la délivrance est réservée au pharmacien d'officine. Au sein de la parapharmacie, les conseils prodigués par les personnes ne disposant pas d'un diplôme de pharmacien ne peuvent s'apparenter à ceux qui sont fournis par un*

---

[425] Aujourd'hui disponible via https://apps.health.belgium.be/foodsupPublicApp/.

[426] Compétence régie à l'article 4, § 1er, alinéa 3, 4°, d de la loi du 20 juillet 2006 relative à la création et au fonctionnement de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé :

> « *En particulier, [L'AFMPS] est chargée de : (...)*
>
> *4° en matière de production et de distribution : de contrôler la fabrication, la distribution et la délivrance des produits visés à l'alinéa 1er, en vue de l'octroi d'autorisations, d'agréments et de certificats pour la fabrication, la distribution, le contrôle et la délivrance de ces produits, ainsi que de lutter contre la fraude en : (...)*
>
> *d. inspectant les officines pharmaceutiques ouvertes au public, les pharmacies hospitalières et les dépôts de produits visés à l'alinéa 1er (…)* ».

pharmacien, au risque de constituer l'exercice illégal de l'art pharmaceutique (ce qui est sanctionné pénalement[427]). Un diététicien, un nutritionniste ou tout autre employé d'une parapharmacie n'est donc pas autorisé à délivrer les produits de santé relevant de la compétence exclusive du pharmacien (en ce compris, notamment, les médicaments, les matières premières, les préparations magistrales, certains dispositifs médicaux et les aliments diététiques à des fins médicales spéciales).

37. *A l'inverse, un pharmacien d'officine n'est pas contraint par son monopole, et peut vendre en pharmacie des produits de parapharmacie. Il engage cependant sa responsabilité pour tous les produits vendus et services prestés en pharmacie, en ce compris ceux qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive. Il est par ailleurs assujetti aux normes déontologiques de l'OP pour toutes ses activités en pharmacie.[428] Il s'agit d'un élément-clé dans cette affaire et l'OP y reviendra dans la section D ci-dessous.*

38. *L'OP observe, à toutes fins utiles, qu'une simple recherche sur le site des parapharmacies MediCare-Market (medi-market.be/fr)[429] permet d'établir que de nombreux produits à caractère médical, tels que certains dispositifs médicaux relevant des catégories précitées (pansements stériles, compresses stériles, abaisse-langues stériles) et de nombreux aliments diététiques à des fins alimentaires spéciales, continuent à être distribués par les parapharmacies du « groupe MediCare-Market » via un canal de distribution qui n'est pas conforme à ce qui est imposé par la loi belge actuellement applicable.*

B. LES PARTIES CONCERNÉES PAR L'INSTRUCTION

1. MediCare-Market

39. *La SA MediCare-Market est la société holding du « groupe MediCare-Market ». Son objet est décrit comme suit[430] :*

> *« La société a pour objet, pour son compte, pour le compte de tiers, par l'intermédiaire de ses filiales ou en participation, tant en Belgique qu'à l'étranger, toutes opérations financières, mobilières et immobilières, se rapportant directement, ou indirectement au commerce (électronique, de détail ou de gros), à la production, l'achat, la vente, l'après-vente, l'importation, l'exportation, la distribution de substances, produits, et services présentés comme possédant des propriétés curatives ou préventives (à l'égard de maladies humaines, animales, ou végétales) ou visant au rétablissement, au maintien ou à l'amélioration de la santé ou du bien-être ».*

40. *La holding SA MediCare-Market contrôle directement ou indirectement des sociétés de deux types. L'on trouve, d'une part, des pharmacies enregistrées en tant que pharmacies d'officine auprès de l'AFMPS et*

---

[427] Article 122, § 1er, 1° de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé.

[428] Cass. 16 décembre 2016, affaire D.16.0008.N, K. V. / Ordre des Pharmaciens, www.cass.be.

[429] Dossier Projet, OP, L. Annexe 3 ; reproduit en Annexe 12

[430] Article 3 des statuts de la SA MediCare-Market, publiés aux annexes du *Moniteur Belge* par un acte du 18 décembre 2013.

ayant à leur tête un pharmacien titulaire et, d'autre part, des magasins de parapharmacie gérés, selon MediCare-Market, indépendamment de la pharmacie.

L'Auditorat prétend que ces sociétés seraient groupées selon « un modèle fondé sur une distinction entre les activités de pharmacie et les activités de parapharmacie, activités distinctes, mais complémentaires »[431] *(c'est l'OP qui souligne). Ce postulat mis en avant par l'Auditorat n'était certainement pas d'actualité ni au moment où MediCare-Market a lancé ses activités, ni lors de l'introduction, par le Conseil national de l'OP, de la citation introductive d'instance du 21 décembre 2015 signifiée à la SA MediCare-Market (voy. infra, paragraphe 67). L'OP y reviendra.*

Au vu du folder distribué récemment par MediCare-Market (voy, infra, paragraphe 84), la sortie de presse récente de MediCare-Market dans le magazine Trends/Tendances (voy, infra, paragraphes 71 e.s.) et le site web du groupe, www.pharmaclic.be, tel qu'il a été récemment modifié, il est légitime de s'interroger sur la véracité du postulat de l'Auditorat à l'heure actuelle.

41. *L'OP s'étonne par ailleurs que l'Auditorat prétende que le modèle MediCare-Market serait basé sur une distinction entre deux circuits de distribution séparés*[432]*. Ce point de départ manque non seulement en fait, comme il sera démontré ci-après, mais il manque également de pertinence en droit. En effet, l'Auditorat n'est pas sans savoir qu'en droit de la concurrence, la notion de groupe s'applique. Ainsi, lorsqu'il assimile pharmacies et pharmaciens*[433]*, il se réfère à une seule et même entité économique. Par contre, quand il s'agit de MediCare-Market, l'Auditorat continue à faire une distinction factice entre deux branches d'activité de MediCare-Market. L'Auditorat reconnait que toutes les sociétés du groupe MediCare-Market sont contrôlées par la SA MediCare-Market*[434]*, mais n'en tire pas les conséquences juridiques qui s'imposent. Comme indiqué ci-dessous (voy. paragraphe 73), depuis peu, MediCare-Market ne maintient même plus les apparences, et utilise la dénomination commerciale « Medi Market Group » (sic – c'est l'OP qui souligne) pour les enseignes de pharmacie et de parapharmacie. Seul l'Auditorat semble encore croire à une prétendue distinction nette entre les activités de pharmacie et de parapharmacie de MediCare-Market.*

42. *Sur un autre point, celui du caractère prétendument novateur du groupe MediCare-Market, on constate la même approche, servile, de l'Auditorat à l'égard de ce groupe. Sans aucun esprit critique et en reprenant mot à mot les propos du plaignant, l'Auditorat érige MediCare-Market en groupe innovateur et présente même son modèle comme une « innovation de rupture »*[435]*. Ce concept d'innovation est un fil rouge dans le raisonnement de l'Auditorat. Il n'est toutefois pas en ligne avec le constat de la Ministre de la Santé, qui est plus mesuré et davantage en phase avec la réalité. A juste titre, la Ministre a relevé que « Medi-*

[431] Projet, page 13, paragraphe 40.

[432] Voy, par exemple, également Projet, page 79, paragraphe 313.

[433] Projet, page 93, paragraphe 371.

[434] Projet, page 13, paragraphe 42.

[435] Projet, page 79, paragraphe 313.

Market n'innove que par la taille des magasins »[436]*. Un article récent paru dans le magazine Trends/Tendances*[437] *confirme que la stratégie de MediCare-Market se résume en une idée très simple : jouer sur les volumes ou sur la masse. Ce concept est, il est vrai, peu innovateur.*

43. *Un autre mythe défendu par l'Auditorat est que le modèle de MediCare-Market serait basé sur « une offre multicanal intégrée [qui mise] sur la complémentarité de ses deux enseignes, la parapharmacie et la pharmacie »*[438]*. L'Auditorat se réfère ici aux cas où une pharmacie du groupe est accolée à une (vaste) parapharmacie. Ce constat était peut-être vrai au moment du lancement du modèle (le premier point de vente de MediCare-Market à Gosselies étant basé sur cette configuration), mais n'était déjà plus d'actualité en 2015. En effet, le quatrième point de vente de MediCare-Market, ouvert en 2015, était une parapharmacie seule (sans pharmacie)*[439]*. Il s'agit du magasin de Waterloo. L'article publié dans le magazine Trends/Tendances déjà cité mentionne, pour la fin de 2018, 16 parapharmacies seules et 6 pharmacies seules contre seulement 11 parapharmacies/pharmacies mixtes. Le groupe annonce en outre l'ouverture de 10 nouvelles parapharmacies en 2019. Le communiqué de presse du 2 février 2018 confirme l'ambition d'avoir plus de 70 points de vente en Belgique, dont la majorité n'aura certainement pas le caractère d'une parapharmacie/pharmacie mixte.*

44. *Ainsi, la formule mixte qui revient à accoler une pharmacie à une parapharmacie est devenue très minoritaire et presque anecdotique et ne peut donc pas être considérée comme essentielle au modèle. Seul l'Auditorat continue à s'y accrocher, en présentant cette formule comme l'essence-même de MediCare-Market. Il s'agit en effet d'une prémisse importante du raisonnement de l'Auditorat – prémisse qui ne correspond tout simplement pas à la réalité. C'était d'ailleurs déjà le cas en 2015, au moment de l'intervention de l'OP. L'OP réitère que son intervention ne concerne que la formule mixte, en ce qu'elle créait une confusion entre les activités de pharmacie et de parapharmacie (voy, infra,* ***section D****). Ce problème n'existe pas dans les autres formules (parapharmacies ou pharmacies seules) et l'OP n'est jamais intervenu à l'encontre de ces autres points de vente.*

45. *L'OP note encore qu'il serait intéressant de connaitre la répartition entre les ventes en parapharmacie et celles en pharmacie au sein du groupe MediCare-Market. L'Auditorat mentionne les chiffres globaux au niveau des pharmacies, mais ne semble pas avoir examiné ce point au niveau de MediCare-Market. Ce point est toutefois essentiel, dès lors qu'il permettrait de clarifier la position de chacun sur le ou les marchés concernés. Ainsi, en ce qui concerne les pharmacies, il s'avère que les ventes de médicaments sont de loin prépondérantes (en moyenne 75 à 80% des revenus totaux, les produits de parapharmacie ne représentant donc pas plus que 20 à 25%)*[440]*. Au vu de la seule taille des parapharmacies et du nombre des*

[436] Projet, page 33, paragraphe 112.

[437] *Trends*/*Tendances*, 14 novembre 2018, Medi Market se fait une beauté (repris en Annexe 5).

[438] Projet, page 14, paragraphe 46. L'Auditorat ajoute encore que cette offre vise à « *répondre aux besoins de la santé et de bien-être de la population* ». Rien de moins, et à nouveau : aucun esprit critique.

[439] Projet, page 13, paragraphe 43.

[440] Projet, page 12, paragraphe 37.

parapharmacies, tout laisse penser qu'au niveau de MediCare-Market, on constate l'inverse, avec une partie très prépondérante représentée par les produits de parapharmacie (90% ou plus ?) et une activité plutôt marginale au niveau des médicaments. Ainsi, MediCare-Market est essentiellement un acteur au niveau des produits parapharmaceutiques, voire des produits de beauté de bien-être et autres[441]*, tandis que ces produits ne constituent qu'un accessoire pour les pharmaciens ou leur sont totalement inconnus. Pharmaciens et MediCare-Market opèrent donc essentiellement sur des marchés distincts.*

46. *L'OP note encore le succès éclatant de MediCare-Market, comme en atteste l'article très élogieux paru récemment dans le magazine Trends/Tendances. Ainsi, en 2018, le groupe s'attend à un chiffre d'affaires de 80 millions d'euros (pour mettre les choses en perspective et donner une idée du rapport de force, il est utile de comparer ce chiffre aux revenus de l'OP qui se situent autour de 2,5 millions d'euros). Dans le même article, le groupe se vante également de son « avantage concurrentiel ». Dans un communiqué de presse publié le 2 février 2018, MediCare-Market se prévaut d'être « incontestablement une success story » (voy. Annexe 6). Le même communiqué mentionne un chiffre d'affaires de 51 millions d'euros en 2017 (chiffre qui a grimpé à 80 millions d'euros en 2018). On est donc loin de l'image d'une entreprise en voie d'extinction, telle que dressée par l'Auditorat.*

2. L'OP

2.1 Origine de l'OP

47. *L'OP jouit de la personnalité civile de droit public. L'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 (ci-après « **l'AR 80** ») et l'arrêté royal du 29 mai 1970 réglant l'organisation et le fonctionnement des conseils de l'Ordre des pharmaciens (ci-après « **l'AR du 29 mai 1970** ») régissent actuellement son fonctionnement.*

2.2 Les organes de l'OP

48. *L'OP est composé de trois types de conseils indépendants : (i) le Conseil national, (ii) les Conseils provinciaux (un par province belge) et (ii) les Conseils d'appel (un de langue française et un de langue néerlandaise)*[442]*.*

49. *Les missions du Conseil national sont énoncées aux articles 3 et 15 de l'AR 80 :*

> *L'article 3 de l'AR 80 précise que : « Tant en justice que pour stipuler ou s'obliger, l'Ordre agit par son conseil national et est représenté par le président de celui-ci ou, à son défaut, par son président suppléant, conjointement avec l'assesseur ».*
>
> *L'article 15 de l'AR 80 ajoute que le Conseil national de l'OP est chargé d'élaborer « les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité,*

[441] Voy. *Trends*/*Tendances*, 14 novembre 2018, Medi Market se fait une beauté (repris en Annexe 5), qui évoque par ailleurs l'ouverture d'instituts de beauté au sein des « parapharmacies » (en concurrence avec des parfumeries) et le lancement envisagé d'une offre de services de diététicien, voire de dentiste ou d'opticien.

[442] Article 1er de l'AR 80.

la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique ». Le Conseil national a en outre pour tâche de « prendre toutes mesures nécessaires pour la réalisation de l'objet de l'Ordre ».

L'objet de l'OP n'est énoncé de manière précise et exhaustive dans aucune disposition des arrêtés royaux. C'est la lecture combinée de plusieurs dispositions et des travaux parlementaires, ainsi que l'analyse des compétences des organes de l'OP qui permettent de comprendre l'objet que lui a assigné le législateur. L'OP est ainsi investi d'une mission d'intérêt général/public dans un but de protection de la santé publique et de préservation de la mission principale des pharmaciens de garantir à la population des soins de santé de qualité: il crée les conditions morales et sociales nécessaires à la confiance du patient et de la société dans la profession[443].

50. *Le Conseil national est composé de seize membres effectifs et d'un magistrat assesseur (et d'autant de membres suppléants). L'article 14 de l'AR 80 règle la composition du Conseil national.*

51. *Les Conseils provinciaux ont « autorité et juridiction » (c'est l'OP qui souligne)*[444] *sur les pharmaciens qui sont inscrits au tableau de l'Ordre de la province en question.*

Les Conseils provinciaux agissent soit (volontairement) d'office, soit (obligatoirement) à la requête du Conseil national (dont la compétence en la matière se limite à initier la plainte), du Ministre de la santé publique, du procureur du Roi ou de la commission médicale, soit (obligatoirement) sur plainte d'un pharmacien ou d'un tiers[445].

Ils sont, entre-autres, compétents afin de « (…) veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils sont chargés à cette fin de réprimer disciplinairement les fautes des membres inscrits à leur tableau, commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la profession ainsi que les fautes graves commises en dehors de l'activité professionnelle, lorsque ces fautes sont de nature à entacher l'honneur ou la dignité de la profession (…) »[446]*. Les sanctions dont disposent les Conseils provinciaux en matière disciplinaire sont « l'avertissement, la censure, la réprimande, la suspension du droit d'exercer la profession pendant un terme qui ne peut excéder deux années et la radiation du tableau de l'Ordre »*[447].

[443] http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=1138&PT=4&G=25&GRT=2&lang=2

[444] Article 5, alinéa 1er de l'AR 80.

[445] Article 20, § 1er, de l'AR 80

[446] Article 6, § 3, 2° de l'AR 80.

[447] Article 16 de l'AR 80.

52. *En matière disciplinaire, les Conseils provinciaux n'ont pas un pouvoir de tri. Par principe, ils ont une obligation de statuer dans les affaires dont ils ont été saisis*[448].

53. *Les Conseils d'appel connaissent de l'appel des décisions prises par les Conseils provinciaux*[449]. *Les décisions disciplinaires du Conseil provincial sont susceptibles d'appel, soit de la part du pharmacien intéressé, soit de la part du président du Conseil national conjointement avec le magistrat assesseur*[450]. *L'appel est toujours suspensif*[451].

54. *Les décisions des Conseils d'appel peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation*[452].

55. *Il est important de noter que les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel agissent indépendamment du Conseil national de l'OP. Seuls les Conseils provinciaux (au premier degré) et les Conseils d'appel (en appel) de l'OP sont compétents pour instruire et juger des affaires disciplinaires. Les dispositions du Code judiciaire s'appliquent à la procédure disciplinaire pharmaceutique sauf dispositions spécifiques contraires de la réglementation précitée (article 2 du Code Judiciaire). Pour ces raisons, les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel sont des juridictions au sens du chapitre VI de la Constitution et de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « **le TFUE** »).*

Si le Conseil national a la faculté d'initier des procédures déontologiques, d'interjeter appel et de se pourvoir en cassation, il n'a aucune emprise quant au déroulement de ces procédures. Le rôle du Conseil national ou de ses représentants dans les instances disciplinaires, n'est pas susceptible, d'un point de vue « fonctionnel », d'affecter l'indépendance ou l'impartialité de ces instances disciplinaires. Le mandat de membre du Conseil national est, par ailleurs, incompatible avec celui de membre d'un Conseil d'appel[453]. *Ceci implique notamment que le Conseil national ne peut pas empêcher qu'une procédure soit initiée (par exemple sur plainte d'un autre pharmacien) ou poursuivie. Le Conseil national n'est donc pas en mesure de mettre fin à une procédure disciplinaire.*

2.3 Le Code de déontologie pharmaceutique

56. *En vertu de l'article 15 de l'AR 80, le Code de déontologie pharmaceutique élaboré par le Conseil national :*

- *comprend notamment des règles relatives à la continuité des soins en ce compris l'organisation des services de garde, au secret professionnel, à la transmission de documents ou d'informations pharmaceutiques entre confrères et médecins traitants, ainsi qu'aux*

[448] A défaut de statuer dans un délai de six mois, le conseil d'appel est saisi de la cause à la demande soit du pharmacien intéressé, soit de l'assesseur du conseil provincial, soit du président du conseil national conjointement avec l'assesseur (voy. article 24, § 2 de l'AR 80 et article 31 de l'AR du 29 mai 1970).

[449] Article 13 de l'AR 80.

[450] Article 21 de l'AR 80.

[451] Article 21 de l'AR 80

[452] Article 23 de l'AR 80

[453] Article 14 de l'AR 80.

rapports individuels entre le pharmacien, d'une part, les malades, les confrères, les médecins, les praticiens de l'art dentaire et les titulaires des professions paramédicales d'autre part ;

- *énonce les principes sur la base desquels sont déterminées les obligations sociales du pharmacien ;*

- *prévoit des dispositions de nature à sauvegarder le caractère non commercial de la profession ; et*

- *peut, s'il y a lieu, déterminer les clauses qui, en raison de leur incompatibilité avec les principes de la déontologie et en particulier avec le caractère non commercial de la profession, sont prohibées dans les conventions à conclure par les pharmaciens au sujet de l'exercice de leur profession.*

57. *Les articles suivants du Code de déontologie pharmaceutique précisent, à l'égard du pharmacien, que son activité doit être exercée en toute indépendance et sans tomber dans la dérive commerciale :*

« Article 14

Il maintient son indépendance dans l'exercice de sa profession : il demeure responsable des actes accomplis par lui-même ou sous son autorité. »

« Article 15

Il exerce avant tout une profession de soins de santé dont l'activité ne peut être confondue avec l'exploitation d'un commerce.

Dans l'intérêt de la santé publique et afin de ne pas nuire à la confiance du patient, il préserve son activité professionnelle de toute dérive commerciale. »

58. *Le Code de déontologie pharmaceutique aborde également le problème de la surconsommation des produits de santé, dans les termes suivants :*

« Article 40

En cas d'automédication, le pharmacien doit s'opposer à toute surconsommation suspectée ou avérée. Dans ce cadre, il avertit le patient des risques et dangers potentiels encourus et lui conseille de consulter un médecin. »

« Article 41

S'il existe des éléments indiquant une surconsommation de médicaments prescrits, le pharmacien prend les initiatives nécessaires dans l'intérêt du patient et de la santé publique. »

59. *En matière d'information et de publicité diffusée par ou pour la pharmacie, le Code de déontologie pharmaceutique énonce que :*

> *« Article 85*
>
> *L'information et la publicité ne peuvent porter préjudice à l'intérêt général en matière de santé publique.*
>
> *Le pharmacien titulaire d'une pharmacie ouverte au public, qu'il soit propriétaire ou non, est responsable de toutes les informations et publicités diffusées par ou pour sa pharmacie.*
>
> *En raison de cette responsabilité, le pharmacien titulaire non-propriétaire, veille à mettre en place des mesures de concertation avec le détenteur de l'autorisation au sujet de toute information et publicité en faveur de la pharmacie. »*

60. *À l'égard de l'information communiquée par les pharmaciens spécifiquement, le Code de déontologie précise notamment les principes suivants :*

> *« Article 89*
>
> *Les informations ne peuvent favoriser, ni directement ni indirectement, la surconsommation. Elles ne peuvent nuire à la relation de confiance avec le patient, ni limiter le libre choix de la pharmacie. »*
>
> *« Article 90*
>
> *Toute information reste discrète par sa dimension ou sa présentation. »*

61. *Enfin, les obligations de discrétion et de dignité de la profession de pharmacien imposent certaines limites aux pratiques commerciales qui peuvent être entreprises :*

> *« Article 100*
>
> *La dispensation du médicament ne peut donner lieu à des pratiques commerciales contraires à la discrétion et à la dignité de la profession, d'autant que la publicité en faveur du médicament est strictement réglementée.*
>
> *Dans l'intérêt du patient et de la santé publique, la commercialisation de l'Art pharmaceutique, visant uniquement à inciter à la consommation de médicaments, ne peut être tolérée. »*
>
> *« Article 101*
>
> *Le rôle essentiel du pharmacien et sa mission sociale sont de garantir à la population des soins pharmaceutiques de qualité et de prodiguer des conseils de santé adéquats.*

A cette fin, le pharmacien s'abstient de pratiques commerciales qui, sans être répréhensibles ou illégales, donnent de l'exercice de l'Art pharmaceutique une vision mercantile et sont de nature à altérer sa crédibilité et la relation de confiance avec le patient. »

62. *Tout pharmacien inscrit au tableau de l'OP est tenu de respecter le Code de déontologie pharmaceutique, qui comprend notamment les dispositions précitées. L'OP note que dans cette affaire, le Projet ne remet pas en cause le contenu du Code de déontologie pharmaceutique*[454].

3. L'APB

63. *Le Projet mentionne à plusieurs endroits l'APB (voir par exemple les paragraphes 47, 49, 50, 105, 119 et 175). Le Projet confirme par ailleurs que la plainte de MediCare-Market concernait également le comportement de l'APB. Le dossier d'instruction atteste le rôle critique que l'APB a joué dans le cas MediCare-Market.*

64. *L'OP s'étonne de l'absence de l'APB dans cette affaire et du choix de l'Auditorat de s'adresser exclusivement à l'OP. En élaborant des griefs qui ne portent que sur le comportement allégué de l'OP, le Projet ignore une partie importante de la réalité. La thèse d'un comportement unilatéral de l'OP est donc artificielle. Ce choix de l'Auditorat est d'autant plus incompréhensible lorsque l'on considère que, contrairement à l'OP, qui poursuit strictement des objectifs d'intérêt publique, l'APB est une union professionnelle qui représente les intérêts économiques de ses membres.*[455] *L'Auditorat s'est-il dès lors trompé de partie ?*

C. LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES ET DISCIPLINAIRES

65. *Ci-dessous, l'OP liste les actions disciplinaires et l'action judiciaire dont il est question dans les griefs portés par le Projet et apporte certaines précisions concernant ces deux types d'actions.*

66. *Le Projet fait référence aux quatre procédures disciplinaires suivantes, qui concernent chacune un pharmacien travaillant pour l'une des pharmacies du « groupe MediCare-Market » (ci-après « **les procédures disciplinaires** ») :*

- *La procédure disciplinaire concernant le pharmacien [CONFIDENTIEL] (MediCare-Market [CONFIDENTIEL]) intentée devant le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] le [CONFIDENTIEL] et – en degré d'appel – devant le Conseil d'appel d'expression française le 8 juin 2017 (qui a annulé la décision du Conseil provincial, sans plus) ;*

- *La procédure disciplinaire concernant la pharmacienne [CONFIDENTIEL] (MediCare-Market [CONFIDENTIEL]) intentée devant le Conseil provincial de [CONFIDENTIEL] le*

[454] Projet, page 93, paragraphe 374.

[455] Article 2 de la Loi de 31 mars 1898 sur les unions professionnelles : « *L'union professionnelle est une association formée exclusivement pour l'étude, la protection et le développement des intérêts professionnels de ses membres. (…)* »

[CONFIDENTIEL]. A l'issue de cette procédure, la pharmacienne [CONFIDENTIEL] a reçu un avertissement par une décision du [CONFIDENTIEL]. Aucun appel n'a été interjeté contre cette décision ;

- *La procédure disciplinaire concernant la pharmacienne [CONFIDENTIEL] (MediCare-Market [CONFIDENTIEL]) intentée devant le Conseil provincial [CONFIDENTIEL]. A l'issue de cette procédure, la pharmacienne [CONFIDENTIEL] a été sommée de suspendre ses activités pendant une durée d'un jour, par une décision du [CONFIDENTIEL] ; en degré d'appel – suite à l'appel interjeté par la pharmacienne le [CONFIDENTIEL] –, cette suspension a été portée à trois mois (décision du conseil d'appel d'expression néerlandophone du [CONFIDENTIEL]). La pharmacienne [CONFIDENTIEL] a intenté un pourvoi en cassation contre cette décision le 20 novembre 2017 ;*

- *La procédure disciplinaire concernant le pharmacien [CONFIDENTIEL] (MediCare-Market [CONFIDENTIEL]) intentée – sans l'intervention du Conseil national de l'OP – devant le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] le [CONFIDENTIEL]. A l'issue de cette procédure, le pharmacien [CONFIDENTIEL] a été sommé de suspendre ses activités pendant une durée de trois semaines, par une décision du [CONFIDENTIEL]. Aucun appel n'a été interjeté contre cette décision.*

67. *L'Auditorat fait également référence à l'action en cessation[456] introduite par citation introductive d'instance du 21 décembre 2015, auprès de la Présidente du Tribunal de commerce du Brabant Wallon siégeant en référé, par le Conseil national de l'OP et trois pharmacies belges, à l'encontre de la SA MediCare-Market et huit sociétés du groupe MediCare-Market[457] (ci-après « **l'action en cessation** »).*

Le 5 octobre 2016, le jugement intervenu dans le cadre de l'action en cessation a déclaré les demandes de l'OP irrecevables. L'OP souligne qu'il n'existe pas, à ce jour, de décision judiciaire ayant déclaré non-fondées les demandes de l'OP. En effet, dans le jugement du 5 octobre 2016, la présidente du Tribunal de commerce du Brabant Wallon siégeant en cessation ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire, se contentant de décider que les demandes étaient irrecevables au motif qu'elle ne parvenait pas à déterminer, malgré les explications fournies par le Conseil national de l'OP, l'APB, et les pharmacies intervenantes, quelle demande était précisément dirigée contre quelle société du « groupe MediCare-Market », la présidente n'ayant pas, par ailleurs, voulu voir le groupe comme un ensemble.

L'OP n'a pas interjeté appel contre cette décision.

---

[456] Voy. dans ce contexte la publication de l'OP sur son website, Dossier Projet, OP, L. Annexe 4.

[457] Il s'agit des sociétés suivantes : MediCare-Market SA, Medi-Market Pharmaclic A SA, Pharmaclic Medi-Market Charleroi SA, Medi-Market Parapharmacie Charleroi SA, Medi-Market Pharmacie Liège SA, Medi-Market Parapharmacie Liège SA, Medi-Market Parapharmacie Waterloo SA, Medi-Market Parapharmacie Evere SA et Pharmaclic Evere SA.

D. LA CONFUSION CRÉÉE PAR MEDICARE-MARKET

68. *Une des thèses principales de l'Auditorat consiste à dire que l'argument de la confusion, qui est notamment à la base de l'action de l'OP à l'égard de MediCare-Market, serait une construction artificielle de l'OP développée à la seule fin d'évincer MediCare-Market du marché.*

69. *Rien n'est moins vrai et l'OP démontrera ci-dessous l'existence, dans le cas de pharmacies accolées à une parapharmacie, d'une confusion réelle entre pharmacie et parapharmacie. C'était le cas au moment du lancement de la chaine et de l'intervention de l'OP en 2015, mais cela fait visiblement partie, encore aujourd'hui, de la stratégie de MediCare-Market.*

70. *Cette confusion est particulièrement présente dans les cas où une pharmacie est accolée à une parapharmacie et l'intervention de l'OP trouve son origine dans ce type spécifique de situations (devenues, entretemps, minoritaires, voy. paragraphes 43 et 45 ci-dessus). La confusion ne se limite cependant pas à cette situation et on constate le même flou dans le cadre des activités menées en ligne par MediCare-Market. Dans la mesure où cette confusion a un impact sur les valeurs essentielles de la profession de pharmacien, telles que le rôle spécifique, la responsabilité, l'image de marque et la crédibilité du pharmacien et touche à l'intérêt du patient, il est bien évidemment légitime pour l'OP d'intervenir. L'OP a en effet comme mission légale de veiller au respect de ces valeurs.*

1. Confusion en pratique

71. *Dans le cas des pharmacies accolées à une parapharmacie, MediCare-Market joue habilement sur deux registres et crée délibérément une situation de confusion. D'une part, elle fait appel à l'image de marque du pharmacien et fait tout pour créer un environnement intégré entre parapharmacie et pharmacie, du moins en apparence. D'autre part, elle introduit des distinctions artificielles et non-visibles par le patient/client, par exemple en mettant en place des sociétés distinctes pour les activités de parapharmacie et de pharmacie, l'objectif étant bien sûr d'échapper aux règles légales et déontologiques qui s'appliquent à la profession de pharmacien.*

72. *Les paragraphes 73 et suivants (et 160) décrivent plus en détail la réalité de la confusion. L'OP renvoie également aux pièces qui se trouvent en annexe – Annexe 4 à Annexe 11 (pour les éléments de confusion actuels) et à l'Annexe 13 (pour la situation de confusion reprochée à Medi-Market lors de l'action en cessation).*

73. *A l'époque pertinente (2015), l'OP a constaté de manière concrète, dans le cas de certains points de vente combinés (pharmacie et parapharmacie) ouverts par MediCare-Market,*

- *un va-et-vient ou un renvoi de patients d'un espace vers l'autre*[458] *;*
- *la circulation des produits de santé relevant de la compétence exclusive du*

[458] Tel qu'établi par constat d'huissier, voy. Annexe 13 (13.8).

pharmacien, des produits d'hygiène, des cosmétiques, des denrées alimentaires et autres produits de parapharmacie d'un espace vers l'autre[459] *;*

- *la possibilité de régler les paiements pour ces produits alternativement dans un espace ou dans l'autre*[460] *;*
- *le groupement de ces activités sous une enseigne commune et/ou à des adresses identiques*[461] *(en ce compris les adresses e-mail*[462]*) ; et*
- *la publicité tapageuse faite en faveur de l'enseigne commune en vue d'attirer des patients également vers l'« espace pharmacie ».*

Tous ces éléments entretiennent un flou entre les deux entités qui peut avoir un impact sur l'image et la crédibilité du pharmacien d'officine et qui est trompeur à l'égard du patient/client. L'OP se réfère également, dans ce contexte, au paragraphe 160 et aux Annexes précitées.

74. *Les sites web de MediCare-Market sont un autre exemple de cette stratégie. Le site www.pharmaclic.be, qui est supposé être celui de la pharmacie en ligne de MediCare-Market, est en tout point identique au site web de la parapharmacie, à l'exception de la rubrique médicaments (voy. les captures d'écran ci-dessous). Le site contient en effet l'offre entière de la parapharmacie et donne ainsi l'impression au patient/client non avisé que tous ces produits sont offerts et vendus sous la responsabilité du pharmacien. Bien entendu, il n'en est rien. L'OP note encore que ce site annonce depuis peu que le nom « Pharmaclic » a été remplacé par « Pharmacy by Medi-Market », ce qui illustre une fois de plus la stratégie de l'« écosystème » créé autour de la marque Medi-Market. La capture d'écran reprise ci-dessous met en avant la dénomination « Pharmacy by Medi-Market Group », dénomination utilisée depuis peu également par les pharmacies hors ligne et qui met bien en évidence l'approche « groupe » de MediCare-Market*[463] *(niée cependant, contre toute évidence, par l'Auditorat). Le même constat vaut pour les mailings publicitaires envoyés au nom de « Pharmacy by Medi-Market Group » qui sont par ailleurs en tout point identique aux publicités communiquées au nom de MediCare-Market*[464]*. Ecosystème ou*

---

[459] *Ibid.*

[460] Tel qu'indiqué dans la presse par Yvan Verougstraete (voy. Annexe 13, 13.12) et établi par constat d'huissier (voy. Annexe 13, 13.4, 13.6, 13.8 et 13.2).

[461] Comme cela ressort des exemples fournis en Annexe 13 (13.1, 13.2 et 13.3) où les enseignes « pharmacie » et « parapharmacie » sont enregistrées à la même adresse ([CONFIDENTIEL]) et sous une enseigne commune et un design commun.

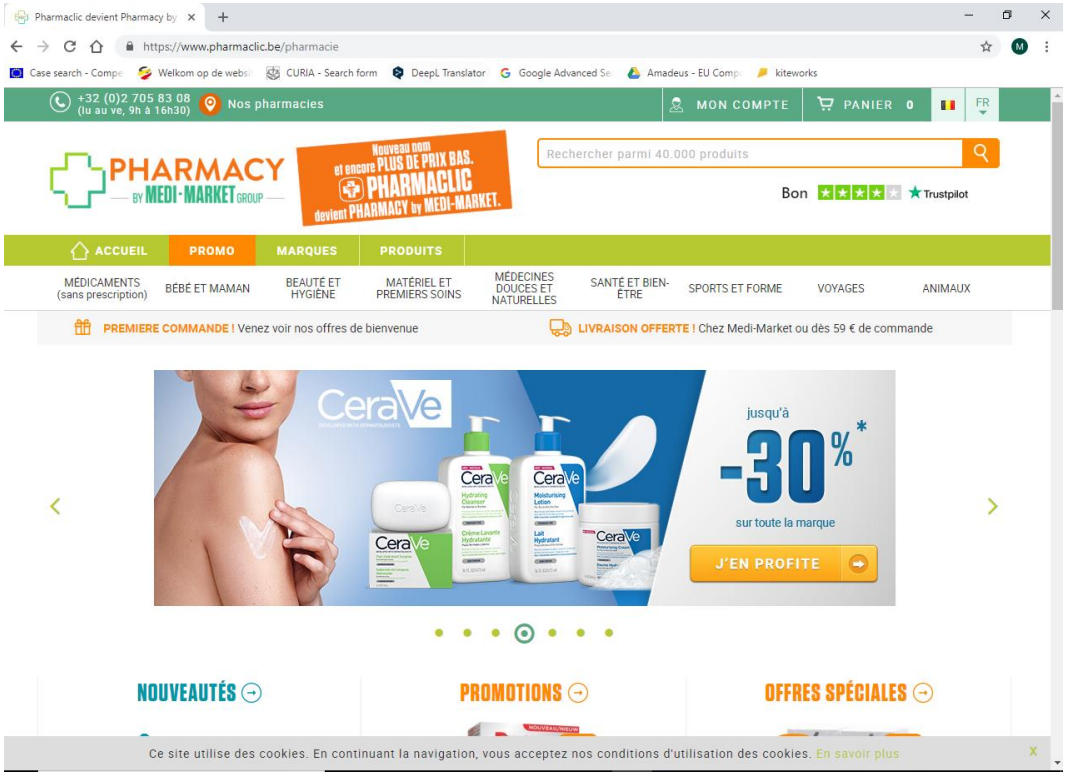
[462] Comme cela ressort des échanges d'e-mail avec les représentants de la pharmacie lorsqu'il est pris contact avec l'adresse centrale de la parapharmacie (info@medi-market.be), voy. (13.9, 13.10 et 13.11).

[463] Voy. aussi […] contenant une photo d'une pharmacie (seule, donc sans parapharmacie) à [CONFIDENTIEL], indiquant clairement « *Apotheek by Medi-Market group* ».

[464] Voy. l' Annexe 9.

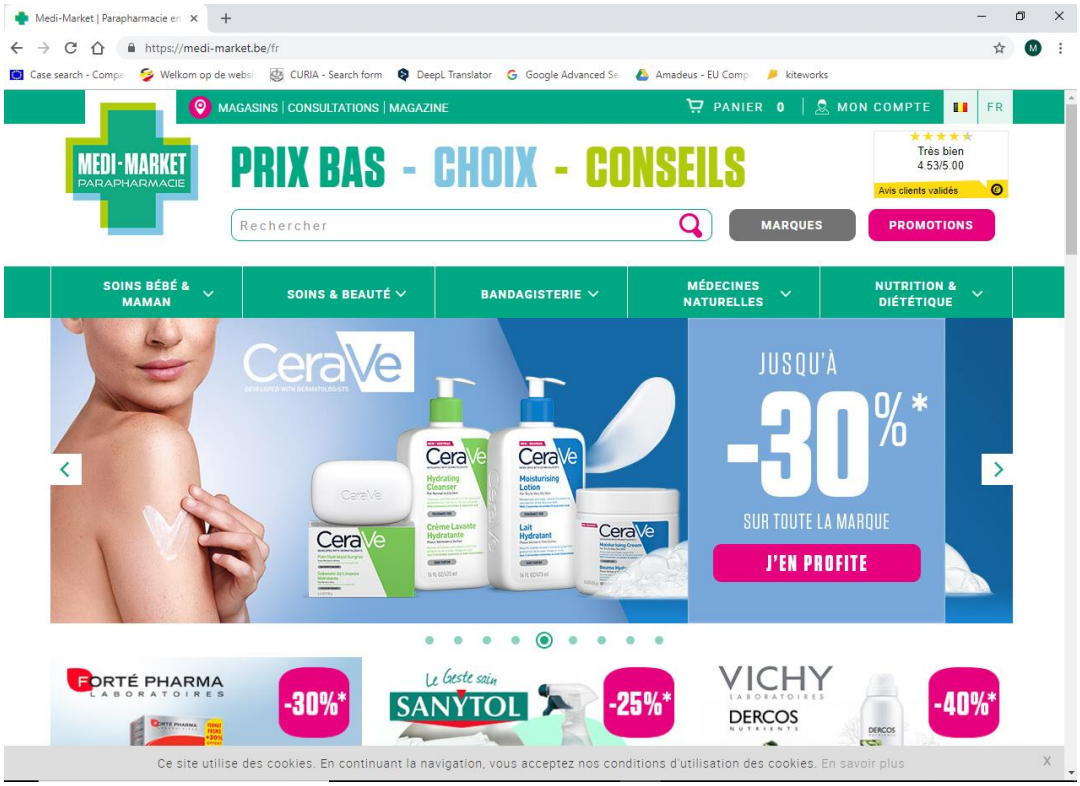
confusion délibérée ? L'OP tient encore à préciser qu'en 2015, MediCare-Market a introduit la dénomination Pharmaclic dans une tentative de réduire la confusion[465]*. Fort de son coup, MediCare-Market a donc relancé l'ancien nom et renforce donc à nouveau le degré de confusion.*

Capture d'écran de https://www.pharmaclic.be/pharmacie le 7 janvier 2019



[465] L'Auditorat le confirme, voy. Projet, page 43, paragraphe 149.

Capture d'écran de https://medi-market.be/fr le 7 janvier 2019



2. ***Analyse***

75. *Dans l'article récent publié dans le magazine Trends/Tendances, MediCare-Market n'a pas pu être plus claire à l'égard de sa « méthode Medi Market ». Dans cet article, elle décrit ouvertement son business model d'une vaste parapharmacie adossée à une pharmacie contenant « deux entrées distinctes, une paroi vitrée en guise de séparation et la possibilité de passer de l'une à l'autre par l'intérieur. Pour l'entreprise, cette disposition revêt un double intérêt : la partie « parapharmacie » ne doit pas être sous la responsabilité d'un pharmacien (ce qui est le cas dans les pharmacies traditionnelles) et la publicité y est autorisée. » (c'est l'OP qui souligne). Dans le même article, MediCare-Market confirme encore sa stratégie de créer « tout un écosystème autour de sa marque » et de « favoriser le cross-selling ». Il est intéressant de noter, à cet égard, que la marque déposée « Medi-Market »*[466] *du groupe a été enregistrée pour tous les produits relevant de la classe 5, c'est-à-dire, sans distinction, les produits de parapharmacie (tels que les compléments alimentaires, préparations diététiques) et les médicaments pour la médecine humaine.*

Des constats similaires ressortent des articles de presses parus récemment au sujet du groupe Medi Market présenté comme « devenu le Colruyt de la santé »[467]*...*

[466] Voy. Annexe 11

[467] Voy. Annexe 8

76. *MediCare-Market veut donc tout simplement le beurre et l'argent du beurre. L'image de marque du pharmacien lui convient bien pour créer tout un écosystème autour de sa marque et lui donner une aura de crédibilité qui distingue sa chaîne d'autres chaînes telles que Kruidvat ou Planet Parfum. En même temps, elle veut échapper à tout le cadre légal et déontologique qui s'applique aux pharmaciens dits « traditionnels ». Dans l'article du magazine Trends/Tendances précité, MediCare-Market atteste de sa volonté d'échapper à la responsabilité du pharmacien et de créer, du point de vue de la responsabilité, une situation très différente de « ce qui est le cas dans les pharmacies traditionnelles ». En effet, comme indiqué ci-dessus (voy. paragraphe 36), dans ces dernières, un pharmacien engage sa responsabilité pour tous les produits vendus et services prestés, en ce compris ceux qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive.*

77. *L'OP a mis en évidence cette stratégie et la distinction essentielle entre le modèle MediCare-Market et les pharmacies dites « traditionnelles » dans sa réponse à la Communication. Les propos de MediCare-Market, tels que repris dans l'article du Trends/Tendances, appuient cette thèse. L'Auditorat continue cependant à ignorer cet élément-clé et persévère dans sa thèse d'une équivalence supposée entre le modèle MediCare-Market et celui de la pharmacie « traditionnelle ». C'est à tort que l'Auditorat continue à mettre ces deux modèles sur le même pied*[468]*.*

78. *Dans une « pharmacie traditionnelle » les patients ont simultanément accès à un « espace parapharmacie » et à un « espace pharmacie », pour acheter des produits de santé relevant de la compétence exclusive du pharmacien et d'autres produits tels que des produits d'hygiène, des cosmétiques, des denrées alimentaires et de façon plus générale des produits parapharmaceutiques. Ce qui est essentiel (et qui constitue une distinction importante avec le modèle MediCare-Market, du moins tel qu'il se présentait mi-2015), c'est que toutes ces activités s'opèrent au sein d'une seule et même officine pharmaceutique, placée sous la responsabilité d'un ou de plusieurs pharmaciens-titulaires, dans le respect des obligations légales formulées par l'AR Pharmaciens (en ce compris le Guide des bonnes pratiques officinales cité par l'Auditorat), la législation applicable aux produits concernés, et la déontologie pharmaceutique.*

Cette législation et le Code de déontologie pharmaceutique encadrent juridiquement et éthiquement la délivrance sûre des produits par le pharmacien et le conseil professionnel qu'il apporte en cette matière.

79. *La situation était fondamentalement différente dans les espaces pharmacies/parapharmacies mixtes de MediCare-Market, du moins au moment de l'intervention de l'OP en 2015. Dans ce modèle, l'« espace parapharmacie » et l'« espace pharmacie » relèvent chacun d'une entité juridique différente, la première entité étant un supermarché parapharmaceutique géré comme une société purement commerciale (opérant sous l'enseigne « Medi-Market ») et la seconde une pharmacie d'officine sous la responsabilité d'un pharmacien titulaire, prestataire de soins de santé (opérant sous l'enseigne « Pharmaclic », mais depuis peu sous l'enseigne « Pharmacie by Medi Market Group »).*

[468] Projet, page 21, paragraphes 76 et seq.

L'article récent publié dans le magazine Trends/Tendances confirme la volonté de MediCare-Market d'échapper ainsi aux règles qui s'appliquent aux pharmaciens, notamment en ce qui concerne leur responsabilité.

80. *Contrairement aux allégations non-fondées de l'Auditorat, en soi, l'OP n'a pas d'a priori à l'égard de ce modèle ou de tout autre modèle potentiel. L'OP est neutre à cet égard. Il est donc faux de prétendre que le développement de certains modèles d'exploitation, voire d'enseignes, est « en soi problématique » pour l'OP*[469]*. L'OP n'intervient pas dans la sphère économique de ses membres et dans la façon dont ils gèrent leurs activités. Il a comme seul objectif sa mission d'intérêt public.*

81. *En résumé, l'OP ne s'oppose pas à ce qu'un pharmacien vende des produits parapharmaceutiques pour autant que ce pharmacien assume la responsabilité légale et déontologique qui lui incombe pour tous ces produits vendus. L'OP ne s'oppose pas non plus à ce qu'un des produits parapharmaceutiques soient vendus via d'autres canaux de distribution, en ligne ou hors ligne. Conformément à sa mission légale, l'OP est cependant attentif aux situations où certains points de distribution font appel à des pharmaciens attitrés, notamment si, dans une stratégie d'écosystème intégré et de cross-selling, une partie non-négligeable du rôle de ces pharmaciens consiste à prêter leur réputation de pharmacien et leur image de marque afin d'augmenter les ventes des produits parapharmaceutiques, alors qu'ils n'assument aucune responsabilité à l'égard de la délivrance de ces produits.*

82. *Tout cela pose des questions importantes du point de vue de l'intérêt du patient. En effet, il n'est pas déraisonnable d'assumer qu'en matière de produits de santé, les patients ont un degré élevé de confiance en leur pharmacien. A juste titre, ils s'attendent également que leur pharmacien assume sa responsabilité. En créant délibérément une confusion entre le volet pharmacie et parapharmacie de son groupe – sans que la vente des produits parapharmaceutiques soit sous le contrôle ou la responsabilité du pharmacien – MediCare-Market induit le patient ou client en erreur. Il est donc légitime que l'OP se soit interrogé à ce sujet.*

83. *En outre, le modèle posait, à l'époque pertinente, des questions de conformité à diverses dispositions légales. En effet, une parapharmacie (ou, par ailleurs, tout autre commerce) ne peut pas, sauf exception prévue par la loi, délivrer ou accepter des paiements pour des produits dont la délivrance est exclusivement réservée au pharmacien d'officine. Son personnel, lorsqu'il n'est pas pharmacien, ne peut pas conseiller les patients à l'égard de tels produits ou prodiguer les soins pharmaceutiques.*

Les entités concernées s'exposaient ainsi à un risque de non-conformité à la législation et/ou aux règles de déontologie applicables. Ce risque s'étant matérialisé, comme l'OP a pu l'étayer à l'aide de constats d'huissier[470] *et d'éléments de preuve concrets, le Conseil national de l'OP a décidé d'agir en introduisant une action en cessation.*

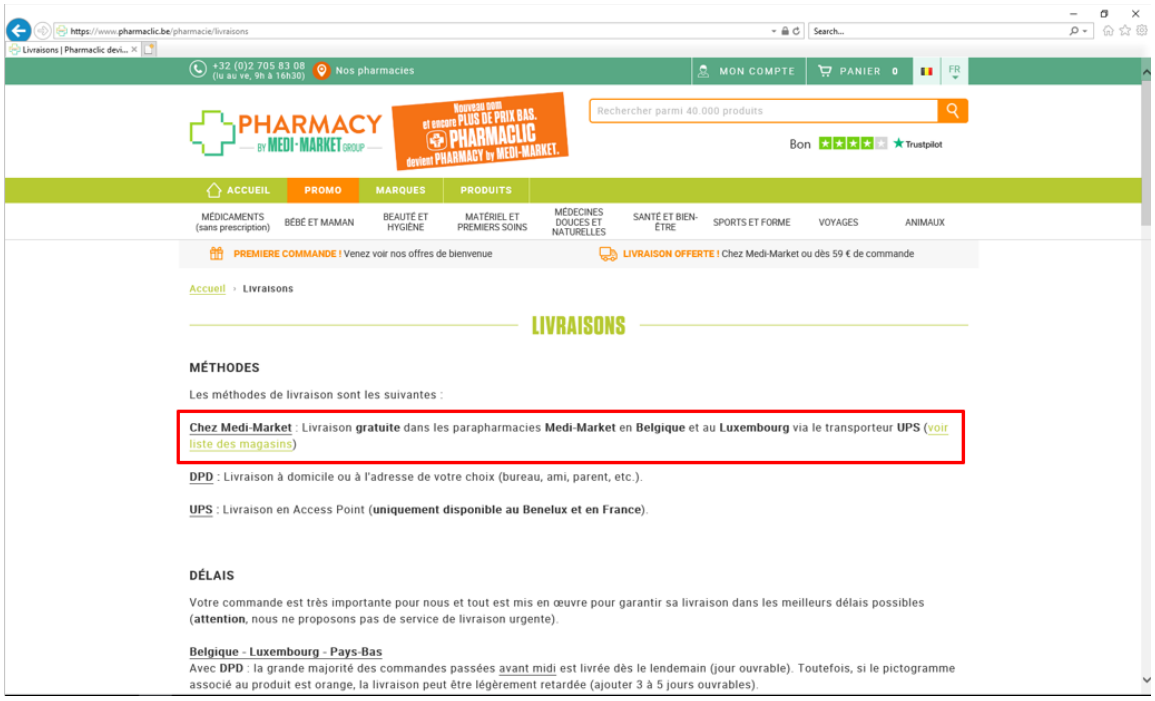
---

[469] Projet, page 23, paragraphe 86.

[470] Voy. notamment l' Annexe 13 (procès-verbaux en 13.4, 13.5, 13.6, 13.7 et 13.8).

84. *L'OP note, par ailleurs, que cette confusion des genres est toujours d'actualité. Cela ressort notamment d'un folder toutes boîtes récent, publié par Medi-Market Parapharmacie*[471]*. Le lecteur non-avisé lira aux pages 2 et 3 de ce folder un article présentant… Pharmaclic. Ce document met non seulement en exergue le lien entre les deux chaînes et leur vision (commerciale) commune, mais il fait également ouvertement état de la possibilité d'achat et de livraison de médicaments dans les parapharmacies de Medi-Market (voy. le point 2 du folder, qui indique que le client peut placer des commandes de médicaments dans certains magasins Medi-Market et que ces médicaments sont ensuite livrés en magasin ; le document mentionne par ailleurs la faculté de livraison gratuite de médicaments achetés sur le site web de Pharmaclic dans les parapharmacies de Medi-Market). La capture d'écran reprise ci-dessous atteste également cette dernière pratique.*

Capture d'écran de https://www.pharmaclic.be/pharmacie/livraisons le 3 janvier 2019



85. *Il n'est pas anormal que ces pratiques rendent perplexe et que, dans le cadre de sa mission légale, l'OP se soit posé des questions à leur égard. Comme indiqué plus en détails ci-dessous (voy. la section V ci-dessous), l'OP a d'abord suivi la voie du dialogue avec MediCare-Market. Quand l'OP s'est rendu compte que cette voie était sans issue, il n'a pas eu d'autre choix que de prendre les initiatives qui seront plus tard contestées par MediCare-Market et, dans la même volée et de façon plutôt étonnante, par l'Auditorat.*

[471] Dossier Projet, OP, L. Annexe 5. Ce document se trouve également en Annexe 10.

IV. LES GRIEFS RETENUS CONTRE L'OP ET LA SANCTION PROPOSÉE

86. *Le Projet a retenu deux griefs à l'encontre de l'OP, qui constitueraient une infraction à l'article IV.1 du CDE et à l'article 101 du TFUE.*

87. *Le premier grief allégué serait l'adoption, par l'OP, d'une stratégie visant à empêcher le « groupe Medi-Market » (sic) de se développer, voire à l'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens. D'après l'Auditorat, « cette stratégie a été adoptée dans l'intérêt économique de la majorité des membres de l'OP »[472]. Ce premier grief serait matérialisé par les trois éléments suivants :*

i) selon l'Auditorat, la décision d'intenter des actions disciplinaires à l'encontre des pharmaciens travaillant pour l'enseigne MediCare-Market et la décision d'intenter l'action en cessation auraient concrétisé la mise en œuvre de cette stratégie par l'OP[473],

ii) l'un des arguments invoqués par l'OP dans le cadre de l'action en cessation, celui de la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie de certains établissements MediCare-Market, ne serait « pas cohérent »[474], d'après l'Auditorat, et

iii) selon l'Auditorat, les déclarations de deux membres du Conseil national de l'OP indiqueraient une stratégie d'éviction et représenteraient par ailleurs le point de vue de l'OP[475].

88. *Outre ces trois éléments, l'Auditorat relève également, parmi les actes posés par l'OP, une intervention du président du Conseil national de l'OP, dans la presse belge du 24 décembre 2015, tendant « à discréditer le groupe MediCare-Market ».*

89. *Le second grief allégué serait l'adoption, par l'OP, d'une stratégie visant à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à MediCare-Market[476]. Ce second grief serait matérialisé par les éléments suivants :*

i) selon l'Auditorat, la décision d'intenter des actions disciplinaires à l'encontre des pharmaciens travaillant pour l'enseigne MediCare-Market et la décision d'intenter une action en cessation auraient eu pour objectif d'éluder la concurrence au niveau des prix[477],

---

[472] Projet, page 19, paragraphe 97.

[473] Projet, pages 24-32, paragraphes 89 110.

[474] Projet, page 21, paragraphe 73.

[475] Projet, page 20, paragraphe 69.

[476] Projet, page 49, paragraphes 174 et seq.

[477] Projet, pages 49-50, paragraphes 179 et 80.

ii) l'Auditorat analyse les articles VI.31 du CDE (titres donnant droit à un remboursement ou à une réduction de prix) et VI.104 du CDE (pratiques commerciales déloyales) et conclut que la première norme n'est pas violée et que les conditions de la seconde norme ne sont pas rencontrées par les ristournes effectuées par l'enseigne MediCare-Market[478]*,*

iii) parmi les actions disciplinaires dont ont connu les Conseils d'appel de l'OP, l'Auditorat estime que la décision d'intenter l'action disciplinaire à l'encontre de l'enseigne Pharmaclic [CONFIDENTIEL] démontrerait une « absence de pertinence »[479]*.*

90. *Les griefs ne remettent pas en cause (i) les règles du Code de déontologie pharmaceutique énoncées par le Conseil national de l'OP*[480]*, ni (ii) le contenu des décisions des Conseils provinciaux et des Conseils d'appel de l'OP. L'OP note cependant une certaine confusion dans le Projet entre, d'une part, l'objet des griefs qui se limitent à l'action du Conseil national et, d'autre part, les décisions des Conseils provinciaux et des Conseils d'appel concernant certains points de vente de MediCare-Market. Le Projet décrit ces décisions en long et en large, et ces décisions jouent un rôle important dans ce que l'Auditorat reproche au Conseil national (en ce compris dans la méthode de calcul de l'amende suggérée par l'Auditorat), alors qu'elles ne sont pas de son fait.*

91. *Dans le Projet, l'Auditorat prétend que « [l]es griefs de l'auditeur visent uniquement les décisions du Conseil national de l'OP et non les décisions des conseils disciplinaires. Par contre, les circonstances dans lesquelles ces procédures disciplinaires ont eu lieu et les décisions des conseils disciplinaires elles-mêmes sont des éléments qui, sans être mis en cause, permettent d'éclairer la stratégie du Conseil national de l'OP. (…) En outre, en décidant de saisir formellement les conseils provinciaux et en invoquant un risque grave de confusion, le Conseil national de l'OP, vu le rôle important qu'il occupe et son autorité morale, n'a pu qu'influencer les procédures disciplinaires à l'égard des pharmaciens titulaires. Cette influence se ressent d'ailleurs concrètement dans les décisions des conseils disciplinaires, qui se calquent quasi parfaitement sur l'argument de la confusion invoqué par le Conseil national de l'OP. »*[481]

92. *À suivre ce raisonnement, toutes les décisions des conseils disciplinaires seraient attribuables au Conseil national de l'OP, alors que les conseils disciplinaires sont tout à fait indépendants à l'égard du Conseil national de l'OP. Ignorant cette réalité, l'Auditorat affirme cependant que l'influence du Conseil national est telle qu'elle revient de facto à exercer une forme de contrôle sur les conseils disciplinaires. Cette affirmation ne correspond pas à la réalité. Elle est, en outre, en contradiction totale avec les garanties d'indépendance des conseils disciplinaires prévues à l'article 20 de l'AR 80.*[482]

---

[478] Projet, page 50, paragraphes 185 et seq.

[479] Projet, page 51, paragraphes 187 et seq.

[480] Projet, page 93, paragraphe 374.

[481] Projet, page 41, paragraphes 142 à 144.

[482] Voy. à ce sens Dossier Projet, OP, L. Annexe 6 (voy. aussi ci-dessous, paragraphe 132).

93. *Le débat devrait donc se limiter à l'analyse des décisions du Conseil national de l'OP d'intenter (i) des actions disciplinaires à l'encontre des pharmaciens et (ii) l'action en cessation à l'encontre des sociétés du groupe MediCare-Market, et de certains éléments de faits précis intervenus dans le cadre de ces décisions.*

94. *Il sera démontré ci-dessous que le raisonnement porté par le Projet ne peut être suivi et n'est pas étayé d'éléments de faits concordants (**section V, A-B**). L'OP expliquera également en quoi l'analyse juridique de l'Auditorat ne permet pas de conclure à une infraction à l'article IV.1 du CDE et à l'article 101 TFUE (**section V, C**).*

95. *Enfin, l'Auditorat esquisse les contours d'une possible amende à imposer à l'OP. Ainsi, l'Auditorat considère que les deux griefs précités concernent des infractions graves du droit de la concurrence et suggère une amende entre un million et un million cinq-cent-mille euros.*

*Il sera démontré ci-dessous que l'amende proposée par l'Auditorat est tout simplement sans fondement légal (**section V, D**).*

V. LES RÉPONSES AUX GRIEFS RETENUS CONTRE L'OP

A. REMARQUES PRÉALABLES : ABSENCE DE PREUVES

96. *À titre préliminaire, l'OP note que la charge de la preuve des infractions au droit de la concurrence – en l'espèce, aux dispositions des articles 101 (1) du TFUE et IV.1, § 1er du CDE – incombe à l'Auditorat. L'OP se réfère, à cet égard, à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles (à laquelle la Cour des Marchés a succédé en cette matière)[483] :*

> *« 81. Le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] du traité (FUE) règle la charge de la preuve de la manière suivante :*
>
> *"Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 [101] et 82 [102] du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81 [101], paragraphe 1, ou de l'article 82 [102] du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81 [101], paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies." (article 2 – soulignement ajouté).*
>
> *Il faut également citer la dernière phrase du cinquième considérant du Règlement 1/2003, en vertu de laquelle : "Le présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire."*

[483] Bruxelles, 30 juin 2016, Cimenteries, paragraphe 81.

https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20160630_arrest_holcim_pub.pdf,

(principe d'effectivité, reconnu par la jurisprudence constante).

Par ailleurs, la Cour de justice reconnait l'importance de la présomption d'innocence, qui constitue "un principe général de droit de l'Union, énoncé désormais à l'article 48, paragraphe 1 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (…) et que les Etats membres sont tenus de respecter lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de la concurrence de l'Union" (Arrêt de la Cour du 21 janvier 2016 dans l'affaire C-74/14, Eturas UAB, §38, et les références à la jurisprudence antérieure de la Cour).

82. En application de ces principes et tenant compte du droit belge de la preuve qui est dans le même sens, le Conseil – désormais à l'ABC – doit établir l'infraction à l'article 101 TFUE dans le chef de chaque requérante, et supporter le risque de preuve, à savoir qu'à défaut de celle-ci, l'infraction n'est pas établie.

Cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris par présomptions. Ainsi, notamment, des pratiques concertées peuvent être prouvées par un faisceau d'indices objectifs et concordants. »

97. *En effet, le principe de la présomption d'innocence implique que l'ABC « doit rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction. L'existence d'un doute dans l'esprit du juge doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction. Le juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question, notamment dans le cadre d'un recours tendant à l'annulation d'une décision infligeant une amende »*[484]*. Il est de jurisprudence constante que « des éléments de preuve suffisamment précis et concordants »*[485] *doivent être apportés pour établir l'existence de toute infraction alléguée.*

98. *Dans le cadre de sa réponse à la Communication, l'OP a attiré l'attention de l'Auditorat sur l'absence de preuves étayant ses griefs. Ce faisant, l'OP a apporté des précisions factuelles juridiques. L'OP constate avec regret l'obstination de l'Auditorat et son refus de répondre à ses arguments. L'Auditorat persévère ainsi dans son approche partiale, entièrement à charge.*

99. *Dans le Projet, l'Auditorat note à cet égard qu''il « a, sur base d'un faisceau d'indices se renforçant mutuellement, établi et démontré l'existence de la stratégie d'éviction du modèle MediCare-Market et/ou d'empêcher son développement ainsi que la volonté d'imposer un prix minimum sur les médicaments. »*[486]

---

[484] Tribunal 27 septembre 2006, affaires jointes T‑44/02 OP, T‑54/02 OP, T‑56/02 OP, T‑60/02 OP et T‑61/02 OP, ECLI:EU:T:2006:271, *Dresdner Bank / Commission*, paragraphes 59 à 60.

[485] CJUE 28 mars 1984, affaires jointes C-29/83 et C-30/83, ECLI:EU:C:1984:130, *CRAM / Commission*, paragraphe 20.

[486] Projet, page 41, paragraphe 141.

100. *S'il est vrai qu'un faisceau d'indices, apprécié globalement, peut contribuer à apporter des preuves précises et concordantes pour établir une infraction, encore faut-il que ces indices se basent sur des faits et non pas sur des suppositions ou des interprétations erronées ou partiales. L'approche de l'Auditorat tout au long de cette procédure a été de de reprendre, sans aucun esprit critique, le récit développé par le plaignant. L'OP démontrera ci-après que cet amalgame n'est nullement supporté par les faits.*

101. *Au paragraphe 145 de son Projet, l'Auditorat produit la liste des indices sur lesquels il s'est basé pour démontrer la prétendue stratégie d'éviction. L'élément le plus intrigant de cette liste est le dernier point qui mentionne tout simplement « … ». Ceci est parfaitement inacceptable. L'Auditorat suggère donc l'existence d'indices sur lesquels il s'est basé mais qu'il ne veut ou peut pas préciser à l'égard de l'OP. C'est un bel exemple du style suggestif utilisé par l'Auditorat et de l'impossibilité pour l'OP de se défendre contre une attaque « flèches de tout bois ».*

102. *Du reste, force est de constater que les autres indices, soit*

- *manquent en fait (ainsi, le premier point suggère une action très menaçante de l'OP (qui n'a pas eu lieu) et conclut en confirmant que l'OP n'a rien fait d'autre que de lancer une procédure de conciliation – l'Auditorat présente donc cette initiative comme un indice d'une stratégie d'éviction) ;*

- *sont interconnectés ou sont la conséquence inévitable d'autres « indices » et, contrairement à ce que prétend l'Auditorat, ne peuvent donc pas constituer des indices nouveaux ou additionnels (par exemple, une mise en demeure est une étape indispensable au lancement d'une procédure, les conclusions déposées par l'OP sont la conséquence logique du lancement d'une procédure, etc.) ;*

- *sont commentés ou « colorés » par l'Auditorat sans la moindre base factuelle (l'Auditorat fait par exemple référence à une décision du Conseil national de rompre « brutalement » la procédure de conciliation en cours) ; ou*

- *ne sont tout simplement pas des indices mais des interprétations de l'Auditorat (ainsi, l'Auditorat prétend que l'argument de la confusion serait « un prétexte et une construction artificielle » et utilise ensuite sa propre interprétation douteuse comme un indice à charge de l'OP – un bel exemple d'un raisonnement circulaire contre lequel toute partie incriminée aurait bien du mal à se défendre).*

103. *Tous ces indices constitueraient, selon l'Auditorat, un faisceau d'indices concordants et se renforçant mutuellement. Or, ce n'est pas le cas.*

104. *En réalité, il s'agit d'un faisceau de présomptions. La liste du paragraphe 145 de la décision démontre que l'Auditorat suppose beaucoup mais ne prouve rien. Le comble de cette liste, qui démontre à la fois le manque de sérieux de l'Auditorat et l'absence d'éléments probants, est sans nul doute le dernier point de la liste, en page 42 du Projet. Dans ce point, l'Auditorat présente comme indice la décision de l'OP de ne pas interjeter appel contre le jugement en cessation. Cette décision contribuerait donc à démontrer la*

prétendue stratégie d'éviction de l'OP. L'Auditorat suggère donc que l'OP aurait dû aller jusqu'au bout de cette procédure afin de démontrer qu'il ne poursuivait pas de stratégie d'éviction. Comprenne qui peut.

105. *Les éléments de preuve qui devraient étayer les deux griefs sont tout aussi maigres. L'OP y reviendra dans la discussion des griefs.*

106. *En résumé, l'Auditorat (i) n'apporte aucun élément de preuve, (ii) continue à se baser sur des indices douteux, et (iii) rejette automatiquement toute explication alternative du bien-fondé des actions de l'OP.*[487] *Contrairement à ce que prévoit l'article 1 du Règlement 1/2003 cité ci-dessus, l'Auditorat assume une présomption de culpabilité de la part de l'OP et rejette automatiquement tout élément réfutant cette présomption. Cette approche est contraire à la jurisprudence de la CJUE*[488] *:*

> *« D'une part, lorsque la Commission constate une infraction aux règles de concurrence en se fondant sur la supposition que les faits établis ne peuvent pas être expliqués autrement qu'en fonction de l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, le juge de l'Union sera amené à annuler la décision en question lorsque les entreprises concernées avancent une argumentation qui donne un éclairage différent aux faits établis par la Commission et qui permet ainsi de substituer une autre explication plausible des faits à celle retenue par la Commission pour conclure à l'existence d'une infraction. En effet, dans un tel cas, il ne saurait être considéré que la Commission a apporté la preuve de l'existence d'une infraction au droit de la concurrence (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 28 mars 1984, Compagnie royale asturienne des mines et Rheinzink/Commission, 29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 16, et du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C‑89/85, C‑104/85, C‑114/85, C‑116/85, C‑117/85 et C‑125/85 à C‑129/85, Rec. p. I‑1307, points 126 et 127). (c'est l'OP qui souligne) »*

107. *Tout ceci démontre une partialité inacceptable au niveau de l'enquête menée par l'Auditorat, où l'OP ne peut qu'être perdant. L'Auditorat a en effet retenu l'option de « monter » une histoire, en interprétant de façon sélective certaines pièces, en en écartant d'autres lorsqu'elles lui conviennent moins et de manière générale en passant sous silence tout élément à décharge. La lecture des faits qui en résulte s'éloigne de manière significative de la réalité. L'OP fournira ci-dessous (une fois de plus) les explications nécessaires à démontrer le bien-fondé de son action.*

---

[487] Projet, page 43, paragraphe 146 : « *Dans sa réponse à la communication des griefs, le Conseil national de l'OP minimise chacun de ces éléments et semble considérer que chaque preuve prise individuellement devrait établir l'objectif anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP. Or, comme reconnu par la jurisprudence et indiqué ci-dessus, c'est l'ensemble de ces éléments se renforçant mutuellement qui permet d'établir l'objectif anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP.* »

[488] Tribunal 12 juin 2014, affaire T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Intel, paragraphe 66.

B. EN FAIT

108. *L'Auditorat prétend que les actions de l'OP vis-à-vis de MediCare-Market viseraient (i) à évincer MediCare-Market du marché des services délivrés par les pharmacies et/ou empêcher le développement du « modèle MediCare-Market » et (ii) à imposer des prix minimums.*

109. *Dans le cadre de cette argumentation, qui est remise en cause ci-dessous, l'Auditorat identifie plusieurs éléments qui témoigneraient de l'existence, dans le chef de l'OP, d'une stratégie visant à atteindre ce double objectif. Toutefois, les constructions factuelles de l'Auditorat sont inexactes. Qu'elles soient considérées individuellement ou prises ensemble, ces dernières ne constituent, par ailleurs, même pas un début de preuve démontrant l'existence d'une restriction de concurrence.*

1. Remarque préalable: le marché concerné

110. *Selon l'Auditorat, le marché en cause serait le marché des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'OP*[489]*. Il s'agit donc du marché régulé de la pharmacie.*

111. *L'OP note que MediCare-Market n'est que marginalement active sur ce marché et que ses ambitions sont ailleurs. Il s'agit en effet essentiellement d'une chaîne de parapharmacie, et ce dès sa conception. Elle refuse même d'être réglementée, en attestent ses déclarations récentes dans Trends/Tendances. Elle décline avant tout la responsabilité du pharmacien et cherche à échapper à toutes les règles qui lui sont applicables.*

112. *Même si les prétendues stratégies de l'OP étaient réelles, quod non, ces stratégies n'auraient donc pu avoir qu'un effet tout au plus marginal sur le marché de la pharmacie. En outre, l'OP ne voit pas comment son action, qui n'a concerné que certains points de vente mixtes de MediCare-Market (où une pharmacie est accolée à une parapharmacie), qui par ailleurs, depuis bien longtemps, ne sont plus représentatifs du « modèle » Medi-Market, aurait pu ébranler ce modèle.*

2. Concernant la prétendue stratégie d'éviction

113. *L'Auditorat prétend, sans aucune base factuelle, que (souligné par l'OP)*[490] *:*

> *« L'Ordre des pharmaciens a adopté une stratégie et des décisions qui l'implémentent qui sont restrictives de concurrence par objet. En effet, cette stratégie a pour objectif d'empêcher le développement du modèle MediCare-Market, voire à l'évincer du marché dans un contexte économique et juridique dans lequel la concurrence est faible et amoindrie. Cette stratégie a été développée dans l'intérêt économique de la majorité des membres de l'OP. »*

[489] Projet, page 57, paragraphe 212.

[490] Projet, page 65, paragraphe 249.

114. *Dans le Projet, l'Auditorat attribue la stratégie précitée à « l'OP » en général, sans distinction entre les différents organes indépendants qui le constituent*[491]*. Partant, les éléments suivants sont reprochés à l'OP, car ils constitueraient selon l'Auditorat une stratégie et des décisions qui seraient restrictives de concurrence par objet :*

1. *les décisions d'introduire des procédures disciplinaires et l'action en cessation et diverses actions prises par l'OP dans ce contexte (il s'agit de la fameuse liste au paragraphe 145 de la décision, qui a déjà été commentée ci-dessus) ;*

2. *ce que l'Auditorat appelle « l'argumentation de la confusion » ;*

3. *certaines déclarations de membres individuels du Conseil national ; et*

4. *l'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse.*

115. *L'OP rappelle qu'alors que l'Auditorat prétend avancer une multitude d'indices qui établiraient l'existence d'une stratégie d'éviction, l'Auditorat se borne à énumérer des éléments qui sont inextricablement liés et qui ne peuvent être considérés comme des éléments de preuve séparés. En effet, il va sans dire que la décision d'engager une procédure implique nécessairement la collecte de preuves (par l'intermédiaire ou non d'huissiers), le dépôt de conclusions, la réaction dans le média à la campagne médiatique de MediCare-Market, etc. En réalité, l'argumentation de l'Auditorat est extrêmement répétitive et n'est soutenue que par très peu d'éléments distincts.*

116. *Dans les faits, ces éléments – qu'ils soient considérés individuellement et/ou ensemble – n'ont jamais eu pour objectif d'empêcher le développement du « modèle MediCare-Market » et/ou d'évincer le « modèle MediCare-Market » du marché des services délivrés par les pharmaciens (une activité par ailleurs largement accessoire pour MediCare-Market).*

L'Auditorat n'apporte par ailleurs pas la preuve de l'existence d'un tel objectif dans le chef de l'OP, ce que l'OP explique ci-dessous.

1.1. <u>Concernant l'intention des procédures disciplinaires et de l'action en cessation</u>

i. Introduction

117. *Il convient de rappeler que la seule « stratégie » poursuivie par l'OP est la mise en œuvre de la mission qui lui a été confiée par le législateur. Comme indiqué précédemment (voy. supra, paragraphes 49 et seq.), l'OP a notamment pour mission (i) de veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et au*

[491] Projet, page 10, paragraphe 29. En effet, selon l'approche suivie par l'Auditorat, c'est l'ensemble de l'OP qui contrôlerait les activités des pharmaciens : « *Etant donné, d'une part, que le Conseil national est chargé d'élaborer le code de déontologie et, d'autre part, que les conseils provinciaux et d'appel sont amenés à assurer, dans les instances disciplinaires, le respect des principes déontologiques, l'OP exerce un certain contrôle sur les activités des pharmaciens* ».

maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre[492]*, (ii) de prendre toutes les mesures nécessaires pour la réalisation de l'objet de l'OP*[493] *y compris le contrôle de la compatibilité du comportement des pharmaciens avec la loi et la déontologie, et (iii) de signaler aux autorités compétentes les actes d'exercice illégal de l'art pharmaceutique*[494]*, au travers de ses différents conseils.*

118. *Ainsi, l'exécution des missions des différents organes de l'OP, telles qu'elles ont été définies par l'AR 80 précité, peut notamment impliquer la mise en œuvre d'actions disciplinaires au niveau des Conseils provinciaux (et, en degré d'appel, des Conseils d'appel) en cas d'infractions aux règles de la déontologie pharmaceutique, précisées dans le Code de déontologie pharmaceutique élaboré par le Conseil national de l'OP.*

Plus rarement, l'OP peut introduire de procédures judiciaires, notamment en cas de violation des dispositions légales relatives aux soins pharmaceutiques, ou à la profession de pharmacien. Dans ce second cas, l'OP agit toujours en justice par son Conseil national.

119. *L'OP ne s'oppose pas au « modèle MediCare-Market » ni au recrutement de pharmaciens par des chaînes de distribution répondant à ce modèle pour autant que (i) les pharmaciens concernés par ce modèle respectent les obligations déontologiques qui leur incombent dans le cadre de leur profession et (ii) les activités prestées dans ce contexte ne sont pas contraires à la législation applicable aux pharmacies d'officine et à la profession de pharmacien. C'est en raison de violations suspectées des dispositions légales et déontologiques, telles que développées dans le cadre des procédures en question, que l'OP a saisi les instances disciplinaires et a introduit l'action en cessation dont il est question dans le Projet.*

ii. Les procédures disciplinaires

120. *Le fondement même du postulat de l'Auditorat selon lequel « Le Conseil national a également décidé, le 22 octobre 2015, de saisir tous les conseils disciplinaires concernés par l'ouverture d'une enseigne MediCare-Market disposant d'une pharmacie »*[495] *est inexact en fait et nie la réalité du fonctionnement des différents organes de l'OP.*

121. *L'OP rappelle que le Conseil national a pris des initiatives dans trois des quatre procédures disciplinaires visées (voy. supra, paragraphe 66). L'OP note que la quatrième procédure disciplinaire dont il est question dans le Projet – celle concernant le pharmacien [CONFIDENTIEL] – n'a pas été initiée d'office par le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] ni à la requête du Conseil national de l'OP, mais sur plainte de pharmaciens individuels*[496]*.*

---

[492] Article 6, 2° de l'AR 80.

[493] Article 15, § 2, 3° de l'AR 80.

[494] Article 6, 4° de l'AR 80.

[495] Projet, page 50, paragraphe 180.

[496] Dossier Projet, MM, R. Annexe 67 Dossier disciplinaire de Mr [CONFIDENTIEL]et Dossier Projet, OP, C. vc annexe 10 décision 18042017 [CONFIDENTIEL]

122. *L'OP note par ailleurs que dans deux des affaires concernées, bien avant l'action du Conseil national, l'APB et/ou certains pharmaciens individuels avaient déjà pris l'initiative de saisir des Conseils provinciaux au sujet du comportement de pharmaciens du groupe MediCare-Market. Ainsi,*

- *la procédure concernant le pharmacien [CONFIDENTIEL] était déjà en cours au moment de l'intervention du Conseil national par lettre du 23 décembre 2015 ; l'APB (sic) ainsi que certains pharmaciens individuels avaient saisi le Conseil provincial concerné bien avant l'intervention du Conseil national ; le rapport de la séance du Conseil national du 22 janvier 2015, tant cité par l'Auditorat (mais ignoré sur ce point), l'atteste : « [CONFIDENTIEL]. »*

- *la procédure disciplinaire ouverte contre la pharmacienne [CONFIDENTIEL] (pharmacienne auprès de PharmaClic [CONFIDENTIEL]) résulte également de plaintes de pharmaciens individuels[497]. Cette procédure était déjà ouverte au niveau du Conseil provincial [CONFIDENTIEL] au moment de la lettre envoyée erronément par le Conseil national le 23 décembre 2015 au Conseil provincial [CONFIDENTEIL](sic).*

123. *Tout ceci est très parlant et dit beaucoup de l'efficacité de l'action du Conseil national. Dans ces deux affaires, l'intervention du Conseil national n'a rien ajouté ou changé. Ces deux procédures auraient eu lieu et auraient connu exactement le même déroulement en l'absence de toute initiative du Conseil national[498].*

124. *Le troisième cas est encore plus remarquable. Le 23 décembre 2015, le Conseil national a donc saisi le Conseil provincial [CONFIDENTIEL], à qui il a demandé d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre de la pharmacienne [CONFIDENTIEL, titulaire d'une pharmacie du groupe MediCare-Market [CONFIDENTIEL]. Il a fallu presque deux ans au Conseil provincial afin de prononcer… un avertissement, la sanction la plus légère. La pharmacienne [CONFIDENTIEL] n'a même pas trouvé utile d'interjeter appel contre cette décision.*

La correspondance, début 2016, entre le Conseil national et le Conseil provincial révèle non seulement l'indépendance de ce dernier, – contrairement à ce qu'allègue l'Auditorat lorsqu'il prétend que « (…) le Conseil national de l'OP, vu le rôle important qu'il occupe et son autorité morale, n'a pu qu'influencer les procédures disciplinaires à l'égard des pharmaciens titulaires (…) »[499] – mais surtout la réticence du Conseil national à intervenir dans la procédure disciplinaire. On est loin de la prétendue politique agressive d'éviction voire d'annihilation évoquée par l'Auditorat. En effet, après réception de la plainte, le Conseil provincial demande au Conseil national de produire un dossier spécifique concernant la pharmacie en question. Le Conseil national décline cette invitation, ce qui déclenche la remarque suivante du Conseil

---

[497] Communication, page 19, paragraphe 68.

[498] L'OP observe encore que la procédure disciplinaire contre [CONFIDENTIEL] (pharmacienne auprès de PharmaClic [CONFIDENTIEL]) est à nouveau la conséquence de plaintes de pharmaciens individuels, hors initiative ou contrôle de la part des organes de l'OP ; Dossier Projet, OP, C. vc annexe 11 plainte MM [CONFIDENTIEL].

[499] Projet, page 41, paragraphe 144.

provincial : « [CONFIDENTIEL]. » Et le Conseil national de répondre ensuite qu'il lui a paru « préférable de vous laisser instruire ce dossier, à charge et à décharge, en toute indépendance sans vous communiquer de pièces. De cette manière vous pourrez faire votre propre avis. »[500] *L'on est donc très loin de l'acharnement allégué et de la prétendue « autorité morale » écrasante du Conseil national à l'égard des instances disciplinaires. Il aurait par ailleurs été souhaitable que dans le cadre de son instruction, l'Auditorat suive également cette attitude objective, à charge et à décharge. Tous ces éléments (et bien d'autres) se trouvent dans le dossier d'instruction. L'Auditorat a préféré les ignorer, dès lors qu'ils ne lui convenaient pas.*

125. *L'OP précise encore que les Conseils provinciaux agissent sur la base d'une plainte d'un pharmacien ou d'un tiers, et pas uniquement d'office ou à la requête du Conseil national*[501]*. L'Auditorat est bien en peine d'expliquer comment des actions disciplinaires initiées sur la base de plaintes d'un pharmacien ou d'un tiers, et non à la requête du Conseil national de l'OP ou à l'initiative des Conseil provinciaux de l'OP, pourraient être rattachées à une prétendue « stratégie d'éviction » qu'aurait poursuivie l'OP vis-à-vis de MediCare-Market.*

126. *De toute évidence, l'initiative du Conseil national ne reflète pas une « stratégie d'éviction ». Si le Conseil national de l'OP avait effectivement eu l'intention de « remettre en cause le modèle même de MediCare-Market », il ne se serait pas limité à initier la poursuite de trois cas isolés mais aurait cherché à remettre en cause systématiquement le comportement de l'ensemble des pharmaciens exerçant leur profession au sein du groupe MediCare-Market, sur la base des dispositions du Code de déontologie pharmaceutique, ce qu'il n'a pas fait (ainsi, il est possible de citer une dizaine d'exemples de pharmaciens du groupe contre lesquels aucune action n'a été entreprise*[502]*). Dans le Projet, L'Auditorat reste toujours en défaut de démontrer en quoi les poursuites disciplinaires intentées à l'encontre de ces trois personnes viseraient à ébranler « le modèle même de MediCare-Market », et en quoi ces poursuites fausseraient le jeu de la concurrence.*

127. *L'action du Conseil national ne s'apparente pas à une restriction de nature anti-concurrentielle. Sur la base de nombreuses plaintes reçues de ses membres*[503]*, d'une pression politique (voy. infra paragraphe 332) et d'une analyse concrète des modalités d'organisation du point de vente « pilote » MediCare-Market (comme cela se présentait début 2015), le Conseil national s'est interrogé sur la compatibilité de ces*

---

[500] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 45 lettre pharmacien instructeurs OP ; Dossier Projet, OP, B. vc annexe 46 lettre pharmacien instructeurs OP ; Dossier Projet, OP, B. vc annexe 47 réponse pharmacien instructeur à OP et Dossier Projet, OP, B. vc annexe 48 réponse OP à pharmacien instructeur.

[501] Article 20, § 1er, alinéa 1er de l'AR 80.

[502] Les pharmaciens [CONFIDENTIEL].

[503] Ces plaintes se trouvent dans le dossier d'instruction mais ont été ignorées par l'Auditorat, voir Dossier Projet, OP, B. vc annexe 38 lettre ouverte à l'OP concernant MM ; Dossier Projet, OP, B. vc annexe 39 lettre concernant demande transfert pharmacie ; Dossier Projet, MM, A. annexes 24.1 à 24.5 plaintes OP procédure disciplinaire ; Dossier Projet, MM, A. annexe 25 plainte collective pharmacies [CONFIDENTIEL] et Dossier Projet, MM, R. Annexe 25 Plainte Collective.

modalités avec les dispositions du Code de déontologie. C'est ainsi que, conformément à sa mission, le Conseil national a jugé, en âme et conscience, après mûre réflexion et maints pourparlers avec les responsables de MediCare-Market, de soumettre la question aux instances disciplinaires compétentes.

128. *De façon plus générale, par le truchement de ses organes, l'OP exécute les tâches disciplinaires qui lui ont été confiées par le législateur (voy. supra, paragraphe 49) en respectant et en appliquant, au cas par cas, les dispositions de l'AR 80, de l'AR du 29 mai 1970 et du Code de déontologie pharmaceutique aux situations portées à la connaissance des organes compétents. Il n'est pas question, pour ces organes de l'OP, d'éviter « à tout prix » l'évolution de nouveaux venus et/ou de mettre en place « une stratégie tendant à écarter les nouveaux entrants potentiels ou actuels au profit des pharmacies traditionnelles »[504]. En ce qui concerne les procédures disciplinaires, le raisonnement de l'Auditorat est entaché d'erreurs. Il ne présente pas d'éléments factuels propres à démontrer la stratégie d'éviction que l'OP aurait mise en place.*

129. *L'OP ajoute encore que le déroulement et le résultat des trois procédures disciplinaires concernées (dont deux étaient déjà en cours et n'ont même pas été entamées par le Conseil national) démontrent bien l'absence de toute stratégie coordonnée ou délibérée. Trois instances disciplinaires ont été saisies, essentiellement des mêmes faits. Dans le premier cas, aucune sanction n'a finalement été retenue. Le deuxième cas a abouti à un avertissement, tandis que dans le troisième cas, une suspension de trois mois a été prononcée. Cette divergence démontre par ailleurs bien l'appréciation autonome des instances disciplinaires et le manque d'emprise du Conseil national sur ces instances. La seule référence par l'Auditorat à des « similarités frappantes entre l'argumentaire développé dans la plainte du Conseil national de l'OP et le raisonnement des conseils provinciaux »[505] – est insuffisante pour démontrer une influence potentielle du Conseil national sur les décisions des conseils provinciaux. Chacun des conseils provinciaux a apprécié les faits qui lui ont été présentés de façon autonome. Les similarités détectées par l'Auditorat s'expliquent sans doute mieux par les éléments factuels qui étaient plutôt univoques. L'OP note encore que l'allégation de l'Auditorat selon laquelle « rien n'indique que [les trois procédures disciplinaires] auraient été diligentées de la même manière »[506] en l'absence les saisines du Conseil national renverse, à tort, la charge de preuve et est purement spéculative. Cette allégation est en outre erronée, comme les décisions le démontrent.*

130. *En termes d'impact concret de l'action du Conseil national, l'on constate que dans le seul cas où un lien aurait pu être établi entre l'action du Conseil national et une décision disciplinaire – c'est-à-dire, l'affaire concernant la pharmacienne [CONFIDENTIEL] – la procédure a conduit, près de deux ans plus tard, à un avertissement (qui n'a même pas été contesté par la pharmacienne concernée), rien de plus. Cela en dit long sur l'efficacité de l'action de l'OP. Si stratégie d'éviction il y avait eu, quod non, l'on ne peut que constater son échec total.*

---

[504] Projet, page 66, paragraphe 256.

[505] Projet, page 48, paragraphe 170.

[506] Projet, page 48, paragraphe 170.

131. *L'OP note par ailleurs que l'Auditorat passe également sous silence une décision comme celle du Conseil provincial de [CONFIDENTIEL], saisi sur plaintes de pharmaciens individuels (et non pas du Conseil national), concluant dans ce dossier à l'absence de preuves d'irrégularités dans la pharmacie de MediCare-Market [CONFIDENTIEL][507]. Le Conseil national a tout simplement pris connaissance de cette affaire et n'a pas interjeté appel contre cette décision. À nouveau, il ne peut être question d'acharnement.*

132. *Enfin, l'OP ajoute qu'une action disciplinaire devant le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] a également été intentée sur la base d'une plainte de MediCare-Market. Le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] a connu, en l'espèce, de propos dénigrants tenus sur Facebook par un pharmacien belge à l'encontre des pharmaciens de MediCare-Market[508]. Dans cette affaire, le Conseil national de l'OP a fait appel[509] contre la décision du Conseil provincial [CONFIDENTIEL] d'acquitter le pharmacien concerné[510]. Si le but du Conseil national de l'OP était réellement l'annihilation du « groupe MediCare-Market », cette démarche n'aurait pas été entreprise. Ceci démontre donc que l'OP n'a pas pour vocation de poursuivre des acteurs particuliers, mais bien de s'acquitter de sa tâche légale (c'est-à-dire faire respecter les règles applicables dans l'intérêt des patients et dans un but de protection de la santé publique). L'Auditorat a pris connaissance de cet élément[511] mais a décidé de l'ignorer car il n'entre pas dans son récit.*

iii. L'action en cessation

133. *L'Auditorat prétend que l'action intentée par l'OP contre l'ensemble des sociétés qui, à l'époque de l'action en cessation, constituaient le groupe MediCare-Market, concrétise une volonté de l'OP de s'attaquer au « concept MediCare-Market ». Ce raisonnement n'est pas correct. L'OP a cité l'ensemble des sociétés du groupe avec pour objectif de faire respecter la législation applicable aux soins pharmaceutiques, aux produits de santé délivrés en magasin et/ou en officine pharmaceutique, et aux pratiques commerciales déloyales, par les sociétés ayant commis des infractions. Cela comprend à la fois les pharmacies, les parapharmacies et la holding représentant l'intérêt de l'ensemble des sociétés. Ce choix s'imposait par la nature de la procédure en cessation.*

134. *C'était par ailleurs à la demande du juge que l'OP a présenté un tableau détaillé listant, l'une après l'autre, les infractions reprochées à chaque société du groupe[512]. Le fait que le juge ait décidé que ce*

---

[507] Dossier Projet, OP, C. vc annexe 11 plainte MM [CONFIDENTIEL].

[508] Dossier Projet, MM, R. Annexe_5. FACEBOOK ; il est fait référence à cette affaire dans la décision concernant des mesures provisoires au paragraphe 49 : « *Le Collège ne dispose pas de preuves que les références à la politique de prix de la Requérante dans la presse soient imputables à des décisions de la Défenderesse, mais un membre suppléant du Conseil national de la Défenderesse s'est prononcé dans des termes pour le moins surprenants indiquant clairement sa conviction que la Défenderesse doit s'opposer à une politique commerciale qui vise à limiter les prix des médicaments sans prescription et autres produits vendus en pharmacie* ».

[509] Dossier Projet, OP, L. Annexe 6.

[510] Dossier Projet, OP, L. Annexe 7.

[511] Projet, page 36, paragraphe 123.

[512] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 2 tableau des infractions reprochées.

tableau n'était pas suffisant pour déterminer précisément ce qui était reproché à chacun des défendeurs, n'est donc pas la preuve d'un quelconque « acharnement » à l'encontre des sociétés concernées ou du « modèle MediCare-Market ».

135. *L'OP rappelle également que son Conseil national a choisi de ne pas interjeter appel contre la décision du Président du Tribunal de Commerce du Brabant Wallon du 5 octobre 2016 intervenue dans cette procédure. L'OP aurait soutenu une approche différente s'il avait effectivement voulu entraver à tout prix ou empêcher le développement du « groupe MediCare-Market », ce qui n'a donc pas été le cas. L'Auditorat ne peut être rejoint lorsqu'il ajoute que « si le Conseil national de l'OP avait agi dans le cadre de sa mission d'intérêt public, il n'aurait pas acquiescé au jugement du président du tribunal de commerce »[513]. Sans aucun doute, l'Auditorat aurait considéré un appel comme une nouvelle « preuve » (ou indice) de la stratégie d'éviction prétendue. Arguer, comme le fait l'Auditorat, que l'OP n'aurait pas agi en vertu de sa mission publique en acquiescant au jugement en cessation, témoigne de la mauvaise foi de l'Auditorat.*

136. *Le procès d'intention qui est fait à l'OP n'est pas cohérent lorsque l'on considère l'attitude de l'OP dans le cadre de la phase de conciliation qui a précédé l'action en cessation. Si l'OP avait voulu évincer MediCare-Market, comme le soutient l'Auditorat, il aurait agi sans tarder en cessation (une possibilité qui avait été mentionnée par la juriste de l'OP lors de la séance du Conseil national du 22 janvier 2015[514]) et aurait fait l'économie de plusieurs mois de discussions. Les raisons pour lesquelles l'OP s'est retiré de la procédure de conciliation entre l'OP et MediCare-Market sont décrites dans des conclusions de l'OP dans l'action en cessation[515] :*

> *« [CONFIDENTIEL]»*

137. *Au vu de ce qui précède, l'on comprend difficilement pourquoi l'Auditorat continue à déclarer que l'OP a décidé « de rompre <u>brutalement</u> la procédure de conciliation alors que celle-ci était en cours et progressait depuis le mois de mai (…) (c'est l'OP qui souligne) »[516] et utilise ce fait pour établir un « faisceau d'indices » construit de toutes pièces.*

iv. Conclusion

138. *Dans le Projet, l'Auditorat remet en cause non seulement les <u>décisions</u>[517] d'intenter ou de poursuivre les procédures disciplinaires et l'action en cessation précitées, mais également l'<u>argumentaire</u>[518] défendu par l'OP dans ces affaires, jugé incohérent et incorrect.*

---

[513] Projet, page 45, paragraphe 158.

[514] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 3 rapport séance CN 22012015.

[515] Dossier Projet, MM, R. Annexe 20 Conclusions OP cessation, paragraphes 22 et suivantes.

[516] Projet, paragraphe 145.

[517] Projet, point III.3.1.a, iii) ; Communication, point III.3.1.c, i) ; Communication, point III.3.1.c, ii).

[518] Voy. par exemple les analyses de fond présentées au point III.3.1.a, iii) du Projet concernant le fond des litiges.

139. *Or, nulle part l'Auditorat n'établit à l'aide d'éléments concrets :*

(i) que les décisions et l'argumentaire de l'OP seraient non seulement « incohérents » ou « incorrects », mais également anti-concurrentiels.

L'OP rappelle, à cet égard, que les procédures et débats disciplinaires et judiciaires qui ont eu lieu entre les parties concernées par l'instruction sont indépendants de toute intervention de l'ABC, qui n'a compétence ni pour se prononcer en matière disciplinaire, ni pour apprécier ou commenter la conformité ou les infractions à la législation pharmaceutique ou des pratiques du marché (voy. infra, paragraphes 206 à 208);

(ii) que les décisions et l'argumentaire de l'OP n'auraient pas pour but de faire respecter la déontologie pharmaceutique et la loi belge, mais de fausser le jeu de la concurrence (quod non).

140. *Quand bien même il pourrait être accepté que la simple décision d'introduire les procédures disciplinaires et l'action en cessation puisse constituer une infraction au droit de la concurrence – quod non (voy. infra, paragraphes 234 à 249) – il semble difficile d'accepter que l'Auditorat puisse se contenter de faire valoir cet argument à titre principal pour conclure à l'existence d'une telle infraction.*

En effet, l'on pourrait s'attendre, à tout le moins, à ce que l'Auditorat présente des éléments de preuve suffisamment précis et concordants permettant de conclure que l'OP aurait effectivement visé à empêcher le développement du modèle MediCare-Market, voire à l'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens. Or, la défense des intérêts juridiques et déontologiques poursuivie par l'OP dans le cadre des procédures concernées ne constitue pas un tel élément de preuve. La défense de ces intérêts ne constitue pas d'avantage la poursuite « de prétendus manquements à la déontologie et à la loi, dans le but d'entraver ou d'empêcher le développement de [MediCare-Market] », mais bien l'exercice de droits légaux et de compétences règlementaires.

141. *Partant, ces décisions de l'OP sont difficilement conciliables avec le constat de l'Auditorat selon lequel l'OP aurait « par la stratégie mise en place, poursuivi le groupe concerné pour de prétendus manquements à la déontologie et à la loi, dans le but d'entraver ou d'empêcher le développement de ce groupe (c'est l'OP qui souligne) »*[519]*. Chaque manquement répondait à une violation potentielle clairement identifiée, et le cas échéant sanctionnée par l'instance compétente, des dispositions du Code de déontologie pharmaceutique ou de la loi belge. L'attitude de l'OP dans le cadre des procédures disciplinaires et de l'action en cessation a été constructive, privilégiant une approche mesurée, au cas par cas. La construction des faits de l'Auditorat ne peut être soutenue.*

142. *Sur cette base, il est clair que, en soi, l'OP ne s'oppose pas au modèle MediCare-Market ou à l'engagement de pharmaciens par d'autres chaines de distribution pour autant que les pharmaciens concernés respectent la loi et la déontologie pharmaceutique.*

[519] Projet, page 66, paragraphe 255.

143. *L'OP note que l'Auditorat (et, par ailleurs, MediCare-Market) n'explique(nt) pas en quoi les pratiques remises en question par l'OP seraient nécessaires au développement du modèle MediCare-Market. En effet, on perçoit difficilement comment ce modèle aurait pu être mis en danger si (i) les patients/clients de MediCare-Market n'étaient plus induits en erreur sur la responsabilité et le rôle précis des pharmaciens concernés dans le cadre de la vente de produits parapharmaceutiques dans la soi-disant parapharmacie distincte et (ii) si les promotions et ristournes étaient faites d'une manière qui n'a pas d'impact sur la crédibilité des mêmes pharmaciens et qui ne stimule pas la surconsommation de médicaments. L'OP note en outre que son action ne concerne que les pharmaciens qui opèrent dans le cadre de la formule mixte pharmacie/parapharmacie. Au vu de la taille et du nombre limité des pharmacies, il suppose que les activités des pharmaciens ne représentent qu'une partie marginale des activités du groupe MediCare-Market. Son action ne touche pas à la grande majorité des points de vente du groupe MediCare-Market.*

144. *Dans le contexte du dernier point, l'OP note encore l'étrange argument de l'Auditorat selon lequel il faut établir une distinction entre l'achat et la consommation de médicaments*[520]*. Selon ce raisonnement, l'achat de médicaments en soi ne peut pas mener à une surconsommation des médicaments en question. Raisonnement étrange, dont l'absurdité frappe encore plus si l'on l'applique à des drogues ou à des armes. Il semble plutôt raisonnable de partir de l'hypothèse selon laquelle un patient achète des médicaments afin de les utiliser (compte tenu également de la durée de conservation limitée de ces produits). Ceci démontre à nouveau le manque de sérieux de l'Auditorat et son approche « flèches de tout bois ».*

1.2. <u>Concernant l'argumentation de la confusion</u>

145. *L'Auditorat se réfère à l'argumentation invoquée par le Conseil national de l'OP dans l'action en cessation et aux développements des Conseils provinciaux et Conseils d'appel de l'OP dans les procédures disciplinaires, au sujet de la confusion qui existait, lors de l'introduction de ces procédures, entre les espaces des pharmacies et parapharmacies du « groupe MediCare-Market » dans le cas où les uns étaient accolés aux autres.*

146. *L'Auditorat considère, en référence à la décision du Collège de la concurrence concernant la demande de mesures provisoires de MediCare-Market, que le raisonnement de l'OP à cet égard est « incohérent »*[521]*. A cet égard, l'Auditorat conclut que :*

> *« L'argumentation de la confusion ne peut dès lors s'expliquer que par l'existence d'une stratégie de l'Ordre des pharmaciens visant à empêcher le développement du groupe MediCare-Market, voire à l'évincer du marché des services prestés par les pharmacies ».*[522]

[520] Projet, page 83, paragraphe 329.

[521] Projet, page 21, paragraphe 73 et Communication, page 22, paragraphe 79.

[522] Projet, page 22, paragraphe 83, en référence à la décision n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017.

L'OP ne rejoint pas les considérations faites par l'Auditorat dans le Projet, ni les conclusions qui en sont tirées au sujet de l'argumentation de la confusion. Quant aux observations du Collège citées par l'Auditorat[523], l'OP note qu'elles sont basées sur un examen prima facie.

147. *L'OP ne peut tout d'abord se résoudre à accepter que (voy. infra, paragraphes 206 à 208):*

(i) l'ABC puisse s'exprimer sur le fond des affaires disciplinaires réservées par le législateur à la compétence des Conseils provinciaux, des Conseils d'appel, et de la Cour de cassation en dernier recours ; et

(ii) l'ABC s'arroge la compétence d'interpréter et d'appliquer des législations autres que les articles 101 et 102 du TFUE et les articles du Livre IV du CDE, telles que la législation relative à la publicité pour les médicaments à usage humain, les dispositions du Livre VI du CDE, et les autres dispositions de droit belge invoquées dans le cadre de l'action en cessation.

C'est donc sous réserve de ces deux éléments que l'OP présente les explications ci-dessous, en réponse au Projet de l'Auditorat.

148. *Il est difficile de comprendre en quoi une interprétation supposément erronée de la loi belge et de la déontologie, par le Conseil national, dans le cadre de l'action en cessation et des procédures disciplinaires (aujourd'hui clôturées), puisse impliquer une intention d'évincer MediCare-Market du marché des services fournis par les pharmaciens.*

Comme indiqué ci-dessus (supra, paragraphe 139), il ne suffit pas à l'Auditorat d'affirmer que l'OP aurait eu tort de considérer que le concept de MediCare-Market entretenait et reposait sur la confusion entre l'espace consacré à la pharmacie et celui consacré à la parapharmacie. Il reste encore à l'Auditorat à démontrer que l'argumentation de l'OP défendue dans l'action en cessation et les procédures disciplinaires n'est pas seulement incorrecte mais s'apparenterait à des prétextes ou de fausses raisons visant in fine à évincer le « groupe MediCare-Market » du marché. Il reste également à établir que la motivation de l'OP n'aurait rien à voir avec la volonté de faire respecter la loi et la déontologie, conformément à son objet. Or, l'Auditorat reste en défaut d'apporter les éléments de preuve nécessaires à cet égard.

149. *La motivation de l'OP est expliquée clairement et en détail dans les conclusions de synthèse déposées dans le cadre de la procédure en cessation (en particulier, les paragraphes 99 à 102). Ces éléments sont repris en Annexe 1 et l'OP invite le Collège à en prendre connaissance. Ils démontrent que l'OP n'a pas entamé cette procédure à la légère.*

i. MediCare-Market n'est pas comparable à une pharmacie « traditionnelle »

150. *La prémisse de base de l'Auditorat est que la formule développée par MediCare-Market ne diverge en rien de l'agencement des pharmacies dites « traditionnelles ». Il en résulte, selon l'Auditorat, qu'il aurait été incohérent pour l'OP de poursuivre MediCare-Market sur la base d'une thèse de confusion alors qu'il*

[523] Projet, page 22, paragraphe 82.

ne fait rien contre les pharmacies « traditionnelles » qui entretiendraient la même confusion. Ce raisonnement est la base de la thèse selon laquelle l'OP aurait cherché à évincer le nouvel entrant MediCare-Market du marché.

151. *L'OP a déjà expliqué ci-dessus (supra, paragraphe 130) que cette prémisse est fausse et qu'il existe une distinction fondamentale entre la formule développée par MediCare-Market, du moins telle qu'elle se présentait début 2015[524], et celle des pharmacies dites « traditionnelles ». Cet argument de l'Auditorat doit donc être écarté.*

152. *La deuxième prémisse de base de l'Auditorat est que la formule de pharmacie/parapharmacie mixte constitue le cœur-même du modèle MediCare-Market. L'OP a déjà démontré ci-dessus qu'il n'en est rien, et que c'était déjà le cas au moment de l'intervention de l'OP en 2015. En effet, dans cette période MediCare-Market avait déjà lancé une (vaste) parapharmacie seule (à Waterloo) qui n'était pas concernée par l'action de l'OP. Depuis lors, la formule mixte de MediCare-Market est devenue de plus en plus minoritaire.*

ii. Propos tenus au Conseil national du 22 janvier 2015

153. *Pour soutenir sa thèse, l'Auditorat se réfère ensuite (et essentiellement) au compte-rendu de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015[525]. Il conclut, sur cette base, que les membres du Conseil national : « craignent que le modèle MediCare-Market, qui consiste à offrir conjointement les services d'un pharmacien et d'un large espace de parapharmacie, ne prolifère et, notamment, qu'il soit repris par les grandes enseignes de la distribution »[526]. L'Auditorat cite dans ce cadre le [CONFIDENTIEL] qui affirme, lors de la réunion du 22 janvier 2015, que « [CONFIDENTIEL] »[527].*

154. *L'OP note que [CONFIDENTIEL] est un des seize membres du Conseil national. Ses propos n'engagent que lui-même et ne reflètent pas une position quelconque du Conseil national. La seule position adoptée par le Conseil national est celle décrite à la fin du point 5 du compte-rendu, sous l'intitulé « Conclusion ». Cette conclusion ne peut être plus claire. En effet, il en résulte que le Conseil national n'a pas du tout suivi l'avis [CONFIDENTIEL]. Il n'a même pas pris position. Le Conseil national a simplement décidé de consulter un avocat spécialisé. Rien de plus.*

155. *En outre, l'intervention [CONFIDENTIEL] est sortie de son contexte. Elle tend à éviter que (i) MediCare-Market puisse échapper aux conséquences des infractions (telles que constatées par l'OP) en échappant au contrôle du juge judiciaire et/ou des organes disciplinaires de l'OP et (ii) des produits de santé ou de bien-être (qu'ils s'agisse de produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien ou de produits de parapharmacie) puissent être vendus par toute enseigne commerciale supposément sous supervision d'un*

[524] Il faut bien entendu évaluer les actions de l'OP à l'aune des circonstances qui étaient en vigueur à l'époque où l'OP à pris les décisions en question.

[525] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 3 rapport séance CN 22012015.

[526] Projet, page 23, paragraphe 84.

[527] *Ibid*.

pharmacien – donnant un caractère plus fiable aux produits – sans que la délivrance de ces produits s'effectue effectivement sous la supervision d'un pharmacien et que ce dernier assume sa responsabilité.

156. *La déclaration [CONFIDENTIEL] n'est ni indicative ni constitutive d'une crainte de la concurrence que les enseignes commerciales de distribution pourraient susciter dans le chef de l'OP. Elle est toutefois fondée dès lors qu'elle exprime la nécessité de voir les principes législatifs et déontologiques exposés ci-dessus (voy. supra, paragraphes 28 et seq. et paragraphes 56 et seq.) respectés par toute chaîne de distribution qui souhaiterait engager des pharmaciens afin de vendre des produits de santé ou de bien-être (qu'il s'agisse de produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien ou de produits de parapharmacie) afin de conférer à ces produits un caractère plus fiable, sans que les pharmaciens engagés soient véritablement responsables de leur délivrance et du conseil apporté au patient ou consommateur acheteur.*

157. *Ceci ressort d'ailleurs clairement des lettres envoyées, par le Conseil national de l'OP, aux Conseils provinciaux de l'OP*[528] *(souligné par l'OP):*

> *« (…) Le Conseil national est d'avis que le simple fait, pour une pharmacie, de se trouver dans un complexe purement commercial ne constitue pas en soi une infraction à la déontologie. Il en va cependant tout à fait différemment lorsqu'il ressort des circonstances de fait que cette localisation porte atteinte à l'identité spécifique de la pharmacie. Le conseil national est d'avis qu'il en va ainsi des pharmacies du groupe MEDI MARKET car la manière dont la pharmacie et la parapharmacie ont été conçues et agencées crée la confusion entre les deux espaces physiques, ce qui risque inévitablement de donner au patient l'impression que le pharmacien s'inspire principalement de considérations d'ordre commercial [contraire à l'article 15 AR 80 et article 101 du code déontologique] – publicités tapageuses, promotions exceptionnelles, … - qui prévalent dans l'espace de parapharmacie, qui a un accès et un lien opérationnel directs avec l'espace de la pharmacie. (…) »*

158. *Enfin, l'OP rappelle que d'autres grands groupes comparables au « modèle MediCare-Market » proposent simultanément aux patients des produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien et des produits de parapharmacie. Il s'agit, par exemple, du groupe de pharmacies Multipharma (www.multipharma.be) dont font partie les parapharmacies iU (www.iu.be). Le groupe Multipharma établit une distinction claire entre les officines pharmaceutiques Multipharma et les magasins parapharmaceutiques iU. D'une part, le groupe Multipharma semble agir conformément à la déontologie pharmaceutique et ne cherche pas à attirer les consommateurs des parapharmacies iU vers les pharmacies Multipharma, ni l'inverse. Pour cette raison, le Conseil national de l'OP n'a pas initié de procédures disciplinaires à l'encontre des pharmaciens relevant du groupe Multipharma (sans préjudice des*

[528] Projet OP, B. vc annexe 42 lettre présidente CP [CONFIDENTIEL] 23122015 ; Dossier Projet, OP, B. vc annexe 43 lettre présidente CP [CONFIDENTIEL] 23122015 et Dossier Projet, OP, B. vc annexe 44 lettre présidente CP [CONFIDENTIEL]23122015.

procédures disciplinaires initiées par des pharmaciens ou tiers plaignants)[529]*. D'autre part, le groupe respecte scrupuleusement le canal de distribution des produits de santé imposé par le législateur et regroupe les achats en ligne sur le site internet unique de la pharmacie, agréé par l'AFMPS, placé sous le contrôle du pharmacien responsable*[530]*. L'OP ne cherche donc pas à empêcher le développement des nouveaux entrants sur le marché ou de nouvelles formules de distribution, ni à les évincer du marché des services prestés par les pharmacies, pour autant qu'ils se conforment aux canaux de distribution des produits de santé fixés par le législateur, à la législation relative aux soins pharmaceutiques et, pour les pharmaciens, au Code de déontologie pharmaceutique.*

iii. Concernant la position de l'Auditorat selon lequel l'argument de la confusion serait une construction artificielle

159. *Dans le Projet, l'Auditorat explique qu'il n'y aurait pas eu de risque de confusion en ce que « [d]ès le départ, les espaces pharmacie et parapharmacie ont été physiquement séparés dans le modèle MediCare-Market, le pharmacien ne jouant aucun rôle dans la commercialisation des produits de parapharmacie. Cette séparation a encore été accentuée par les aménagements substantiels que MediCare-Market a volontairement accepté d'apporter à son modèle de distribution, sans le dénaturer, à partir de janvier 2015. Ainsi, sont intervenues entre janvier et octobre 2015 les modifications suivantes : site web, logo et enseigne spécifiques pour la pharmacie désormais dénommée PharmaClic, système de caisses spécifiques à chaque entité, installation de portes vitrées coulissantes entre la pharmacie et la parapharmacie, vêtement de couleur différente, fonds musicaux différents, … ».*[531]

160. *L'OP conteste cette appréciation de la part de l'Auditorat. Tout d'abord, les modifications que MediCare-Market aurait volontairement accepté d'apporter à son modèle démontrent que le risque de confusion était bien réel*[532]*. Ces modifications n'étaient cependant pas suffisantes pour éliminer le risque existant. Dans le contexte de la procédure en cessation, l'OP s'est ainsi référé aux éléments suivants*[533]*:*

- *Toute personne souhaitant payer en espèces dans la pharmacie devait se rendre dans l'espace de la parapharmacie*[534]*;*

[529] Dossier Projet, MM, AD. Annexe 2_[CONFIDENTIEL] - conclusions OP : « [CONFIDENTIEL]. »

[530] En vertu de l'article 2, deuxième alinéa, de l'AR Pharmaciens.

[531] Projet, page 43, paragraphe 149.

[532] Risque qui, par ailleurs, à nouveau augmente avec le changement de la dénomination Pharmaclic, voy. paragraphe 73 *supra*.

[533] Voir le document en Annexe 1, paragraphes 99-102.

[534] Tel qu'indiqué dans la presse par Yvan Verougstraete (voy. Annexe 13, 13.12) et établi par constat d'huissier (voy. **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**Annexe 13, 13.4, 13.6, 13.8 et 13.2)

- *Les pharmacies du groupe MediCare-Market étaient peu soucieuses des souhaits des patients et n'hésitaient pas à les envoyer dans l'espace de la parapharmacie et ce, même si ces patients n'avaient pas manifesté le moindre souhait de s'y rendre*[535] *;*

- *Des produits dont la vente est réservée exclusivement aux pharmacies sont vendus en parapharmacie (dans les magasins*[536] *et sur le site http://medi-market.be, voy. aussi ci-dessus au paragraphe 38) ;*

- *La communication (website, e-mails, Facebook et la presse) faite par la parapharmacie qui donne l'impression qu'elle est en fait une pharmacie (comme déjà indiqué au paragraphe 73 ci-dessus, MediCare-Market a relancé ses efforts à cet effet ; on peut se référer à cet égard à l'introduction du nom « Pharmacy by Medi Market Group » remplaçant l'enseigne plus neutre Pharmaclic, à l'article de presse parue dans La Libre Entreprise du 10 novembre 2018*[537] *qui indique clairement que les parapharmacies de MediCare-Market sont aussi considérées comme des pharmacies, à l'article récent du magazine Trends/Tendances présentant la stratégie du groupe ou à la photo de la pharmacie à Louvain qui utilise le nom commercial Medi-Market (et non PharmaClic)*[538] *; et*

- *Le flux du personnel entre la pharmacie et la parapharmacie et le fait que des pharmaciens se trouvent également dans l'espace de la parapharmacie*[539]*.*

161. *Le raisonnement de l'OP ne peut donc pas simplement être distillé à la considération « que la simple proximité physique du pharmacie (par rapport à l'espace parapharmacie), inhérente à la configuration des lieux dans le modèle MediCare-Market, aggraverait le risque de santé publique encouru par le consommateur/patient par rapport à d'autres formules telles que iU. »*[540] *A nouveau, l'Auditorat réduit les thèses de l'OP à une caricature et évite le vrai débat. Il ressort abondamment et clairement du dossier*

---

[535] Tel qu'établi par constat d'huissier, voy. (13.8).

[536] A titre illustratif, la lettre de MediCare-Market du 12 octobre 2018 (réponse à la demande de renseignements de l'Auditorat du 4 octobre 2018) contient quelques constats de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne Alimentaire en ce sens. Voy. Dossier Projet, MM, AY6. Annexe 4 ; AY7. Annexe 5 ; AY8. Annexe 6, AY9. Annexe 7, AY10. Annexe 8 et AY11. Annexe 9.

[537] Voy. Annexe 4, « *En moins de 4 ans, Yvan Verougstraete a créé une chaîne de pharmacies low cost : Medi-Market.* » et « *(…) Medi-Market, catalogué hypermarché de la pharmacie.* ». Voy. aussi Annexe 5, « *(…) la chaîne de (para)pharmacies (…)* ».

[538] Voy Annexe 7.

[539] Voy. notamment Annexe 13Erreur ! Source du renvoi introuvable. et les différents constats d'huissiers (13.5 à 1 3.8).

[540] Projet, page 43, paragraphe 150.

que ce n'est pas la « simple proximité physique » qui est remise en question, cette proximité n'étant d'ailleurs nullement « inhérente à la configuration des lieux dans le modèle MediCare-Market », en témoignent les multiples parapharmacies et pharmacies seules de ce groupe.

162. *Enfin, il est incorrect de conclure que l'OP n'avait aucun motif raisonnable de poursuivre MediCare-Market et que l'OP n'aurait agi « que par la volonté de limiter la concurrence en évinçant un concurrent majeur des pharmaciens concernant la vente des produits de parapharmacie (…) ».*[541] *Il y avait bel et bien des éléments objectifs qui, dans le cas spécifique des pharmacies/parapharmacies mixtes de MediCare-Market, créaient un risque de confusion et donc une base légitime à l'action de l'OP.*

1.3. Concernant les déclarations de certains membres du Conseil national

163. *Selon l'Auditorat, les déclarations de deux membres du Conseil national de l'OP indiqueraient une stratégie d'éviction et représenteraient par ailleurs le point de vue de l'OP*[542]*.*

164. *Il n'en est rien. A nouveau, les opinions exprimées par ces deux membres n'engagent que ceux-ci. On constate par ailleurs que le Conseil national ne les a pas suivis.*

i. Le rapport de la réunion du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015

165. *Lors de la réunion du 22 janvier 2015, deux membres du Conseil national ont indiqué vouloir agir contre MediCare-Market le plus rapidement possible étant donné que « Médicare market est en train de se mettre en conformité avec la réglementation »*[543]*. L'Auditorat conclut, sur cette base, que le but de l'OP est avant tout d'attaquer MediCare-Market et non d'obtenir qu'il se conforme à la législation.*

166. *Le raisonnement de l'Auditorat n'est pas correct et il est essentiel de considérer les déclarations de ces deux membres dans le contexte de toute la conversation (souligné par l'OP):*

« [CONFIDENTIEL] ».

167. *Les déclarations concernées font suite au constat de l'inspecteur de l'AFMPS ([CONFIDENTIEL]), concernant l'aspect de confusion parapharmacie/pharmacie. Elles ne se limitent toutefois pas à ce point.*

Il est question, plus généralement, « de dénoncer l'amalgame de surfaces, de vérifier le registre du personnel, la comptabilité unique ou séparée pour les deux activités, le stockage des produits, etc. ». De même, les déclarations ne sont pas limitées à une possible intervention judiciaire, mais considèrent l'ensemble des infractions constatées par l'OP, y compris les infractions au Code de déontologie, afin d'y mettre fin. Partant, la déclaration précitée n'a pas pour objectif « avant tout d'attaquer MediCare-Market », mais bien d'assurer que les points de vente MediCare-Market se conforment à l'ensemble des obligations qui leur incombent.

---

[541] Projet, page 45, paragraphe 157.

[542] Projet, page 20, paragraphe 69.

[543] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 3 rapport séance CN 22012015.

168. *Dans ce contexte, ce n'est pas à l'OP d'évaluer la crainte des deux membres du Conseil national de l'OP, de lister les justifications qui pourraient expliquer une telle crainte et d'établir si cette crainte était justifiée. C'est en effet à l'Auditorat de démontrer, à l'aide de faits concrets (et non en se limitant à scruter les intentions de certains membres du Conseil national) que l'OP n'avait aucune raison valable de penser que les sociétés du « modèle MediCare-Market » ne se mettraient pas promptement en règle, et que l'OP avait pour seul objectif d'attaquer ce « modèle », et non de faire respecter la loi et la déontologie. Or, le Projet ne contient pas d'éléments de preuve concordants à cet égard.*

169. *L'OP note encore que l'avis [CONFIDENTIEL], insistant sur une intervention rapide, n'a pas été suivi par le Conseil national. Comme cela a déjà été évoqué ci-dessus, le compte-rendu acte une décision de consulter un avocat spécialisé (et le Conseil national s'est ensuite lancé dans des pourparlers avec MediCare-Market). Le compte-rendu fait clairement état de deux visions opposées : celle qui plaidait pour une intervention rapide (avis [CONFIDENTIEL]) et la deuxième, défendue par le magistrat [CONFIDENTIEL], qui préconisait une approche plus prudente. Force est de constater que le Conseil national a suivi le conseil de son magistrat. L'OP rappelle que sa décision d'intervenir est intervenu presqu'un an plus tard, fin décembre 2015. C'est donc à tort que l'Auditorat, pour soutenir sa thèse d'une stratégie d'éviction, s'appuie sur des propos tenus par deux membres du Conseil national en janvier 2015, dont l'avis n'a pas été suivi.*

170. *Enfin, l'OP conteste la suggestion implicite de l'Auditorat selon laquelle, après la réunion du 22 janvier 2015, l'OP serait devenu plus prudent (au moins dans les apparences) en ne reproduisant plus in extenso, dans les procès-verbaux, les discussions intervenues au sein du Conseil national[544]. Suite à la réunion du 22 janvier 2015, les positions de part et d'autre étaient bien connues et il n'était donc plus nécessaire de les réitérer, l'OP ne pouvant par ailleurs pas concevoir, à cette époque, que ces procès-verbaux puissent ultérieurement faire partie du dossier de l'Auditorat. L'OP note encore que le « très long échange de vues »[545] décrit par l'Auditorat à la lecture du procès-verbal de la réunion du 22 octobre 2015 démontre plutôt une divergence de points de vue – sans quoi l'échange n'aurait jamais été « très long ».*

ii. Le rapport de la réunion du Conseil national de l'OP du 24 septembre 2015

171. *Lors de la réunion du 24 septembre 2015, un membre du Conseil national de l'OP a proposé « [CONFIDENTIEL] ». Et l'Auditorat de conclure que « cette proposition tend à mettre en difficulté directement le concept MediCare-Market, qui repose sur la juxtaposition d'une pharmacie à côté d'une parapharmacie »[546].*

172. *A nouveau, comme pour les autres opinions exprimées lors des réunions du Conseil national, il s'agit ici d'un point de vue personnel, qui n'engage que la personne en question.*

---

[544] Projet, page 47, paragraphe 168.

[545] *Ibid.*

[546] Projet, page 20, paragraphe 69.

173. *De manière générale, il est parfaitement normal et légitime que l'OP puisse faire du lobbying de manière transparente pour faire valoir sa position et défendre ainsi les intérêts des patients et de ses membres, par exemple, lorsque les membres de ses organes compétents sont consultés ou entendus en vue de la révision [CONFIDENTIEL][547].*

174. *L'Auditorat n'apporte aucun début de preuve qui indiquerait l'existence d'un lobbying illégitime, voire d'un lobbying tout court. Nulle part, l'Auditorat n'établit que l'OP aurait soumis ou contribué à un projet de texte législatif (i) qui rendrait impossible l'accolement d'une pharmacie à une parapharmacie et/ou (ii) qui mettrait directement ou indirectement en difficulté le « concept MediCare-Market ». L'Auditorat ne fait état que d'une opinion personnelle d'un membre du Conseil national, pour en déduire qu'il existerait une proposition tendant à mettre à mal le concept MediCare-Market. Il n'en est rien. En effet, dans sa réponse de 30 mars 2018 à la demande de renseignements de 16 mars 2018, l'OP a indiqué clairement que « [CONFIDENTIEL] »[548]*

175. *Par ailleurs, même si cela avait été le cas, quod non, c'est ultimement au pouvoir législatif que serait revenue la tâche de suivre, ou non, l'opinion de l'OP et d'agir dans ce sens. Il est clair qu'un tel lobbying, pour autant qu'il ait existé, n'est pas interdit sur la base du droit de la concurrence (voy. infra, paragraphe 244). Les intentions alléguées (non-prouvées et non existantes) de l'OP dans ce contexte n'ont donc aucune pertinence dans le cadre de la présente procédure d'instruction.*

176. *L'Auditorat note à cet égard que l'OP a mal interprété son argumentation, en ne visant pas le lobbying en soi mais en considérant les pratiques légitimes de l'OP comme des preuves d'une « stratégie d'éviction ».[549] L'OP rappelle que la Cour des marchés a considéré que le lobbying est en dehors du champ d'application des règles du droit de la concurrence (voy. infra). Cela est inconciliable avec l'approche de l'Auditorat, qui se limite à considérer le lobbying comme faisant partie de la prétendue « stratégie d'éviction » qui, elle, tomberait dans le champ d'application du droit de la concurrence. En tentant de contourner la jurisprudence de la Cour des marchés, le raisonnement de l'Auditorat est entaché d'erreur.*

177. *L'OP réitère que, dès lors que le « concept Medicare Market » comprend plus de parapharmacies que de pharmacies, il ne repose pas systématiquement sur la juxtaposition d'une pharmacie à côté d'une parapharmacie. Toutefois, lorsqu'un « espace pharmacie » est accolé à un « espace parapharmacie » et que chaque espace relève d'une entité juridique différente, la première entité étant une pharmacie d'officine sous la responsabilité d'un pharmacien titulaire, prestataire de soins de santé, et la seconde un supermarché parapharmaceutique géré comme une société purement commerciale, il est nécessaire que chaque espace respecte strictement les obligations légales et, dans le cas de la pharmacie, déontologiques qui s'appliquent. Dans ces limites, l'OP est neutre à l'égard de la formule de distribution mise en place par ou impliquant ses membres.*

---

[547] Comme ça a été le cas, par exemple suite à la consultation prenant fin le 15 novembre 2016. Voy. à cet égard : http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=1126&PT=4&G=25&GRT=2&lang=2 (03 août 2018).

[548] Dossier Projet, OP, F. réponse OP 30032018 DDR.

[549] Projet, page 47, paragraphe 169.

178. *En l'espèce, le souci de l'OP portait sur la situation où des produits de santé ou de bien-être (qu'il s'agisse de produits soumis à la compétence exclusive du pharmacien ou de produits de parapharmacie) sont vendues supposément sous supervision d'un pharmacien, donnant un caractère plus fiable aux produits, sans que la délivrance de ces produits s'effectue effectivement sous la supervision et le conseil d'un pharmacien. L'argument de confusion est basé sur ce point essentiel. Ce souci se reflète dans le rapport de la réunion du Conseil national du 22 janvier 2015*[550] *(souligné par l'OP):*

> *« [CONFIDENTIEL] »*

1.4. Concernant l'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse

179. *L'Auditorat prétend que l'intervention du président du Conseil national de l'OP dans Le Soir du 24 décembre 2015*[551] *constituerait une action, dans le chef de l'OP, ayant pour but d'évincer MediCare-Market du marché des services délivrés par les pharmaciens. Dans le Projet, l'Auditorat clarifie que l'intervention du président du Conseil national de l'OP confirmerait que le Conseil national de l'OP agirait contre le « concept MediCare-Market ».*

180. *L'OP rappelle qu'il ne suffit pas pour l'Auditorat d'invoquer les « actions » de l'OP (en ce compris l'intervention du président du Conseil national dans la presse) pour conclure à une éviction anti-concurrentielle ; ces actions devraient avoir été spécifiquement intentées avec l'intention d'évincer MediCare-Market, ce qui n'est pas établi.*

181. *L'interview de M [CONFIDENTIEL] faisait suite à une sortie dans la presse de MediCare-Market, et se borne à répéter l'intérêt de l'OP pour le respect de la législation pharmaceutique, de la déontologie et de la santé publique. Bien entendu, aucun élément n'indiquait une quelconque intention d'évincer MediCare-Market du marché des services délivrés par les pharmaciens. Bien au contraire, M. [CONFIDENTIEL] dit clairement qu'il n'a pas d'objection contre le modèle de « cohabitation », à condition que la loi et la déontologie soit respectées.*

> *« Vous affirmez que le client court un risque chez Médimarket. Exagéré ?*
>
> *Non, car ce type de commerce veut augmenter sa rentabilité en contournant les règles sur les médicaments. Pourquoi est-ce important que la personne qui vous vende vos médicaments connaisse votre état de santé et puisse vous conseiller complètement ? Parce que si vous prenez une statine, par exemple, un médicament anticholestérol sur prescription, et que vous achetez ensuite de l'extrait de riz rouge, un anticholestérol vendu comme supplément alimentaire, vous serez deux fois traité pour le même problème, avec des risques inhérents. Un pharmacien sait faire le tri, pas un simple vendeur d'une parapharmacie. Ce n'est pas accessoire qu'il faille 5 ans d'études universitaires. Ce n'est pas de l'arrogance, mais la réalité : les médicaments ne sont pas des produits anodins et vous avez le droit d'exiger qu'on ne vous*

[550] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 3 rapport séance CN 22012015.

[551] Dossier Projet, MM, A. Annexe 35 articles de presse Le soir.

vende pas dans le même endroit et au même moment des produits dont l'usage combiné vous serait nocif.

Médimarket doit-il renoncer ?

Il faut qu'ils modifient leur offre. En fait, je n'aurais pas d'objection à ce que les deux commerces cohabitent, mais avec une réelle séparation physique et des équipes différentes. Pas une simple porte de verre ouverte entre les deux commerces, comme c'est le cas aujourd'hui. Ou qu'ils soient alors rassemblés complétement. Dans le premier cas, la confusion ne serait pas possible entre pharmacie et parapharmacie. Dans le second, tout le commerce serait sous l'obligation d'être supervisé par un pharmacien. Et il pourrait par exemple refuser de vous vendre du millepertuis si vous êtes sous contraceptif hormonal. Car la pilule ne fonctionnera pas si vous prenez du millepertuis. Un pharmacien, ce n'est pas un vendeur de boites, mais un vrai professionnel de la santé. Certains semblent l'oublier. »

182. *Les propos de M. [CONFIDENTIEL] ne peuvent donc être plus nuancés. Il n'aurait pas pu être plus clair quant au nœud du problème, à savoir la nature de la confusion mise en place par le groupe MediCare-Market.*

183. *L'allégation de l'Auditorat selon laquelle « un tel fonctionnement est contraire au concept de distribution des produits tel qu'il existe chez MediCare-Market » et « l'affirmation du président démontre bien que la volonté du Conseil national de l'OP est de mettre fin au concept MediCare-Market tel qu'il existait à ce moment »*[552] *sont gratuites. L'Auditorat ne démontre en rien en quoi les deux options présentées par M. [CONFIDENTIEL] auraient pu porter un coup fatal au modèle MediCare-Market, la cohabitation de pharmacies et de parapharmacies sur un site n'étant nullement inhérente au concept. La position de l'Auditorat selon laquelle, M. [CONFIDENTIEL] ne présentait pas réellement deux options mais mettait plutôt en avant comme seule solution répondant au risque de santé publique la fusion entre les activités de pharmacie et de parapharmacie*[553] *frôle la mauvaise foi.*

184. *L'OP rappelle, enfin, que l'interview avec M. [CONFIDENTIEL] parue dans Le Soir a été publiée côte-à-côte avec une interview (moins récente) de M. Yvan Verougstraete, administrateur délégué de la SA MediCare-Market. Le lecteur avait donc l'opportunité de connaître les deux versions de l'histoire ce qui rend le contexte de l'interview peu propice à l'exécution d'une prétendue stratégie d'éviction.*

1.5 Remarque finale sur la chronologie

185. *L'OP observe enfin que la seule chronologie des faits démontre l'absence d'une stratégie délibérée au sein de l'OP d'évincer MediCare-Market du marché des pharmacies.*

---

[552] Projet, page 46, paragraphe 164.

[553] Projet, page 47, paragraphe 165.

186. *Il est établi que le « modèle » développé par MediCare-Market a fait son entrée sur le marché belge en décembre 2014*[554]*. On constate que certains pharmaciens individuels et l'APB s'inquiètent, interpellent le Conseil national et initient des procédures disciplinaires dès le début de l'année 2015. Pendant ce temps, le Conseil national suit, certes, ces développements, mais n'agit pas. Par contre, il décide d'entamer un processus de dialogue avec MediCare-Market dans l'espoir de trouver un règlement à l'amiable.*

187. *L'autre date critique retenue par l'Auditorat est le 22 octobre 2015, date du début de l'infraction alléguée (selon l'Auditorat). Ce n'est en effet que vers la fin de 2015, un an donc après le lancement de MediCare-Market et à un moment où MediCare-Market était déjà en pleine expansion (en ayant même déjà ouvert un point de vente parapharmacie seul à Waterloo), que le Conseil national a décidé de saisir les trois instances disciplinaires concernées (dont deux étaient déjà saisies) et d'entamer l'action en cessation. A cette époque, toutes les tentatives de conciliation avaient échoué et les modifications apportées au modèle étant considérées comme insuffisantes*[555]*. Cette chronologie et cette lenteur d'action font non seulement étant d'une réflexion profonde et de divergences de vue au sein de l'OP ; elles démontrent aussi l'absence de toute stratégie d'éviction. Les évènements subséquents confirment cette attitude. Il est clair que tant l'action en cessation que la seule procédure disciplinaire entamée à l'initiative du Conseil national n'ont eu aucun « succès ». L'OP en a pris note et s'est désisté. La thèse d'une stratégie d'éviction ou d'un acharnement manque en fait. On connait aussi la véritable « success story » de MediCare-Market depuis lors. Elle n'a visiblement nullement été gênée par l'action de l'OP.*

3. <u>Concernant la prétendue stratégie d'imposition de prix minimums</u>

188. *Dans le Projet, l'Auditorat précise ce qui suit :*

> *« Le second grief de l'auditeur porte sur l'imposition indirecte d'un prix minimum de vente des médicaments par le Conseil national de l'OP. Ce grief repose notamment sur le fait que le Conseil national a tenté d'obtenir la cessation de la pratique des ristournes de MediCare-Market en les qualifiant d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché portant atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs entreprises. »*

189. *Il est important de bien mettre en évidence que ce second grief vise spécifiquement la vente de médicaments. Ici il ne s'agit donc pas de dentifrices ou de produits de beauté. Or, la vente de médicaments est strictement réglementée, à juste titre. Le risque de surconsommation ou d'une atteinte à la santé publique n'est jamais loin.*

190. *Ce grief est encore plus léger que le premier. Il est tout simplement intenable, dès lors qu'il pourrait mener à une situation où toute action de l'OP liée à certaines formes de promotion de médicaments, que ce soit au niveau des règles déontologiques ou au niveau de l'application de ces règles par les instances disciplinaires, serait dorénavant interdite, dès lors qu'au moins théoriquement, cette action pourrait avoir*

[554] Projet, page 13, paragraphe 43.

[555] Projet, page 19, paragraphe 66.

un impact indirect sur le niveau des prix. Or, il est établi et non contesté que certaines formes de promotion de médicaments sont contraires à l'intérêt général si, par exemple, elles poussent à la surconsommation de médicaments. En l'espèce, l'on se trouvait exactement dans cette situation. Le débat ne concernait pas le principe d'une promotion concernant des médicaments, mais bien ses modalités concrètes. Conformément à sa mission légale, l'OP doit pouvoir intervenir dans ce type de situation. Le grief développé par l'Auditorat le lui interdirait.

191. *L'OP réitère qu'il n'est pas question, pour l'OP, de développer une stratégie afin d'imposer aux pharmacies belges des prix minimums. L'OP n'intervient pas dans le contexte économique. Dans ses règles déontologiques et dans la pratique disciplinaire (qui, faut-il le rappeler, ne relèvent pas de la compétence de l'ABC), l'OP n'empêche pas l'octroi de ristournes en soi. Par contre, certaines formes de promotion de médicaments peuvent, en fonction de leurs modalités, constituer une infraction au Code de déontologie pharmaceutique et aux dispositions du Livre VI du CDE relatives aux pratiques du marché. C'est ce type d'infractions qui étaient suspectées dans le cas de MediCare-Market.*

192. *L'OP rappelle par ailleurs que ce n'est pas à l'ABC d'apprécier la conformité (ou non) d'une pratique commerciale – telle qu'une réduction de prix – aux dispositions de droit économique contenue dans le Livre VI du CDE. L'ABC n'est pas non plus compétente pour exercer un contrôle sur le déroulement des procédures disciplinaires.*

193. *Dans le cadre de l'action en cessation, les conclusions de l'OP établissent clairement la position de l'OP, dont l'intention n'est pas de fixer un prix minimum mais d'assurer le respect de la loi en matière de publicité*[556] *(souligné par l'OP):*

> *« [CONFIDENTIEL] »*

194. *En effet, le seul souhait de l'OP était d'obtenir un strict respect de la législation applicable, notamment celle relative aux pratiques du marché. Après avoir constaté une série d'infractions à la législation applicable, l'OP les a dénoncées dans sa citation et dans ses conclusions subséquentes, et en a demandé la cessation. L'ensemble des infractions constatées ont été exposées de manière complète et transparente et il appartenait à un tiers (la présidente du tribunal de commerce statuant en cessation) de juger de ces demandes en toute indépendance et impartialité. La plupart des reproches formulés avaient déjà été dénoncés par l'OP à Medicare Market dans la phase précontentieuse et n'étaient donc pas une surprise pour celle-ci. Un très long débat s'est par ailleurs engagé sur chacun des éléments de la demande, tant à l'écrit qu'à l'oral, preuve si besoin en était que les arguments avancés par l'OP n'étaient pas futiles ou vexatoires. A l'audience, les conseils de MediCare-Market ont d'ailleurs reconnu, en présence d'un représentant de l'Auditorat, certaines « erreurs » de leur cliente, excusables selon eux à titre d'« erreurs de jeunesse ». L'action de l'OP n'était donc pas manifestement sans fondement.*

195. *Dans le cadre des procédures disciplinaires, l'Auditorat prétend, à tort, que :*

[556] Dossier Projet, MM, R. Annexe 20 Conclusions OP cessation, paragraphe 137.

« L'OP a donné suite aux plaintes introduites par les pharmaciens en tentant de limiter, voire d'interdire les ristournes appliquées par MediCare-Market sur le prix de vente des médicaments, ce qui revient à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments à MediCare-Market dans ses pharmacies Pharmaclic. »

196. *A nouveau, l'amalgame construit par l'Auditorat est choquant.*

197. *L'Auditorat reproche à l'OP d'avoir donné suite à des plaintes de pharmaciens. Tout d'abord, en se référant à l'OP, l'Auditorat vise principalement les conseils provinciaux. Or, ces instances ont une obligation légale d'agir quand elles ont été saisies sur plainte. Le simple fait d'être intervenu ne peut donc être reproché à l'OP. L'Auditorat en fait cependant un grief. Ensuite, le raisonnement des pharmaciens plaignants ne peut certainement pas être attribué à l'OP. La référence au paragraphe 175 du Projet concerne une plainte envoyée au Conseil provincial[557] (il ne s'agit donc pas d'une simple lettre d'un pharmacien se plaignant du concept MediCare-Market[558]).*

198. *L'OP rappelle (une fois de plus) que les instances disciplinaires sont des juridictions qui opèrent en toute indépendance et qui relèvent ultimement du contrôle de la Cour de cassation. Il est bien établi que l'ABC n'est pas compétente à leur égard.*

199. *En matière déontologique, l'OP rappelle que le pharmacien doit s'opposer à toute surconsommation[559], qu'il est responsable de toutes les informations et publicités diffusées par ou pour sa pharmacie[560], que l'information ne peut favoriser, ni directement ni indirectement, la surconsommation[561], que toute information doit rester discrète par sa dimension ou sa présentation[562] et, enfin, que la dispensation du médicament ne peut donner lieu à des pratiques commerciales contraires à la discrétion et à la dignité de la profession[563].*

200. *Le débat devant les instances disciplinaires portait sur la conformité aux principes déontologiques susmentionnés. L'OP note, par ailleurs, que les griefs formulés par l'Auditorat ne concernent pas l'essence de ces principes, tels qu'édictés par le Conseil national de l'OP, mais l'application de ces règles par les instances disciplinaires. Cela ne relève pas de sa compétence.*

---

[557] Dossier Projet, MM, A. annexe 25 plainte collective pharmacies [CONFIDENTIEL].

[558] Voy. à cet égard le Projet, page 53, paragraphe 196.

[559] Voy. *supra*, par. 58, en référence à l'article 40 du Code de déontologie pharmaceutique.

[560] Voy. *supra*, par. 59, en référence à l'article 85 du Code de déontologie pharmaceutique.

[561] Voy. *supra*, par. 60, en référence à l'article 89 du Code de déontologie pharmaceutique.

[562] Voy. *supra*, par. 60, en référence à l'article 90 du Code de déontologie pharmaceutique.

[563] Voy. *supra*, par. 61, en référence à l'article 100 du Code de déontologie pharmaceutique.

201. *Par ailleurs, l'Auditorat se réfère aux lettres du Conseil national envoyées aux Conseils provinciaux en mettant l'accent sur l'utilisation du terme « promotions exceptionnelles »*[564]*. L'intention de l'Auditorat n'est pas claire à cet égard. Il semble utile de préciser que la référence aux « promotions exceptionnelles » concerne des promotions hors de l'ordinaire car effectuées en violation des règles déontologiques (telles que l'obligation d'éviter la surconsommation, l'obligation de dignité des pratiques commerciales et de discrétion dans la dimension ou la présentation de l'information).*

202. *Enfin, les références aux déclarations de pharmaciens individuels*[565]*, qui ont déposé plainte auprès de l'OP ou qui se sont joints volontairement à l'action en cessation, ne sont pas pertinentes dans ce contexte. Ces déclarations reflètent les opinions de certains pharmaciens individuels. Elles ne traduisent pas la position de l'OP. L'OP ne peut en effet être considéré comme responsable de toutes les actions des pharmaciens individuels ou de leurs associations professionnelles, telles que l'APB.*

203. *De plus, les courriers envoyés au Conseil national de l'OP*[566] *– auxquels l'OP a supposément donné suite – ne contiennent aucun élément contraire au droit de la concurrence. A l'inverse, les courriers démontrent clairement que les pharmaciens concernés ne se préoccupent que du respect de la déontologie, avec plusieurs références au code de déontologie. La référence au paragraphe 174 du Projet le confirme :*

> *« Quand dans l'officine il est mis en avant des médicaments avec des ristournes importantes, l'ordre est-il rassuré sur le fait que le conseil du pharmacien n'est pas influencé par des motifs purement économiques [contraire à l'article 15 AR 80 et article 101 du code déontologique] et que cela n'a aucune influence sur la surconsommation de médicament ? (c'est l'OP qui souligne) »*

A nouveau, les seuls risques envisagés sont ceux relatifs à la surconsommation et l'impact sur la santé publique.

204. *Il est intéressant de noter que ce type de raccourci, qui vise à tenir l'OP responsable pour les initiatives de tiers qui ne sont pas imputables aux conseils compétents de l'OP, n'est pas un cas isolé dans le Projet*[567]*. L'OP déplore que l'Auditorat construise un dossier d'instruction à charge de l'OP sur base de plaintes et comportements individuels des pharmaciens d'officine inscrits au tableau de l'OP*[568] *et des membres de l'APB*[569]*. L'OP n'est pas responsable des décisions ou des comportements de ces individus. Ces derniers n'engagent pas la responsabilité de l'OP et leurs actions ne reflètent la position des conseils de l'OP. Quant*

---

[564] Projet, page 50, paragraphe 180.

[565] Projet, page 49, paragraphes 174 et 175.

[566] Dossier Projet, MM, A. annexe 21 1 plaintes OP procédure disciplinaire ; Dossier Projet, MM, A. annexe 21 2 plaintes OP procédure disciplinaire ; Dossier Projet, MM, A. annexe 21 3 plaintes OP procédure disciplinaire ; Dossier Projet, MM, A. annexe 21 4 plaintes OP procédure disciplinaire et Dossier Projet, MM, A. annexe 21 5 plaintes OP procédure disciplinaire.

[567] Voy. dans le contexte du premier grief, *supra*, paragraphes 121-122.

[568] Projet, page 14, paragraphes 47-48; Projet, page 24, paragraphe 87 ; Projet, page 30, paragraphes 174 à 176.

[569] Projet, page 15, paragraphe 49.

à l'APB, il est inutile de préciser que l'OP s'en détache très clairement tant par son objet que par sa structure.

205. *En conclusion, l'Auditorat n'établit pas l'existence d'une stratégie visant, dans le chef de l'OP, à imposer des prix minimums de vente de médicaments à MediCare-Market.*

C. <u>EN DROIT</u>

1. <u>L'ABC n'est pas compétente pour interpréter la législation autre que les articles 101 et 102 du TFUE et les articles du Livre IV du CDE</u>

206. *Dans le Projet, l'Auditorat a interprété d'autres dispositions que celles des articles 101 et 102 du TFUE et du Livre IV du CDE :*

- *Ainsi, l'Auditorat interprète la notion de « publicité pour des médicaments », définie à l'article 9, § 1er, alinéa 5, de la loi sur les médicaments[570] et à l'article 1er, § 2, de l'arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à l'information et à la publicité concernant les médicaments à usage humain[571]. L'Auditorat estime que « Concernant ce dernier point, l'auditeur remarque qu'il s'agit en fait non d'une publicité, mais d'un article du journal paru dans "[CONFIDENTIEL]". C'est pourtant notamment sur base de la gravité de cet acte – la publicité pour un médicament soumis à prescription étant illégale – que le conseil d'appel a justifié la lourde sanction qu'il a infligée à la pharmacienne titulaire de la pharmacie [CONFIDENTIEL]»[572]. Cette analyse ne rencontre pas le prescrit, très large, des dispositions précitées.*

---

[570] « *On entend par "publicité pour des médicaments" toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la fourniture, la vente ou la consommation de médicaments. Le Roi peut déterminer des règles plus précises relatives aux actes qui sont considérés comme étant de la publicité.* »

[571] « *La publicité pour des médicaments au sens de l'article 9, § 1er, alinéa 5, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, comprend en particulier :*

- la publicité pour les médicaments auprès du public;
- la publicité pour les médicaments auprès de personnes habilitées à les prescrire ou à les délivrer;
- la visite de délégués médicaux auprès de personnes habilitées à prescrire ou à délivrer des médicaments;
- la fourniture d'échantillons;
- les incitations à prescrire ou à délivrer des médicaments par l'octroi, l'offre ou la promesse d'avantages pécuniaires ou en nature, sauf lorsque leur valeur intrinsèque est minime;
- le parrainage de réunions promotionnelles auxquelles assistent des personnes habilitées à prescrire ou à délivrer des médicaments;
- le parrainage de congrès scientifiques auxquels participent des personnes habilitées à prescrire ou à délivrer des médicaments, et notamment la prise en charge de leurs frais de déplacement et de séjour à cette occasion. »

[572] Communication, page 26, paragraphe 95.

- *L'Auditorat se réfère à l'article VI.93 CDE, invoqué par l'OP dans son action en cessation, et considère que les conditions d'application de cette disposition ne sont pas remplies en l'espèce. Pour cette raison, l'Auditorat conclut que l'argumentation de l'OP est sans fondement et serait donc la preuve d'une intention de l'OP de fixer des prix minimums. L'Auditorat n'a pas la compétence, l'autorité, ou encore l'expertise requise en la matière.*

- *L'Auditorat se réfère à la décision du Conseil d'appel d'expression néerlandaise[573] qui considérait que le recours à des folders toute-boîtes devait être considéré comme une exagération commerciale, et ce en violation des règles déontologiques applicables. L'Auditorat considère que le Conseil d'appel d'expression néerlandaise a mal interprété le Code de déontologie pharmaceutique de l'OP et conclut que « le conseil d'appel n'a pas pu raisonnablement soutenir qu'il s'agissait d'un mode d'attraction des consommateurs vers la pharmacie et considérer qu'il s'agissait d'un grave manquement déontologique »[574]. Il ne revient pas à l'Auditorat d'interpréter le Code de déontologie.*

- *De même, l'Auditorat conteste – à tort comme l'OP l'a démontré ci-dessus – le raisonnement de l'OP concernant le risque de confusion entre la pharmacie et la parapharmacie au motif que les pharmaciens classiques vendent aussi des produits parapharmaceutiques sans les distinguer clairement des produits relevant de la compétence exclusive du pharmacien. Comme rappelé ci-dessus, M. [CONFIDENTIEL] avait pourtant fourni une explication appuyant le raisonnement de l'OP, au motif que, dans la situation des pharmaciens qui vendent aussi des produits parapharmaceutiques en pharmacie « traditionnelle », « tout le commerce serait sous l'obligation d'être supervisé par un pharmacien. »[575] Il s'agit là du nœud du problème posé par le « modèle » MediCare-Market pendant la période concernée.*

207. *Cependant, l'ABC (en ce compris l'Auditorat) ne peut qu'interpréter et appliquer les articles 101 et 102 du TFUE et le Livre IV du CDE et est donc incompétente pour se prononcer en toute autre matière. Les articles IV.16, § 3, et IV.41, § 3, du CDE décrivent de manière exhaustive les compétences incombant à l'ABC :*

> *Article IV.16, § 3, du CDE : « L'Autorité belge de la concurrence est compétente pour l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, visée à l'article 35 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après Traité sur le fonctionnement de l'Union*

[573] Dossier Projet, MM, AD. Annexe 1_[CONFIDENTIEL] – beslissing.pdf

[574] Projet, page 51, paragraphe 187.

[575] *Cf. supra*, paragraphe 138.

européenne (ci-après TFUE). »

Article IV.41, § 3, du CDE : « Sans préjudice des pouvoirs des fonctionnaires de police de la police locale et fédérale, les auditeurs et les membres du personnel de l'Autorité belge de la concurrence commissionnés par le ministre sont compétents pour rechercher les infractions au présent livre et pour constater ces infractions par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

Ils sont aussi compétents pour rechercher toute information utile et pour faire toute constatation nécessaire en vue de l'application des articles IV.6, IV.7., IV.9, IV.10 et IV.11. (…) »

208. *L'ABC indique d'ailleurs elle-même sur son site[576] qu'elle « (…) n'est pas compétente en matière de concurrence déloyale et d'actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale tels que par exemples les ventes à perte, les soldes, les ventes publiques, la publicité comparative, les contrats à distance, les liquidations, les pratiques qui sont visées par le Livre VI du CDE, Pratiques du marché et protection du consommateur. Cette matière relève de la compétence du juge judiciaire. »*

209. *Dans son Projet, l'Auditorat cite le Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire ONP. L'Auditorat en conclut que l'ABC est compétente pour analyser des interprétations données par le Conseil national de l'OP. Pour autant que cela s'avère nécessaire, l'OP rappelle qu'il ne conteste pas le fait que l'Auditorat puisse prendre en considération les interprétations de l'OP ; ce qui est contesté par l'OP c'est que l'Auditorat puisse lui imposer sa propre interprétation dans des matières qui dépassent sa compétence (pour conclure in fine que l'OP a mal appliqué ces dispositions dans le contexte de sa prétendue « stratégie d'éviction » ou « stratégie d'imposer des prix minimums »).*

210. *À cet égard, il est clair que le paragraphe cité par l'Auditorat a été sorti de son contexte afin d'appuyer un raisonnement erroné. Les paragraphes suivants démontrent clairement que dans l'affaire en question, la Commission européenne n'a pas imposé sa propre interprétation. La Commission européenne a simplement constaté que l'interprétation de l'Ordre National des Pharmaciens était contraire à l'interprétation de l'État français, telle qu'exprimée dans des circulaires:*

> *« 100. Dans ces circonstances, la Commission n'a pas commis d'erreur en retenant que, jusqu'en 2005, différentes interprétations du cadre légal affectant les SELARL étaient possibles et que l'Ordre a systématiquement choisi d'imposer l'interprétation la plus défavorable à l'ouverture du marché aux groupes de laboratoires. » (c'est l'OP qui souligne)[577]*

---

[576] https://www.abc-bma.be/fr/propos-de-nous

[577] Tribunal 10 décembre 2014, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049, *ONP e.a. / Commission*; voy. aussi note de bas de page 342 du Projet citant la décision de la Commission dans cet affaire : « *(…) interprétation qui est de ce fait*

211. *L'Auditorat ne fait aucune référence à des circulaires, à une jurisprudence ou à une quelconque autre source ayant autorité. Il se borne tout simplement à arrêter, de sa propre autorité, que l'interprétation de l'OP n'est pas correcte. On se demande bien sur quelle base.*

212. *La référence à la décision de l'Autorité française de la concurrence dans l'affaire de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes*[578] *manque également de pertinence. Dans cette décision, l'Autorité a décidé que certaines dispositions législatives n'étaient pas applicables. Évidemment, l'OP ne conteste pas que l'ABC puisse tenir compte de la législation applicable. L'OP ne s'oppose par exemple pas au fait que l'Auditorat constate que les produits parapharmaceutiques ne tombent pas sous le champ d'application de la loi du 25 mars 1964. Une telle constatation n'est évidemment pas comparable à la conclusion de l'Auditorat, selon laquelle MediCare-Market n'aurait violé ni les règles déontologiques, ni les règles concernant les pratiques commerciales, ni encore les règles sur la publicité.*

213. *Enfin, la référence à l'arrêt de la CJEU dans l'affaire Consorzio Industrie Fiammiferi*[579] *est dénuée de tout sens. Cette affaire concernait une situation où la législation obligeait ou encourageait des cartels, ce qui n'a rien à voir avec la question de savoir si l'Auditorat peut imposer son interprétation de la législation (ce qui relève exclusivement de la prérogative des juges et d'autorités compétentes en la matière). L'Auditorat ne conteste même pas la législation concernée. Il considère simplement, de sa propre autorité, que l'OP ne l'a pas appliquée correctement, ce qui serait la preuve d'une « stratégie d'éviction » et d'une « stratégie d'imposer des prix minimums ». Cela n'est en rien comparable à l'affaire Fiammiferi.*

2. Le non-application du droit de la concurrence

2.1 La non-application de l'article 101 du TFUE et de l'article IV.1 du CDE : absence d'impact sur le marché

214. *Les articles 101 du TFUE et l'article IV.1 du CDE constituent la base juridique des griefs. Ces articles ne sont pas applicables en l'espèce.*

215. *L'article 101, paragraphe 1 du TFUE n'est applicable qu'aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser, de manière sensible, le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. En droit belge, la loi fait référence à des pratiques « qui ont pour objet ou 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 »*[580] *(souligné par l'OP).*

---

systématiquement différente de l'interprétation officielle de l'Etat français et souvent de celle des services internes à l'ONP ».

[578] Projet, page 75, paragraphe 301.

[579] Projet, page 76, paragraphe 302.

[580] Article IV.1 CDE.

216. *Les conditions d'impact sur le marché concerné et, dans le cas de l'article 101 du TFUE, sur le commerce inter-étatique ne sont pas remplies en l'espèce.*

217. *Pour établir un impact sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci, l'Auditorat se réfère à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence qui a considéré que les normes déontologiques et les communications de l'OP visent le territoire belge*[581]*. En outre, l'Auditorat aborde la jurisprudence européenne qui précise que (i) les décisions de l'Ordre des Architectes belge sont applicables sur tout le territoire belge et (ii) les pharmaciens français ont un monopole sur « le territoire français »*[582]*. L'Auditorat cite également la jurisprudence de la CJUE indiquant qu'une décision d'un ordre professionnel à laquelle les membres sont obligés d'appartenir par la législation nationale s'étend à l'ensemble du territoire d'un État Membre*[583]*.*

218. *Le raisonnement et les références de l'Auditorat créent la confusion. En effet, la jurisprudence citée portait sur les règles déontologiques (qui sont en effet applicables sur tout le territoire de l'État Membre concerné). En revanche, les griefs développés par l'Auditorat ne portent pas sur les règles déontologiques élaborées par le Conseil national de l'OP mais sur les allégations d'éviction de MediCare-Market du marché belge ou l'imposition de prix minimum.*

219. *Il est essentiel de souligner que le marché concerné est le marché des activités des pharmaciens*[584]*. Dans des affaires récentes*[585]*, la Commission a confirmé que du point de vue de la demande, les « retail pharmacy markets » sont fondamentalement locaux, c'est-à-dire limités à un certain périmètre autour de la pharmacie concernée. Ainsi le prédécesseur de l'ABC a défini ce marché comme un marché purement local*[586]*.*

220. *En outre, dans la décision de la Commission dans l'affaire ONP à laquelle se réfère l'Auditorat, il transparaît que la Commission voulait seulement apporter des éléments en lien avec le contexte réglementaire et non définir le marché pertinent :*

> *« Sur le marché français, les pharmaciens et médecins biologistes ont un monopole d'exercice et de gestion qui exclut les autres professions de santé de ce type d'activités, à l'exception des prélèvements et de certaines analyses pour lesquels ces autres professions de santé ont des*

---

[581] Communication, page 69, paragraphe 275.

[582] Communication, page 57, paragraphe 214.

[583] *Ibid*.

[584] Projet, page 57, paragraphe 212.

[585] Affaire M.7818 – *McKesson / UDG Healthcare (Pharmaceutical Wholesale And Associated Businesses)* (3 mars 2016); Affaire M.7721 *Celesio/ Sainsbury's UK Pharmacy Business* (8 septembre 2015) et Affaire M.7494 – *Brocacef/ Mediq Netherlands* (17 avril 2015).

[586] Conseil de la Concurrence 13 décembre 2007, CONC-P/K-05/0026, *F.N.H. / Ordre des pharmaciens et GLEP 30*, paragraphe 21 ; Conseil de la Concurrence, affaires jointes CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024 et CONC-I/O-98/0032, *E.S., L.P.D. et Groupe Multipharma / Ordre des pharmaciens*, paragraphe 37.

droits limités. Le cadre juridique pertinent à l'analyse du cas d'espèce est décrit plus en détail au chapitre 3. »[587]

221. *Dans son Projet, l'Auditorat a pris note des arguments de l'OP (y inclus des précédents) et considère – en référence à la décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, E.S. e.a./Ordre, une affaire qui concernait le code de déontologie de l'OP et qui n'est donc pas pertinente pour les raisons indiquées ci-dessus au paragraphe 218 – que le marché géographique pertinent est national. Selon l'Auditorat, il existe « des décisions et des actes du Conseil national de l'OP touchant le concept MediCare-Market où qu'il soit implanté en Belgique ou soit susceptible de l'être dans le futur. (…) le Conseil national de l'OP a vocation à agir sur l'ensemble du territoire belge et où ses décisions et ses actes ont des conséquences sur l'ensemble de ce territoire. »*[588] *Partant, selon l'Auditorat, la présence actuelle ou potentielle d'une entreprise dans plusieurs territoires implique une définition du marché géographique qui inclut tous ces territoires. Il est évident qu'un tel raisonnement n'est pas correct et est manifestement contraire aux pratiques décisionnelles de toutes autorités de la concurrence, en ce compris la pratique décisionnelle de l'ABC.*

222. *En l'espèce, l'intervention de l'OP ne concernait que quelques des points de vente de MediCare-Market opérationnels à l'époque. Tout au plus, un impact sur le marché s'est fait sentir dans les zones de chalandise de ces pharmacies (donc dans des quartiers de [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL], etc. – à nouveau, le marché concerné est le marché des pharmacies). Il n'a jamais pu s'agir d'une partie substantielle du marché belge.*

223. *L'Auditorat reste en défaut de démontrer que le marché pertinent pour cette affaire est le marché national. En l'espèce, la concurrence se joue à un niveau strictement local. Si impact il y avait, quod non, n'étaient concernés que quelques points de vente locaux de MediCare-Market parsemés en Belgique. L'on ne peut donc pas parler d'un impact sur le marché belge entier, voire une partie substantielle de celui-ci. Dans leur pratique décisionnelle, tant le Collège que l'Auditorat privilégient l'existence de marchés locaux*[589]*. Il ne peut en être autrement pour les pharmacies, ce que le prédécesseur de l'ABC a par ailleurs établi*[590]*.*

224. *Les dispositions de l'article IV.1 du CDE ne peuvent donc trouver application en l'espèce. A fortiori, il en est de même des dispositions de l'article 101 du TFUE, où, en plus, la condition d'un impact sur le commerce inter-étatique n'est pas remplie.*

---

[587] COM 8 décembre 2010, 39510, *Décision de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - affaire ONP*, paragraphe 7.

[588] Projet, page 59, paragraphe 219.

[589] Voy., par exemple, les affaires suivantes concernant des marchés de distribution : Conseil de la Concurrence 10 juillet 2018, BMA-2018-C/C-23, *Intergamma Holding B.V. / de VNG Bouwmarkten van CRH Nederland B.V.* ; Conseil de la Concurrence 31 janvier 2018, BMA-2018-C/C-04, *Volvo Group Belgium NV / Kant NV*.

[590] Conseil de la Concurrence 13 décembre 2007, CONC-P/K-05/0026, F.N.H. / Ordre des pharmaciens et GLEP 30, paragraphe 21 : « *(…) 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. (…)* »

2.2 *L'OP est une association d'entreprises au sens de l'article 101 du TFUE et de l'article IV.1 du CDE pour certaines de ses fonctions uniquement*

225. *L'OP est une personne morale de droit public, dont le statut et les missions sont définis par la loi. L'OP a une mission et des obligations d'intérêt public et exerce certaines tâches juridictionnelles. L'OP ne peut donc pas simplement être assimilé à une association d'entreprises.*

226. *L'OP ne conteste cependant pas que pour certaines de ses activités, il peut être considéré comme une association d'entreprises. En revanche, comme expliqué ci-dessus (voy supra, paragraphe 51), les conseils disciplinaires (c'est-à-dire, les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel de l'OP) sont des juridictions au sens du chapitre VI de la Constitution et de l'article 267 du TFUE. Les actions et les décisions de ces conseils disciplinaires ne peuvent donc être sanctionnées par l'ABC.*

227. *L'OP observe par ailleurs qu'il n'exerce pas uniquement ses fonctions à l'égard des pharmaciens d'officine, mais également à l'égard des pharmaciens d'hôpitaux et des pharmaciens-biologistes cliniciens. Les pharmaciens d'officine représentent environ 87% de ses membres (sans compter les étudiants-membres). En ce qui concerne les pharmaciens d'officine, l'OP ne fait pas de distinction entre les pharmaciens dits « traditionnels » et les pharmaciens titulaires d'une officine faisant partie d'une chaîne, qui sont tous traités de façon égale. Quantitativement, ce dernier groupe représente par ailleurs une partie non-négligeable des membres de l'OP. Il serait donc insensé pour l'OP de ne défendre que les intérêts d'une fraction de ses membres. La thèse sous-jacente au Projet selon laquelle l'OP représente les intérêts des pharmaciens traditionnels manque donc en fait.*

228. *Dans sa jurisprudence relative aux entreprises et associations d'entreprises, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après « **la CJUE** ») indique clairement qu'il faut suivre une approche fonctionnelle pour déterminer si une organisation constitue une association d'entreprises et/ou une autorité publique :*

> *« Selon la jurisprudence de la Cour, une activité qui (…) se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique (voir, en ce sens, arrêts du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30, concernant le contrôle et la police de l'espace aérien, et du 18 mars 1997, Diego Calì & Figli, C-343/95, Rec. p. I-1547, points 22 et 23, concernant la surveillance antipollution de l'environnement maritime) échappe à l'application des règles de concurrence du traité. »*[591]
>
> *« Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, en droit communautaire de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (voir, notamment, arrêts de la Cour du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, Poucet et Pistre, précité, point 17, et du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36) et que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie,*

[591] CJUE 19 février 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters e.a.*, paragraphe 57.

précité, point 7).

Il convient également de préciser que les dispositions du traité en matière de concurrence restent applicables aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Commission/Allemagne, 107/84, Rec. p. 2655, points 14 et 15). »[592]

229. *La jurisprudence de la Cour de cassation citée par l'Auditorat*[593] *se limite à confirmer que les décisions* ***du Conseil national de l'OP****, en ce compris celles interprétant les règles de déontologie, relèvent du droit de la concurrence. Les instances disciplinaires – sous supervision de la Cour de cassation – sont en effet tenues de respecter et d'appliquer le droit de la concurrence dans leurs décisions, tout comme les cours et tribunaux dans leurs jugements. Ce sont toutefois des juridictions, et non pas des associations d'entreprises.*

230. *Ainsi, la Cour de cassation a clairement énoncé dans sa jurisprudence que les décisions disciplinaires sortent du domaine d'intervention d'une autorité de la concurrence. En effet, il est de jurisprudence constante que l'ABC n'est pas compétente vis-à-vis des organes disciplinaires qui ont été établis par le législateur. L'ABC n'a pas le pouvoir d'empiéter sur la sphère de compétence légale d'une autre juridiction. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que (souligné par l'OP)*[594]*:*

« Le président du Conseil de la Concurrence n'a pas le pouvoir d'interdire aux organes de l'Ordre des architectes compétents pour statuer en matière disciplinaire d'exercer la mission qui leur est légalement confiée ou de préciser la manière dont ils doivent statuer ;

En vertu de l'article 35 de la loi du 5 août 1991, le président du Conseil est compétent pour prendre des mesures provisoires destinées à suspendre, dans certaines circonstances, des pratiques restrictives de concurrence ; que cette compétence est strictement limitée aux impératifs requis en vue de la réalisation du but de la loi du 5 août 1991 et ne permet pas d'interdire un acte émanant d'une autorité judiciaire ou administrative par le motif qu'il serait susceptible de nuire à la concurrence ;

Plus particulièrement s'agissant de la plainte d'une personne faisant l'objet de poursuites disciplinaires, le président ne peut ordonner à l'organe disciplinaire instauré par le législateur d'exercer ses compétences disciplinaires d'une manière déterminée ou lui interdire de le faire ;

Cette compétence ne permet pas au président d'ordonner à un organe disciplinaire instauré

[592] Tribunal 12 décembre 2000, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, *Aéroports de Paris / Commission*, paragraphes 107 à 108.

[593] Communication, page 62, paragraphe 239.

[594] Cass. 27 novembre 1997, affaires jointes C.97.0049.N et C.97.0059.N, Clarysse et Etat belge / Ordre des Architectes, Arr.Cass. 1997, 1233, Bull. 1997, 1292, *Pas.* 1997, I, 1292.

par le législateur d'exercer ses compétences dans un sens déterminé ».

231. *Cette jurisprudence, prononcée à l'égard des organes disciplinaires de l'Ordre des architectes, est également applicable aux instances disciplinaires de l'OP, dont la mission a également été définie par la loi. En effet, comme expliqué ci-dessus, en vertu de l'AR 80, la loi a confié, de manière exclusive, l'application du droit disciplinaire relatif aux pharmaciens aux Conseils provinciaux et aux Conseils d'appel, sous la supervision de la Cour de cassation. Dans son rôle de supervision et de contrôle, la Cour de cassation applique notamment le droit de la concurrence*[595]*.*

232. *Le premier grief concerne en grande partie l'action des instances disciplinaires de l'OP. Cette action joue également un rôle important dans le contexte du deuxième grief. En ce que ces griefs portent ou prennent en considération l'action des instances disciplinaires de l'OP, ils doivent être écartés. L'ABC n'est tout simplement pas compétente en la matière. L'Auditorat n'est pas en droit de se substituer au Conseil d'appel, voir à la Cour de cassation, et d'établir que « le conseil d'appel n'a pas pu raisonnablement soutenir qu'il s'agissait d'un mode d'attraction des consommateurs vers la pharmacie et considérer qu'il s'agissait d'un grave manquement déontologique ».*[596]

233. *L'Auditorat indique à cet égard que ses griefs ne portent pas sur les décisions des conseils disciplinaires mais sur un faisceau d'indices indiquant une « stratégie d'éviction » et/ou une « stratégie d'imposer des prix minimums » et que le raisonnement de l'OP ci-dessus ne serait pas pertinent. Cette position est erronée car l'Auditorat tient ainsi l'OP responsable pour des actions des conseils disciplinaires qui (i) sont hors du contrôle du Conseil national de l'OP et (ii) ne concernent pas des décisions d'une association d'entreprises. Autrement dit, l'Auditorat tient l'OP responsable pour des éléments qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence.*

2.3 Agir en justice tombe en principe en dehors du champ d'application du droit de la concurrence

234. *Dans le cadre du premier grief, les infractions au droit de la concurrence alléguées contre l'OP concernent, selon l'Auditorat, notamment les actions suivantes (« les actes posés par l'OP afin de réaliser sa stratégie d'éviction »*[597]*) :*

(i) La décision du Conseil national de l'OP de saisir les conseils disciplinaires ; et

(ii) La décision du Conseil national de l'OP d'intenter l'action en cessation.

Dans le cadre du deuxième grief, ces actions sont également considérées comme des infractions au droit de la concurrence.

---

[595] Voir par exemple, Cass., 7 juin 2018, n° D.16.0021.N.

[596] Projet page 52, paragraphe 88.

[597] Aux termes du Projet, point III.3.1.c.

235. *Ces actions sont relatives à des décisions d'ester en justice.*

236. *Or, la Cour constitutionnelle a encore récemment rappelé que le droit d'agir en justice « constitue un principe général de droit qui doit être garanti à chacun dans le respect des articles 10, 11 et 13 de la Constitution, des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il constitue un aspect essentiel du droit à un procès équitable et est fondamental dans un Etat de droit. De plus, le droit de s'adresser à un juge concerne tout autant la liberté d'agir en justice que celle de se défendre. »*[598]

237. *La marge de manœuvre du législateur pour réduire l'accès à la justice est donc limitée. Il en va également ainsi, a fortiori, du pouvoir exécutif – dont relève l'ABC.*[599] *On ne peut concevoir à cet égard de situations dans lesquelles l'ABC pourrait sanctionner le seul fait d'ester en justice (et ce notamment au vu des garanties balisant le cadre judiciaire).*

238. *Par ailleurs, le Code judiciaire, qui constitue le droit commun de la procédure, a prévu une sanction spécifique en cas d'utilisation de la procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives au sens de l'article 780bis du Code judiciaire. Selon la Cour de cassation, l'abus de procédure revêt une acception particulièrement restrictive (souligné par l'OP):*

> *« L'abus de procédure existe lorsqu'une partie au procès agit sans intérêt raisonnable ou suffisant mais d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal par une partie au procès prudente et diligente, comme lors de l'utilisation d'une procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives mettant en péril tant l'intérêt des parties qu'une administration de la justice correcte et efficace. Lors de cette appréciation, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause. »*[600]

239. *Plus particulièrement, l'article 780bis du Code judiciaire s'applique « lorsqu'une partie est animée de l'intention de nuire à une autre, mais aussi lorsqu'elle exerce son droit d'agir en justice d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente »*[601]*, « soit dans l'intention de nuire à une autre partie, soit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente ».*[602]

Selon la Cour d'appel de Liège: « (…) des dommages et intérêts pour action téméraire et vexatoire ne peuvent être octroyés que si la procédure a été initiée dans des conditions telles qu'il apparaît que le

---

[598] C.C. 9 février 2017, affaires jointes 6275, 6276, 6277, 6301, 6303, 6305, 6306 et 6307, 13/2017, *ASBL Bewonersgroep Onze Tuin e.a.*, paragraphe B.11.1.

[599] Voy. la Décision du Collège de l'ABC n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017, paragraphe 54.

[600] Cass. 28 juin 2013, RG C.12.0502.N, *A.S. / E.R.*, Arr.Cass. 2013, 1662.

[601] Cass. 28 septembre 2011, RG P.11.0711.F, Arr.Cass. 2011, 1950; Cass. 16 mars 2012, C.08.0323.F, A.B. / J.T., Arr.Cass. 2012, 690; Liège 24 juin 2015, 2013/RG/279.

[602] Cass. 2 octobre 2008, AR C.07.0369.F, D.A. et C.M.T. / B.F., Arr.Cass. 2008, 2125.

demandeur a commis une faute lourde ou a agi avec mauvaise foi, (…) un manque de réflexion ou un défaut d'appréciation ne suffisent pas. »[603]

240. *Enfin, dans le contexte de l'application de l'article 102 du TFUE, le Tribunal (de l'UE) a indiqué qu'agir en justice peut constituer un abus de position dominante dans des circonstances extrêmement strictes et balisées, ce qui nécessite en particulier de démontrer (i) que l'action en justice est manifestement dépourvue de tout fondement et (ii) qu'elle vise à éliminer la concurrence*[604]*.*

Le Tribunal a clarifié la première condition précitée comme suit :

> *« 72. En effet, selon le premier des deux critères cumulatifs mentionnés par la Commission dans la décision attaquée, une action en justice ne peut être qualifiée d'abusive, au sens de l'article 86 du traité, que si elle ne peut pas être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée et ne peut, dès lors, servir qu'à harceler l'opposant. C'est donc la situation existant au moment où l'action en question est intentée qui doit être prise en compte pour déterminer si ce critère est rempli.*
>
> *73. De plus, dans l'application dudit critère, il ne s'agit pas de déterminer si les droits que l'entreprise concernée faisait valoir au moment où elle a intenté son action en justice existaient effectivement, ou si celle-ci était fondée, mais de déterminer si une telle action avait pour but de faire valoir ce que l'entreprise, à ce moment-là, pouvait raisonnablement considérer comme étant ses droits. Il ressort de la dernière partie du libellé de ce critère qu'il est uniquement rempli lorsque l'action intentée n'avait pas ce but, en ce qui concerne le seul cas dans lequel il est permis de conclure qu'une telle action ne servait qu'à harceler l'opposant. »*

241. *En l'espèce, comme démontré ci-avant*[605]*, l'Auditorat ne démontre nullement l'existence d'une stratégie d'éviction (deuxième condition précitée). Il ne démontre pas davantage que l'action introduite avait pour seul objectif d'harceler MediCare-Market. Les thèses de l'Auditorat manquent en fait et en droit. L'action de l'OP n'a pas été intentée de manière légère mais après mûre réflexion et des pourparlers étendus entre l'OP et MediCare-Market, qui a par ailleurs reconnu que son modèle ne répondait pas à toutes les exigences légales et l'a ensuite modifié partiellement. Agir en justice en ces circonstances ou saisir les instances disciplinaires ne peut donc être considéré comme une infraction au droit de la concurrence.*

---

[603] Liège 8 octobre 2001, R.R.D. 2001, liv. 100, 273.

[604] Tribunal 17 juillet 1998, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, ITT Promedia / Commission, paragraphe 56.

[605] Voy. *supra*, paragraphes 113 et seq. et paragraphes 188 et seq.

242. *L'OP observe encore que selon l'Auditorat, les décisions de l'OP peuvent restreindre ou fausser de manière sensible la concurrence « sur le marché belge concerné »*[606] *(souligné par l'OP).*

243. *Cette position est inexacte. Selon la jurisprudence de la CJUE*[607]*, les articles 101 du TFUE et IV.1 du CDE ne peuvent viser que des décisions d'associations d'entreprises ayant un effet sur le marché, pas les actions des autorités (à la suite d'une action concertée par des entreprises ou décision d'association d'entreprises)*[608]*. Comme l'a décidé le prédécesseur de la Cour des Marchés (souligné par la Cour des Marchés, mis en évidence par l'OP):*

> *« 90. Il découle de la notion de pratiques concertées qu'elles supposent, outre une concertation entre des entreprises (ou des associations d'entreprises), un comportement de celles-ci sur le marché. Cette condition est énoncée dans tous les arrêts précités de la Cour de justice et s'applique également en droit belge de la concurrence.*
>
> *En effet, si le droit de la concurrence prohibe la concertation et donc l'échange d'informations entre entreprises concurrentes, c'est en vertu de l'idée centrale que l'autonomie des opérateurs économiques est une condition de base d'une concurrence effective, et du postulat que « tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché » (cfr notamment les conclusions de l'avocat général Mme Kokott avant l'arrêt T Mobile précité, è52, soulignement ajouté).*
>
> *A l'inverse,* ***le droit de la concurrence n'est pas concerné par des échanges d'informations et une concertation qui ne concernent pas le comportement des entreprises sur le marché****.*
>
> *91. (…) [L]orsqu'elles se concertent pour défendre une position commune vis-à-vis d'un organe public de décision, les entreprises n'agissent pas sur le marché – qui est leur terrain naturel, et où elles sont capables de décider de leurs comportements – mais sur le terrain politique ou normatif, pour influer sur un processus de décision qui ne leur appartient pas. »*

244. *Sur un pourvoi introduit contre l'arrêt précité, la Cour de cassation a confirmé le raisonnement ci-dessus, tout en constatant que : « (…) l'arrêt attaqué exclut l'existence d'une pratique restrictive de concurrence aux motifs que la concertation entre les défenderesses avait pour objet l'exercice d'un lobbying (…) »*[609]*.*

245. *Bien que l'affaire précitée soit relative à la pratique du lobbying, le même raisonnement vaut (a fortiori) pour le fait d'ester en justice. Décider d'ester en justice ne peut, en soi, avoir pour objet ou effet d'être une*

---

[606] Article IV.1 CDE.

[607] CJUE 11 septembre 2014, C‑67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, CB / Commission, paragraphe 58.

[608] Tribunal 16 mai 2017, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, Agria Polska e.a. / Commission, paragraphe 49.

[609] Cass. 22 juin 2018, affaire C.16.0462.F, *Autorité Belge de la Concurrence c. Holcim, CBR, CCB et Fédération de l'Industrie Cimentière Belge*,

https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20180622_cdc_c160462f_c160476f_cimenteries.pdf.

action anticoncurrentielle car, si effet anticoncurrentiel il devait y avoir, celui-ci dépendrait de décisions ultérieures prises par les conseils disciplinaires, les cours et tribunaux et ultimement la Cour de cassation (décisions qui ne sont pas soumises au contrôle de l'ABC).

246. *Le Tribunal (de l'UE) a confirmé dans ce contexte qu'il est légitime que des entreprises ou une association d'entreprise saisissent, collectivement, les autorités d'une situation illégale (il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment quant à la décision d'agir collectivement en justice pour remédier une situation perçue comme illégale) (souligné par l'OP) :*

> *« 47. Ensuite, s'agissant de la probabilité d'établir que l'objet de ces dénonciations concomitantes était potentiellement anticoncurrentiel, le Tribunal considère, d'une manière générale, au regard notamment des risques d'atteinte à leur réputation ou d'affectation de l'état originaire des produits commercialisés, qu'il peut être légitime, pour les producteurs et distributeurs de produits phytopharmaceutiques, d'informer les autorités nationales compétentes d'éventuels manquements de leurs concurrents aux dispositions en vigueur, notamment dans le contexte d'un commerce parallèle de tels produits. (…)*
>
> *48. C'est donc également sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la Commission a considéré, dans la décision attaquée, que les entités visées dans la plainte étaient en droit d'informer les autorités nationales de prétendus manquements commis par les requérantes aux réglementations applicables et, le cas échéant, de collaborer avec ces autorités dans le cadre des contrôles auxquels celles-ci ont procédé.*
>
> *49. Enfin, en ce qui concerne l'assimilation des contrôles administratifs et des poursuites administratives et pénales des requérantes à des comportements des entités visées dans la plainte, le Tribunal constate que les décisions de procéder à des contrôles sur pièces ou sur place et d'engager des poursuites administratives et pénales contre les requérantes, qui ont été à l'origine des difficultés rencontrées par ces dernières pour poursuivre leurs activités commerciales dans les mêmes conditions, étaient imputables auxdites autorités nationales, qui, comme le reconnaissent les requérantes, agissent dans l'intérêt public et dont les décisions relèvent, à ce titre, de leur pouvoir d'appréciation. (…). »*[610]

247. *La seule réponse de l'Auditorat à l'égard de cette jurisprudence est que la décision de l'OP d'agir en justice est en réalité un élément « permettant de prouver d'une part l'existence de la stratégie et d'autre part sa mise en œuvre. »*[611] *Dans le même sens, l'Auditorat cite la jurisprudence du Tribunal dans l'affaire ITT/Promedia pour conclure qu'« accepter l'argument du Conseil national de l'OP suivant lequel toute action en justice tomberait en dehors du droit de la concurrence reviendrait à octroyer un brevet*

[610] Tribunal 16 mai 2017, T-480/15, ECLI:EU:T:2017:339, *Agria Polska e.a. / Commission*, paragraphes 47 à 49.

[611] Projet, page 77, paragraphe 307.

d'impunité dès lors qu'une entreprise ou une association d'entreprises pourrait introduire des actions en justice sur base d'une quelconque irrégularité alléguée, mais visant en réalité à évincer un acteur sur le marché ou à restreindre la concurrence. »[612]

248. *Ce raisonnement ne peut bien évidemment pas être suivi. Il en résulterait que toute décision d'ester en justice serait attaquable sur la base du droit de la concurrence. Il suffirait en effet qu'une autorité désigne cette décision comme une stratégie d'éviction pour la rendre illégale (la présente affaire est un bel exemple des excès de ce raisonnement, l'Auditorat estimant en effet, sans aucune base factuelle, qu'il y a stratégie d'éviction et, qui plus est, que la décision d'ester en justice constitue en soi la preuve de cette stratégie). Ceci n'est pas en ligne avec les conditions très strictes de la jurisprudence citée, conditions qui ne sont clairement pas remplies dans cette affaire. Se référer dans ce contexte à un « brevet d'impunité » n'a pas de sens et ouvre la porte à une application arbitraire du droit de la concurrence. L'ABC est tenue par la loi, telle qu'interprétée par la jurisprudence (en ce compris la jurisprudence de la Cour des Marchés) et ne peut donc pas simplement les ignorer dans une tentative d'éviter une prétendue impunité.*[613]

2.4 Conclusion

249. *Pour les raisons exposées ci-dessus, en l'espèce, l'ABC ne peut pas considérer les décisions d'initier des procédures disciplinaires ou d'agir en justice comme des décisions d'une association d'entreprises au sens de l'article 101 du TFUE et/ou de l'article IV.1 du CDE.*

3. L'interprétation trop large du concept d'infraction par objet

3.1 Introduction

250. *Pour démontrer l'existence d'une restriction de concurrence par objet, l'Auditorat doit démontrer que :*

- *Les actions de l'OP concernent des comportements considérés « comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché (voir en ce sens, notamment, arrêt Clair, 123/83, EU:C:1985:33, point 22). »*[614] *; et*

- *Des précédents clairs ont raisonnablement pu laisser penser à l'OP (ou à ses conseils) que leurs actions sont susceptibles de constituer des infractions au droit de la*

[612] Projet, page 77, paragraphe 308.

[613] Voy. *infra*, paragraphes 307 et seq.

[614] CJUE 11 septembre 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 51.

concurrence[615]. Autrement dit, les actions de l'OP devaient pouvoir être aisément identifiables comme constituant des infractions au droit de la concurrence (la violation devait être patente[616]) et l'OP ne peut soudainement découvrir a posteriori que ces actions sont rétrospectivement analysées comme étant anticoncurrentielles.

Pour soutenir son point de vue, l'Auditorat se réfère à la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire Lundbeck qui, selon l'Auditorat réfuterait la nécessité de précédents. Une lecture attentive du paragraphe cité par l'Auditorat ne permet cependant pas de rejoindre les conclusions qu'il en tire. Il est plus correct de conclure qu'il n'est pas nécessaire d'avoir des précédents indiquant une infraction par objet pour autant qu'il y ait des précédents clairs concernant des infractions par effet qui permettent de conclure qu'une certaine pratique concerne en fait une infraction par objet:

> *« (…)Le rôle de l'expérience, mentionné par la Cour au point 51 de l'arrêt CB/Commission, point 78 supra (EU:C:2014:2204), ne concerne pas la catégorie spécifique d'un accord dans un secteur particulier, mais renvoie au fait qu'il est établi que certaines formes de collusion sont, en général et au vu de l'expérience acquise, tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elles ont des effets dans le cas particulier en cause. Le fait que la Commission n'ait pas, dans le passé, estimé qu'un accord d'un type donné était, de par son objet même, restrictif de la concurrence n'est donc pas de nature, en lui-même, à l'empêcher de le faire à l'avenir à la suite d'un examen individuel et circonstancié des mesures litigieuses au regard de leur contenu, de leur finalité et de leur contexte (voir, en ce sens, arrêt CB/Commission, point 78 supra, EU:C:2014:2204, point 51 ; conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire CB/Commission, C‑67/13 P, Rec, EU:C:2014:1958, point 142, et de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Toshiba Corporation/Commission, C‑373/14 P, Rec, EU:C:2015:427, point 74). (C'est l'OP qui souligne) »*

---

[615] CJUE 11 septembre 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 51: *« En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs.* (c'est l'OP qui souligne) », voir aussi Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice à page 3: *"This is due to the serious nature of the restriction and* experience *showing that such restrictions are likely to produce negative effects on the market and to jeopardise the objectives pursued by the EU Union competition rules*" (c'est l'OP qui souligne). Traduction libre: *"Cela est dû à la gravité de la restriction et à l'expérience qui montre que de telles restrictions sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de compromettre les objectifs poursuivis par les règles de concurrence de l'Union européenne."*

[616] Tribunal 15 septembre 1998, affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198, *European Night Services e.a. / Commission*, paragraphe 136.

Toute autre interprétation du concept de restriction par objet reviendrait à une interprétation large de ce concept – ce qui est contraire à la jurisprudence de la CJEU – et renverserait la charge de la preuve sans égard au prescrit de l'article 1 du Règlement 1/2003.

251. *En effet, la notion de la restriction par objet doit en toute hypothèse être interprétée restrictivement*[617]*. En outre, selon la jurisprudence de la CJUE, « il convient, afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence "par objet" au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question. »*[618]

252. *Enfin, et avant tout, toute caractérisation d'une infraction par objet doit être basée sur une analyse approfondie des faits. C'est bien ce qui manque dans l'instruction par l'Auditorat. L'action de l'OP n'a tout simplement rien de commun avec une stratégie d'éviction ou une politique d'imposition de prix minimums.*

3.2 Concernant la stratégie d'éviction

253. *L'Auditorat qualifie les actions de l'OP – (i) les décisions d'agir devant les conseils disciplinaires, (ii) la décision d'agir en justice (action en cessation) et (iii) la déclaration du président du Conseil national de l'OP dans Le Soir – comme « une décision d'un groupe de concurrents qui coordonne l'exclusion d'un concurrent actuel ou potentiel ou élimine toute concurrence sur le marché pertinent. »*[619]

254. *Le concept de « stratégie d'éviction » s'apparente, voire équivaut à un boycott*[620]*. Dans le Projet, l'Auditorat précise toutefois qu'il « ne qualifie pas les actions du Conseil national de l'OP de boycott, mais bien, (…) de stratégie d'éviction d'un concurrent »*[621]*. La différence entre ces deux concepts, pour autant qu'il y en ait une, est obscure et l'Auditorat n'essaie même pas de définir le critère distinctif entre les deux pratiques. Il se dispense ainsi de répondre à un argument développé par l'OP dans le cadre de sa réponse à la Communication.*

---

[617] CJUE 11 septembre 2014, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 58.

[618] CJUE 11 septembre 2014, C‑67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 53.

[619] Projet, page 64, paragraphe 246.

[620] Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice à page 11: *"A collective boycott occurs when a group of competitors agree to exclude an actual or potential competitor."* Traduction libre : « *Un boycott collectif se produit lorsqu'un groupe de concurrents se met d'accord d'exclure un concurrent réel ou potentiel.* »

[621] Projet, page 80, paragraphe 315.

255. *Il demeure que les précédents cités par l'Auditorat, tant dans la Communication que dans le Projet*[622] *– outre la décision dans l'affaire ONP qui ne concernait pas des actions disciplinaires (voy. supra, paragraphe 256) – sont tous relatifs à des cas de boycotts*[623] *consistant en un refus de vente ou de fourniture (que l'on peut identifier à des actions menées sur le marché, contrairement aux actes reprochés à l'OP):*

- *L'affaire Slovenská sporiteľňa*[624] *concernait un accord entre des banques portant sur la résiliation de contrats relatifs aux comptes courants d'une autre banque ainsi qu'à la non-conclusion de nouveaux contrats avec cette banque.*

- *L'affaire Papiers Peints / Commission*[625] *concernait un refus collectif de fournir un distributeur des papier peints.*

- *L'affaire Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied / Commission*[626] *concernait la conclusion d'accords collectifs d'exclusivité réciproques à tous les niveaux de la filière de distribution du matériel électrotechnique, afin qu'il soit impossible pour un grossiste en matériel électrotechnique de s'implanter sur le marché néerlandais.*

256. *L'affaire 39510 – ONP concernant l'Ordre National des Pharmaciens en France visait une stratégie générale d'éviction des groupes laboratoires du marché et l'imposition de prix minimums. Si dans le cadre de cette affaire, l'ONP a également décidé d'initier certaines procédures disciplinaires, cela ne constituait qu'un aspect très accessoire de l'action qui a été qualifiée d'infraction au droit de la concurrence (et cela ne concernait pas le cœur de l'infraction), tant et si bien que le Tribunal de l'UE a décidé que la Commission avait eu raison de ne <u>pas</u> inclure les décisions d'initier des procédures disciplinaires dans sa Décision contre l'ONP*[627]*.*

257. *En effet, dans cette affaire, l'initiation des procédures était considérée comme un élément accessoire (« une circonstance renforçant la gravité du comportement en cause ») et non pas une infraction en soi (ou encore, à suivre le raisonnement de l'Auditorat, un indice qui établirait l'existence d'une stratégie d'éviction et/ou d'une stratégie d'imposition des prix) :*

---

[622] Communication, page 149, note de bas de page 161 ; Projet, page 64, note de bas de page 270.

[623] L'affaire *Slovenská sporiteľňa* et l'affaire ONP sont mentionnées sous le chapitre de boycott dans le Guidance on restrictions of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice.

[624] CJUE 7 février 2013, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71, *Slovenská sporiteľňa*.

[625] CJUE 26 novembre 1975, C-73/74, ECLI:EU:C:1975:160, *Papiers Peints / Commission*.

[626] Tribunal 16 décembre 2003, affaires jointes T-5/00 et T-6/00, ECLI:EU:T:2003:342, DEP Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied / Commission.

[627] Tribunal 10 décembre 2014, T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049, *ONP e.a. / Commission*, paragraphes 194-204.

« 200. La Commission revient sur les décisions disciplinaires au chapitre 6 de la décision attaquée (considérants 579 à 584) en répétant que l'instruction de procédures disciplinaires par les organes de l'Ordre n'a pas été retenue parmi les comportements incriminés, mais qu'elle a simplement constaté à titre subsidiaire que lesdites sanctions disciplinaires étaient de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des comportements anticoncurrentiels visés en citant, par la suite, certains exemples.

201. Par ailleurs, il ressort du considérant 583 de la décision attaquée que l'Ordre a déjà relevé pendant la procédure administrative que les décisions de ses chambres de discipline échappaient à l'application de l'article 101 TFUE. La Commission y a répondu au considérant 584 en faisant valoir que la question de la nature des pouvoirs disciplinaires de l'Ordre pouvait être laissée ouverte, parce qu'elle n'avait pas retenu les décisions disciplinaires parmi les griefs.

202. Enfin, la Commission évoque le comportement des organes de l'Ordre au considérant 761 de la décision attaquée, quand elle analyse la gravité de l'infraction en faisant remarquer que l'engagement systématique de procédures disciplinaires en portant plainte contre les entreprises liées à des groupes de laboratoires dans le but de renforcer les effets de ses décisions anticoncurrentielles est une circonstance renforçant la gravité du comportement en cause.

203. En dépit de certains développements assez détaillés dans la décision attaquée au sujet de l'exercice par l'Ordre de son pouvoir disciplinaire, dont ce dernier évoque à juste titre le caractère parfois ambigu, il résulte néanmoins du chapitre 5 de ladite décision relatif au « [c]omportement objet de la présente procédure », que la Commission n'a pas retenu l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'Ordre comme faisant partie des pratiques restrictives de concurrence retenues à son égard (voir notamment le considérant 515 de la décision attaquée dont le contenu est rappelé au point 199 ci-dessus). Cela est également répété au chapitre 6, notamment aux considérants 579 à 584 de la décision attaquée (voir le point 200 ci-dessus). (c'est l'OP qui souligne) »

258. *Or, en l'espèce, la décision d'initier des procédures constitue la seule chose que l'Auditorat reproche à l'OP. Il s'agit donc du seul objet de cette instruction. La différence avec l'affaire ONP est très grande.*

259. *Enfin, l'Auditorat ne démontre même pas que l'OP a pu croire un seul instant que ses actions auraient pu avoir pour effet d'évincer MediCare-Market du marché des services prestés par les pharmacies. Pour démontrer cela, l'Auditorat aurait dû prouver que l'OP croyait que (i) des procédures visant à la cessation de certaines pratiques et (ii) l'introduction de procédures disciplinaires (procédures qui, du reste échappent à son contrôle et qui sont largement restées sans le moindre effet) pouvaient avoir pour effet d'évincer MediCare-Market. Cela n'est tout simplement pas crédible. En outre, il était déjà clair en 2015 que le « modèle » MediCare-Market ne se limitait pas à des pharmacies/parapharmacies mixtes. L'ouverture du magasin de Waterloo (parapharmacie seule) date en effet de cette époque. Toute action possible de l'OP,*

même si elle avait été couronnée de succès dans le cas des pharmacies/parapharmacies mixtes (quod non), n'aurait jamais pu avoir un réel effet sur les activités du groupe MediCare-Market, voire avoir mené à une éviction de ce groupe. L'OP en était bien conscient à l'époque – son intervention limitée le démontre. L'histoire lui a donné raison.

260. *On rappellera par ailleurs que l'OP a dialogué durant des mois avec MediCare-Market avant de lancer l'action en cessation (voy. supra, par. 65), et que l'OP a vécu cette procédure comme un malheureux échec de ses tentatives de dialogue en vue de trouver une solution par laquelle MediCare-Market aurait enfin, à tout le moins, respecté la législation s'imposant à elle.*

261. *L'Auditorat n'a donc pas établi qu'un « accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence "par objet" au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. »*[628] *(souligné par l'OP)*

262. *En interprétant aussi largement le concept de restriction par objet, notamment en référence à certains précédents qui concernent des faits différents, l'Auditorat ignore la jurisprudence de la CJUE qui donne de la notion de restriction par objet une interprétation très stricte*[629]*.*

3.3 Concernant la stratégie d'imposer des prix minimums pour les médicaments

263. *L'Auditorat qualifie l'action en cessation introduite par l'OP pour mettre fin aux pratiques de publicité illégale de MediCare-Market, de « fixation des prix minimums » pour ensuite conclure qu'il s'agit d'une restriction de la concurrence par objet. Comme démontré ci-dessus, ceci est totalement inexact et dénote d'une analyse incorrecte des demandes formulées par l'OP. Il en est de même de l'initiative du Conseil national au niveau des instances disciplinaires.*

264. *A nouveau, en prônant une interprétation extrêmement large du concept de fixation des prix, l'Auditorat fait fi de la jurisprudence de la CJUE selon laquelle la notion de restriction de concurrence reçoit une interprétation stricte*[630]*.*

265. *Dans le Projet (et dans la presse), l'Auditorat répète à cet égard que l'OP a attaqué les pratiques de ristournes et de prix bas de MediCare-Market.*[631] *Comme expliqué ci-dessus, l'OP ne s'est pas opposé à la pratique des ristournes ou des prix bas. L'OP a seulement demandé aux instances disciplinaires d'examiner certaines modalités de publicité concernant ces ristournes.*

---

[628] CJUE 11 septembre 2014, C‑67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 53.

[629] CJUE 11 septembre 2014, C‑67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 58.

[630] CJUE 11 septembre 2014, C‑67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, *CB / Commission*, paragraphe 58.

[631] Projet, page 81, paragraphe 318.

3.4 Conclusion

266. *Comme indiqué ci-dessus, l'Auditorat n'apporte aucun élément pour démontrer que l'OP avait une stratégie d'éviction ou une stratégie d'imposer des prix minimums. Les actions de l'OP n'avaient rien à voir avec une tentative de boycott ou de fixation de prix. Les arguments de l'Auditorat pour démontrer que l'éviction du marché et l'imposition des prix minimums concernent des restrictions par objet[632] ne sont donc pas pertinents.*

267. *De plus, comme expliqué en détail ci-dessus, l'OP ne s'oppose pas à l'innovation (si innovation il y a dans ce cas) ou au « concept MediCare-Market ». Le seul souci de l'OP, et cela fait partie de sa mission légale, est de s'assurer que la législation et la déontologie soient respectées, au bénéfice du patient/client et de la santé publique. Les arguments de l'Auditorat selon lesquels l'entrave au développement ou à l'innovation concernerait une restriction par objet[633] ne convainquent pas.*

268. *En tous cas, en cas de doute de la nature « par objet » de l'infraction, une telle infraction ne peut pas être « présumée » et il appartient alors à l'Auditorat de démontrer des effets anticoncurrentiels (ce qu'il n'a pas fait, voy. infra, paragraphes 269 et seq.).*

4. L'absence d'analyse des effets anticoncurrentiels

269. *L'Auditorat se dispense de toute démonstration sérieuse d'effets – à tort en ce que l'on n'a pas affaire à une restriction par objet en l'espèce. L'Auditorat allègue uniquement que MediCare-Market « a beaucoup plus de mal à recruter des pharmaciens, notamment à la suite de procédures disciplinaires entamées à l'encontre de ses pharmaciens-titulaires, ou lorsque MediCare-Market souhaite ouvrir une nouvelle pharmacie ou une nouvelle parapharmacie. »[634]*

L'Auditorat ajoute que « pour faire face à ces difficultés, MediCare-Market a notamment dû offrir aux pharmaciens membres du groupe des salaires supérieurs au barème des pharmaciens. »[635]

270. *A l'exception des affirmations unilatérales de MediCare-Market – qui sont opportunément confortées par des lettres des pharmaciens concernés – l'Auditorat n'apporte aucun élément établissant de prétendus effets anticoncurrentiels. L'Auditorat n'a procédé à aucun examen critique de ces allégations. Toute analyse objective de l'impact de la stratégie alléguée de l'OP sur les activités de MediCare-Market fait défaut. L'Auditorat s'est tout simplement contenté de se baser sur la réponse de MediCare-Market à la demande de renseignements du 24 avril 2018[636]. L'OP constate cependant que le groupe MediCare-Market est florissant et ne cesse d'ouvrir des nouveaux points de vente. L'Auditorat ne démontre pas en*

---

[632] Projet, page 78, paragraphe 311.

[633] Projet, page 79, paragraphes 312-313.

[634] Projet, page 33, paragraphe 113.

[635] Projet, page 34, paragraphe 114.

[636] Dossier Projet, MM, AN1a – AN12.

quoi l'action de l'OP aurait freiné l'expansion de MediCare-Market. L'OP rappelle aussi que sur le plan disciplinaire, le Conseil national est à la base de trois cas seulement (dont deux étaient déjà initiés). En contraste, fin 2018, le réseau MediCare-Market comptait dix-sept pharmacies.

271. *En fait, le seul argument avancé par MediCare-Market et l'Auditorat est que les pharmaciens concernés ne se sentiraient plus à l'aise dans un contexte où ils seraient contraints à enfreindre les règles déontologiques qui s'appliquent à eux comme à tout autre pharmacien. Il ne fait aucun doute, par ailleurs, que les lettres des pharmaciens qui ont été produites par MediCare-Market l'ont été dans le contexte de négociations en lien avec la rupture d'un contrat de travail entre MediCare-Market et chacun des pharmaciens concernés, ce qui jette à tout le moins le doute sur le caractère spontané et neutre de ces déclarations.*

272. *L'OP est mal placé pour apporter une réponse au sujet d'allégations relatives aux salaires. L'OP n'intervient en effet pas dans la sphère économique, et n'a pas de données sur la rémunération des pharmaciens d'officine ou la rentabilité des pharmacies. L'OP comprend cependant que, de nos jours, toutes les officines pharmaceutiques sont confrontées à des pénuries au niveau du recrutement*[637]*. Il n'existe cependant aucun lien causal entre l'action que l'Auditorat reproche à l'OP et cette pénurie ou les conséquences que cette pénurie peut avoir sur le niveau de la rémunération des pharmaciens.*

273. *La gravité des faits reprochés doit par ailleurs être relativisée. MediCare-Market ne prétend pas qu'il ne lui est plus possible de pourvoir ses officines, mais soutient juste que cela lui coûterait plus cher du fait de l'action de l'OP (ce qui reste à démontrer). En outre, MediCare-Market a pu s'adjoindre les services de [CONFIDENTIEL], qui est la secrétaire du Conseil provincial de [CONFIDENTIEL] et dont la pharmacie a été rachetée par le groupe, ce qui démonte également l'argument de MediCare-Market selon lequel tous les organes de l'OP se seraient ligués contre ce « modèle ».*[638] *Il est donc clair que l'Auditorat n'a aucune preuve d'un quelconque effet anticoncurrentiel en l'espèce.*

274. *L'article récemment paru, dans lequel Newpharma – un plaignant dans une autre affaire impliquant l'OP – émet des remarques en faveur du modèle MediCare-Market, n'a aucune valeur probante dans le cadre de la présente procédure.*

275. *Il semble que les seuls « preuves » que l'Auditorat est à-même de produire consistent en des déclarations des plaignants. L'Auditorat reste en défaut de démontrer que si l'OP n'avait pas agi comme il l'a fait, les conditions de la concurrence auraient été plus favorables à l'heure actuelle. Sur cette base, il est clair que l'Auditorat n'a pas démontré l'existence des effets anticoncurrentiels allégués conformément à l'article 101(1) du TFUE.*

[637] Dossier Projet, OP, L. Annexe 8.

[638] Dossier Projet, MM, AZC2 VNC réponse 12 octobre 2018

5. La jurisprudence Wouters

276. *Même si les actions de l'OP avaient effectivement produit un effet, quod non, encore est-il établi que toute action restrictive de concurrence n'est pas nécessairement interdite par l'article 101(1) du TFUE. En effet, il est de jurisprudence constante de la CJUE que « tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles entreprises ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité »*[639].

277. *Sur la base de cette jurisprudence, l'examen « des effets restrictifs de concurrence au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE doit tenir compte du cadre concret dans lequel un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée déploient leurs effets et, notamment, du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits ou des services visés ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné »*[640]*. Plus particulièrement, l'OP rappelle que pour qu'une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée puisse être considérée comme interdite en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet « il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord, de la décision d'association d'entreprises ou de la pratique concertée en cause ».*[641] *Enfin, dans le contexte spécifique d'un ordre professionnel tel que l'OP (en l'espèce il s'agissait de l'Ordre des avocats néerlandais), il y lieu de tenir compte des objectifs de cette institution, « liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice »*[642].

278. *En l'occurrence, l'Auditorat fait bref procès à cette jurisprudence*[643]*. En effet, l'Auditorat se réfère simplement à la décision du Collège de la concurrence concernant la demande de mesures provisoires qui a indiqué que l'OP n'a pas démontré que « la décision [disciplinaire] du 17 mars 2016 soit justifiée par des arguments de l'intérêt général qu'elle doit sauvegarder dans le cadre de sa mission de droit public »*[644] *et ajoute que « l'OP ne s'appuie sur aucun texte législatif ou réglementaire qui permet de conclure que la loi*

---

[639] CJUE 19 février 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters e.a.*, paragraphe 97 ; Tribunal 27 septembre 2006, T‑168/01, ECLI:EU:T:2006:265, *GlaxoSmithKline Services / Commission*, paragraphe 171.

[640] Tribunal 24 mai 2012, T‑111/08, ECLI:EU:T:2012:260, *MasterCard e.a. / Commission*, paragraphe 87.

[641] Tribunal 24 mai 2012, T‑111/08, ECLI:EU:T:2012:260, *MasterCard e.a. / Commission*, paragraphe 98 et 128.

[642] CJUE 19 février 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters e.a.*, paragraphe 97.

[643] Projet, point IV.2.4.

[644] Projet, page 68, paragraphe 265, en référence à la Décision du Collège de l'ABC n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017, par 43.

considère contraire à l'intérêt public qu'une pharmacie soit installée au sein d'un ensemble de grande surface ou qu'il impose des restrictions en terme de surfaces »[645].

L'Auditorat conclut en indiquant qu'il « ne perçoit pas d'objectif légitime que les décisions de l'OP tendraient à atteindre. En effet, aucun élément ressortant du dossier d'instruction ne permet d'affirmer que la santé publique serait en danger dans les pharmacies et/ou parapharmacies du groupe MédiCare-Market »[646].

279. *L'OP conteste cette conclusion gratuite.*

280. *Tout d'abord, l'OP note que le raisonnement du Collège de la concurrence dans la procédure en mesures provisoires entamée par Médicare-Market (que l'OP conteste par ailleurs) n'est pas transposable comme tel dans le cadre de cette affaire. Il s'agit, par ailleurs et par définition, d'une approche prima facie.*

281. *Ensuite, le débat dans cette affaire ne concerne pas l'installation d'une pharmacie au sein d'un ensemble de grande surface, la surface en tant que telle ou l'accolement d'une pharmacie à une parapharmacie. Bien au contraire, le débat porte sur la confusion créée par le modèle Médicare-Market, du moins comme il se présentait à l'époque.*

282. *En effet, comme démontré ci-dessus, dans la phase de lancement, le modèle MediCare-Market soulevait manifestement des questions de crédibilité de la profession de pharmacien et dès lors de santé publique qui ne se présentent pas dans le contexte d'une pharmacie dite « traditionnelle » (voy. supra, paragraphes 130 et s.). La confusion créée délibérément par ce modèle jetait en effet un doute sur le rôle et l'étendue de la responsabilité du pharmacien titulaire de la pharmacie accolée à la parapharmacie, ce qui avait un impact direct sur son image et sa crédibilité.*

283. *Les principes de crédibilité de la profession de pharmacien et de santé publique sont des objectifs d'intérêt général bien établis*[647]*. L'action de l'OP se situait strictement dans le cadre de la poursuite de ces*

---

[645] Projet, page 68, paragraphe 266, en référence à la Décision du Collège de l'ABC n° ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017, par 41.

[646] Projet, page 68, paragraphe 267.

[647] Voy. par analogie, CJUE 19 février 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters e.a.*, paragraphe 97, qui se réfère à « *la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice* ». Voy. aussi dans le cadre de la libre prestation des services, CJUE 4 mai 2017, C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335, Vanderborght :

« *67. Il y a lieu d'observer, à cet égard, que la protection de la santé est l'un des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme constituant des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêts du 10 mars 2009, Hartlauer, C‑169/07, EU:C:2009:141, point 46, et du 12 septembre 2013, Konstantinides, C‑475/11, EU:C:2013:542, point 51).*

68. En outre, au regard de l'importance de la relation de confiance devant prévaloir entre le dentiste et son patient, il y a lieu de considérer que la protection de la dignité de la profession de dentiste est également de nature à constituer une telle raison impérieuse d'intérêt général. »

objectifs, ce que l'OP a par ailleurs expliqué à l'Auditorat dans l'une de ses réponses aux demandes d'information[648] *:*

- *En ce qui concerne la santé publique, l'Auditorat se réfère à la réponse de la Ministre de la Santé De Block qui indique que le modèle MediCare-Market ne pose pas « en lui-même » de problèmes de santé publique. L'Auditorat conclut sur cette base que l'objectif de la santé publique n'était pas légitime dans l'affaire concernée.*[649] *La réponse de la Ministre dit exactement le contraire. La thèse selon laquelle le modèle ne pose pas « en lui-même » de problèmes de santé publique implique qu'en fonction de modalités précises, des problèmes peuvent effectivement se poser. On le répète, l'OP ne s'oppose pas au concept MediCare-Market en soi. Par contre, l'OP a estimé que certaines modalités de ce modèle, et dans la mesure où des pharmaciens étaient impliqués, posaient question, notamment du point de vue de la santé publique (banalisation de la vente de médicaments, risque de surconsommation de médicaments, vente de dispositifs médicaux en parapharmacie qui n'y trouvent pas leur place).*

- *En ce qui concerne la crédibilité de la profession de pharmacien, l'Auditorat estime « que celle-ci n'est pas mise en cause par le modèle MediCare-Market, mais, au contraire, est renforcée par celui-ci » car « le pharmacien peut précisément se concentrer sur les activités pour lesquelles il a reçu un monopole légal et éviter ainsi de se disperser dans des activités ne relevant pas strictement de la santé publique ».*[650] *Un simple aperçu du site www.pharmaclic.be, où l'on a de la peine à trouver la rubrique ayant trait aux médicaments, suffit à démontrer le contraire. L'Auditorat manque à nouveau de nuance dans son approche et d'esprit critique à l'égard des propos de marketing du plaignant. À nouveau, l'OP n'a juridiction qu'à l'égard des pharmaciens et sa seule préoccupation est de s'assurer que certaines pratiques de vente ne banalisent pas la profession ou jettent un doute sur le rôle exact et la responsabilité de pharmaciens.*

- *En ce qui concerne l'argument de la surconsommation des médicaments, l'Auditorat considère que les mesures prises par l'OP n'étaient pas proportionnées à la réalisation de cet objet car (i) les ristournes et l'abaissement des prix auraient un effet positif sur la santé publique et (ii) il n'existe aucun lien établi entre l'existence de prix plus bas et la surconsommation de médicaments (l'Auditorat se permet même d'ajouter que l'achat*

---

[648] Dossier Projet, OP, C. Réponse OP_19042017_DDR_2_OP. Project SS. Final. (14707960_1). (1476614_2), réponse à la question 4 : « *(…) Puisque le pharmacien est un professionnel de la santé publique qui appartient à une profession réglementée, l'offre et la présentation de produits autres que les médicaments, tels que les produits de parapharmacie, ne peuvent pas entraîner de confusion et doivent correspondre à l'image de confiance du pharmacien et à sa crédibilité auprès de la population. (…)* »

[649] Projet, page 83, paragraphe 327.

[650] Projet, page 83, paragraphe 328.

des médicaments n'équivaut pas à la consommation des médicaments et que le simple achat de médicaments ne peut donc poser de problème de santé).[651] *L'OP se demande bien sur quelle base l'Auditorat se fonde dans ce contexte. Il s'agit à nouveau d'une position gratuite (voire absurde). L'OP rappelle qu'il ne s'oppose pas aux prix bas ou aux ristournes mais que dans le cadre de sa mission légale, il peut se poser des questions à l'égard de certaines modalités de publicité qui peuvent stimuler la surconsommation de médicaments. Les arguments de l'Auditorat manquent de fondement.*

- *En ce qui concerne le respect de normes, tant déontologiques que législatives, l'Auditorat indique que les mesures prises par le Conseil national de l'OP sont disproportionnées car « le Conseil national de l'OP met en cause le concept même MediCare-Market, alors qu'il est légal. Le respect des normes aurait pu être atteint en attaquant uniquement les irrégularités précises que le Conseil national de l'OP a estimé avoir constatées et non en attaquant le concept dans son ensemble. »*[652] *Comme expliqué ci-dessus, l'OP ne s'est jamais opposé au concept MediCare-Market. L'OP n'a fait rien d'autre que de soumettre aux instances compétentes certaines irrégularités bien précises, après s'être interrogé sur leur bien fondé.*

284. *L'OP observe enfin que dans sa position, l'Auditorat confond effet concret et objectif légitime à défendre.*

285. *Dans le contexte de la charge de la preuve, l'Auditorat confond l'article 101(1) et l'article 101(3) du TFUE. La CJUE a toutefois clairement indiqué que la balance qui doit être faite dans le cadre de la jurisprudence Wouters s'opère dans le cadre de l'article 101(1) du TFUE (souligné par l'OP):*

> *« 110. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question qu'une réglementation nationale telle que la Samenwerkingsverordening 1993 adoptée par un organisme tel que l'ordre néerlandais des avocats n'enfreint pas l'article 85, paragraphe 1, du traité, étant donné que cet organisme a pu raisonnablement considérer que ladite réglementation, nonobstant les effets restrictifs de la concurrence qui lui sont inhérents, s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné. »*

Or, dans le contexte de l'article 101(1) du TFUE, il incombe à l'Auditorat de démontrer l'infraction.

286. *En outre, l'Auditorat affirme que les actions de l'OP « ne pourraient en aucun cas être considérées comme nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un éventuel objectif légitime. » Le paragraphe de l'arrêt de la CJUE cité ci-dessus indique clairement que la condition de nécessité est une condition subjective ce qui signifie que c'est l'association d'entreprises qui doit raisonnablement croire que les*

[651] Projet, page 83, paragraphe 329.

[652] Projet, page 83, paragraphe 330.

mesures en question sont nécessaires ; il ne faut pas démontrer une nécessité objective. La CJUE l'a confirmé deux paragraphes plus haut, dans l'arrêt précité :

> *« 108. Par ailleurs, le fait que des règles différentes soient, le cas échéant, applicables dans un autre État membre ne signifie pas que les règles en vigueur dans le premier État soient incompatibles avec le droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 1er février 2001, Mac Quen e.a., C-108/96, Rec. p. I-837, point 33). Même si, dans certains États membres, les collaborations intégrées entre les avocats et les experts-comptables sont admises, l'ordre néerlandais des avocats est en droit de considérer que les objectifs poursuivis par la Samenwerkingsverordening 1993 ne peuvent pas, compte tenu notamment du régime juridique auquel sont soumis respectivement les avocats et les experts-comptables aux Pays-Bas, être atteints par des moyens moins restrictifs (voir, en ce sens, à propos d'une loi réservant l'activité de recouvrement judiciaire de créances aux avocats, arrêt Reisebüro Broede, précité, point 41). (c'est l'OP qui souligne) »*

287. *En l'espèce, il était parfaitement raisonnable pour l'OP de réagir comme il l'a fait, et son action était entièrement en ligne avec la jurisprudence Wouters. C'est donc à tort que l'Auditorat rejette cette jurisprudence, ou au moins n'apporte pas la preuve requise d'une infraction à l'article 101(1) du TFUE.*

D. L'AMENDE

288. *Dans la Communication, l'Auditorat proposait de calculer l'amende sur la base du chiffre d'affaires de toutes les pharmacies belges. L'Auditorat proposait en outre d'appliquer un facteur de gravité de 20% et, sur la base de la durée alléguée des infractions prétendues, de multiplier l'amende au moins par 3. En appliquant le plafond de 10%, l'Auditorat arrivait ainsi au montant absurde de 559,9 millions d'euros. Dans le Projet, l'Auditorat réitère son raisonnement mais limite sa proposition à une amende entre 1 million d'euros et 1,5 million d'euros.[653] À titre subsidiaire, l'Auditorat reconnait que l'amende ne peut pas excéder le plafond de 249.884,79 d'euros[654].*

289. *Malgré ces nouveaux montants avancés, les arguments développés dans la réponse de l'OP à la Communication ne perdent en rien de leur pertinence.*

1. En l'espèce, une sanction est inappropriée

290. *Dans le Projet, l'Auditorat rappelle à juste titre qu'une sanction pour une infraction au droit de la concurrence ne peut être imposée que si l'infraction a été commise de façon délibérée ou par négligence, et qu'il suffit que leur auteur n'ait pu ignorer que son comportement devrait entraîner une restriction de*

[653] Projet, page 94, paragraphe 385.

[654] Projet, page 95, paragraphe 391.

la concurrence. Le Projet ajoute que l'OP devait savoir que ses décisions sont susceptibles d'être sanctionnées au regard du droit de la concurrence. La motivation de l'Auditorat s'arrête là.[655]

291. *L'OP est bien évidemment conscient, et ne conteste pas qu'en principe son comportement est susceptible de relever du droit de la concurrence. Au moment des faits, l'OP ne pouvait cependant pas concevoir que ses interventions limitées dans l'affaire MediCare-Market pourraient constituer des infractions au droit de la concurrence. Ses interventions s'inspiraient strictement de sa mission publique et n'avaient ni pour objet, ni pour effet de restreindre la concurrence. Dans ces circonstances, même si le Collège de la concurrence suivait les thèses de l'Auditorat et établissait après-coup une infraction au droit de la concurrence, il n'y a pas lieu d'imposer quelque sanction que ce soit.*

292. *Les remarques formulées ci-dessous concernent le calcul de l'amende, telle que proposé par l'Auditorat, et sont faites purement à titre subsidiaire.*

2. L'Auditorat ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires de toutes les pharmacies belges

293. *L'Auditorat propose de retenir comme base de calcul de l'amende, le chiffre d'affaires de toutes les pharmacies belges et non celui des pharmaciens belges. Il faut noter à cet égard que les pharmacies ne sont pas membres de l'OP et que seuls les pharmaciens sont membres. Si le « chiffre d'affaires » des pharmaciens, membres de l'OP, devait être considéré comme la base pertinente pour le calcul de l'amende, quod non (voir infra), il faudrait prendre en compte les revenus de ces pharmaciens, et non pas le chiffre d'affaires des pharmacies belges.*

294. *En outre, la majorité des membres de l'OP ne sont pas des entreprises étant donné qu'ils ont le statut d'employés. Leurs employeurs sont des pharmacies, qui elles ne sont pas membres de l'OP.*[656] *Ceci a pour résultat que le chiffre d'affaires des pharmacies gérées par des non-pharmaciens (mais qui emploient des pharmaciens) doit être exclu de la base de calcul de l'amende car il s'agit du chiffre d'affaires d'entreprises qui ne sont pas membres de l'OP.*

295. *En réponse à cet argument, l'Auditorat invoque l'effectivité du droit européen*[657]*. L'OP répondra à cet argument ci-dessous. L'Auditorat prétend également que « pharmaciens et pharmacies sont donc assimilables et constituent une seule et même entité économique ».*[658] *Il n'en est bien évidemment rien, et l'exemple donné ci-dessus des pharmaciens-employés le démontre. L'OP note par ailleurs que l'Auditorat aurait mieux fait d'appliquer la notion de groupe là où cette notion est pertinente, à savoir au niveau du groupe MediCare-Market.*

---

[655] Projet, page 87, paragraphes 345-346.

[656] Les contributions des membres sont basées sur le statut des pharmaciens et ne sont pas liés à leur employeur éventuel ou au chiffre d'affaire de cet employeur.

[657] Projet, page 92, paragraphe 371.

[658] *Ibid.*

3. L'Auditorat ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires de tous les pharmaciens belges / membres de l'OP

3.1 L'Auditorat ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires de tous les membres de l'OP

296. *L'Auditorat se réfère aux Lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1er, premier alinéa du CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er, et/ou IV.2 du CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 du TFUE (« **les Lignes Directrices** » ci-après) qui à son tour se réfèrent aux Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (« **les Lignes Directrices CE** » ci-après).*

297. *En particulier, l'Auditorat applique le paragraphe suivant des Lignes Directrices CE:*

> *« 14. Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises porte sur les activités de ses membres, la valeur des ventes correspondra en général à la somme de la valeur des ventes de ses membres. »*

298. *Cependant, l'Auditorat s'appuie à tort sur ce paragraphe.*

299. *Le paragraphe 3 des Lignes Directrices stipule que, lors du calcul des amendes, l'ABC se laissera en principe guider par les Lignes Directrices CE. Il n'y a donc pas d'automatisme absolu, et en toute hypothèse, l'application par analogie ne peut avoir lieu que si le calcul est conforme aux dispositions du Livre IV du CDE. Or, c'est précisément là que la référence au paragraphe 14 des Lignes Directrices CE pose problème.*

300. *En effet, le paragraphe 14 des Lignes Directrices CE trouve sa base légale dans l'article 23(2) du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (« **le Règlement 1/2003** » ci-après) :*

> *« 2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises (…)*
>
> *Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.*
>
> *Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association. »*

301. *Il est établi que lorsque les autorités nationales de la concurrence appliquent l'article 101 du TFUE, ce qu'elles sont autorisées à faire en vertu de l'article 5 du Règlement 1/2003, ce même article prévoit qu'elles ne peuvent appliquer que les amendes ou autres sanctions **prévues dans leur droit national**.*

302. *Comme indiqué ci-dessus, l'OP conteste l'application de l'article 101 du TFUE en l'espèce. Toutefois, même en admettant, pour les besoins de l'argumentation, que cet article soit applicable, les seules sanctions possibles sont celles prévues par la loi belge.*

303. *Or, en droit de la concurrence belge, le Livre IV du CDE ne mentionne pas la possibilité, pour l'ABC, de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres d'une association d'entreprises. En effet, l'article IV.70, § 1er, du CDE dispose tout simplement :*

> *« Lorsque le Collège de la concurrence prend une décision visée à l'article IV.48, 1°, le Collège de la concurrence peut infliger, à chacune des entreprises et associations d'entreprises concernées, des amendes ne dépassant pas 10 % de leur chiffre d'affaires. (…) »*

304. *Par conséquent, si l'Auditorat calcule l'amende en tenant compte des chiffres d'affaires des pharmaciens – avec pour conséquence évidente un dépassement très significatif du taux de 10% du chiffre d'affaires de l'OP – elle viole assurément l'article IV.70, § 1er, du CDE.*

305. *Comme il a déjà été maintes fois expliqué à l'Auditorat, l'OP est une personne morale de droit public, qui n'a pas de chiffre d'affaires. Les contributions de ses membres constituent les seuls revenus de l'OP. En 2017, ces revenus s'élevaient à 2.498.847,88 d'euros[659]. Par conséquent, en supposant que ces revenus soient considérés comme l'équivalent de la notion de « chiffre d'affaires », telle que définie à l'article IV.74 du CDE, le montant d'une amende éventuelle ne peut en aucun cas excéder 249.884,79 d'euros.*

306. *L'OP note enfin que le seuil de 10% est un maximum d'une fourchette et non un seuil standard, appliqué de manière automatique ou moyenne[660].*

307. *Dans le Projet, l'Auditorat indique (i) que la base légale de l'ABC pour infliger des amendes en cas d'infraction à l'article 101 TFUE est l'article 5 du Règlement 1/2003 (et non pas l'article IV.70 du CDE)[661] ; (ii) que suivre cette argumentation reviendrait largement à délivrer un brevet d'impunité ce qui ne peut être admis par le droit de l'UE[662] ; et (iii) que l'interprétation de l'Auditorat est la seule qui permettrait d'assurer l'application effective du droit de la concurrence de l'Union[663].*

308. *Pour les raisons exposées ci-dessous, le raisonnement de l'Auditorat n'est pas correct.*

a) <u>Concernant l'argument basé sur l'article 5 du Règlement 1/2003</u>

309. *Comme indiqué ci-dessus, l'article 5 du Règlement 1/2003 confirme la compétence des autorités nationales de la concurrence d'imposer des amendes ou autres sanctions en cas d'infraction à l'article 101*

---

[659] Dossier Projet, OP, L. Annexe 9.

[660] Bundesgerichtshof (Allemagne) 26 février 2016, KRB 20/12, Grauzementkartell, paragraphes 55 et seq.

[661] Projet, page 91, paragraphes 366.

[662] Projet, page 91, paragraphe 365.

[663] Projet, pages 91-92, paragraphe 367-369.

du TFUE, mais uniquement si ces amendes ou sanctions sont prévues dans leur droit national. La source d'une amende ou d'une sanction ne peut donc être que le droit national.

310. *Le droit belge est sans équivoque. En effet, la base légale pour des amendes infligées par l'ABC est l'article IV.70 du CDE qui, dans le cas des associations d'entreprises, ne prévoit pas la possibilité de tenir compte des revenus des membres d'une association d'entreprises. Par contre, la base légale pour la Commission européenne – l'article 23(2) Règlement 1/2003 – se réfère explicitement et seulement à la Commission européenne et non pas aux « autorités de concurrence des États membres ». Pourtant, ce dernier terme est utilisé dans le Règlement dans d'autres articles ; il est donc clair que le législateur européen n'a pas envisagé que l'article 23(2) du Règlement 1/2003 soit utilisé comme base légale pour l'imposition des amendes par des autorités nationales de la concurrence .*

311. *L'OP note encore que ce n'est qu'à partir de la version 2006 de la loi belge de la concurrence que la faculté d'imposer des amendes à des associations d'entreprises a été introduite en droit belge. Avant cette loi, cette faculté n'existait même pas.*[664]

b) *<u>Concernant l'argument de l'impunité</u>*

312. *Il est clair que, dans un état de droit qui respecte le principe de la légalité des sanctions, chaque sanction doit être basée sur une loi; l'ABC ne peut donc pas aller au-delà des dispositions claires de la loi.*

313. *Dans le Projet, l'Auditorat se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel du 27 septembre 2013 dans l'affaire Presstalis pour soutenir son argumentation. Cet arrêt n'endosse cependant pas l'argumentation de l'Auditorat, en ce qu'il avait trait à une situation différente. En effet, l'affaire Presstalis concernait un choix entre deux interprétations possibles de la notion de chiffre d'affaires, dont une aurait mené à une impunité. La Cour d'appel a retenu l'interprétation qui correspondait à l'interprétation de la Commission européenne et qui ne donnait pas lieu à l'impunité. Cette affaire ne concernait nullement le seuil de 10% mais la prise en compte du chiffre d'affaires des membres d'une association. Il va sans dire que ce raisonnement ne peut pas être suivi pour infliger des amendes qui dépasseraient le seuil maximum prévu par la loi.*

c) *<u>Concernant l'argument selon lequel l'interprétation de l'Auditorat est la seule qui assure l'application effective du droit de la concurrence de l'UE</u>*

314. *Le principe de l'application effective du droit de la concurrence de l'UE ne peut jamais mener à des sanctions qui ne sont pas prévues par la loi.*

315. *L'OP s'oppose ensuite à l'Auditorat lorsqu'il fait valoir qu'une amende de maximum 249.884,79 d'euros (montant qui correspond à 10% du « chiffre d'affaires » de l'OP) n'aurait pas un effet dissuasif à l'égard de l'OP , et ce pour les raisons suivantes :*

[664] Article 41 de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique.

- *Le budget annuel de l'OP lui permet seulement d'exécuter ses tâches légales et ne lui permet pas d'accumuler une réserve financière. Toute amende obligerait donc l'OP à augmenter les contributions annuelles de tous ses membres,ce qui n'est pas négligeable. Toute amende a donc par définition un effet dissuasif sur l'OP.*

- *L'Auditorat a fait le choix de ne poursuivre que l'OP, bien que l'OP n'était pas la seule partie mise en cause dans la plainte qui est à la base de cette affaire. Si l'Auditorat avait voulu suivre une politique dissuasive, elle aurait pu poursuivre ces autres parties (et proposer l'imposition d'amendes sur ces parties). L'Auditorat / l'ABC a par exemple agi de la sorte dans l'affaire des agences de voyage[665], l'affaire des débardeurs[666] et l'affaire des cimenteries[667].*

316. *Les références aux arrêts de la CJUE dans les affaires VEBIC[668], Inspecteur van de Belastingdienst c. X[669] et Schenker[670] ne renforcent nullement la position de l'Auditorat :*

- *Dans l'affaire VEBIC, la CJUE a jugé qu'une autorité nationale de la concurrence peut agir en justice pour défendre sa décision.*

- *Dans l'affaire Inspecteur van de Belastingdienst c. X, la CJUE a jugé que le principe d'effectivité implique la possibilité pour la Commission européenne de « soumettre d'office des observations écrites à une juridiction d'un État membre dans une procédure relative à la possibilité de déduire des bénéfices imposables le montant d'une amende ou une partie de celle ci que la Commission a infligée pour la violation de l'article 81 CE ou 82 CE. »*

- *Dans l'affaire Schenker, la CJUE a jugé qu'une autorité nationale de concurrence ne procède « qu'exceptionnellement à la non-imposition d'une amende lorsqu'une entreprise a violé de propos délibéré ou par négligence ladite disposition. (c'est l'OP qui souligne) » Cet arrêt concernait l'option de ne pas imposer des amendes pour des raisons liées (i) au caractère intentionnel de l'infraction et (ii) au programme de*

---

665 Bruxelles, 20 février 2015, agences de voyage, https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20150218_cab_hvbb_tui_travel.pdf.

666 Bruxelles, 13 juillet 2015,, débardeurs, https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20150709cab_hvbb_psa_antwerp.pdf.

667 Bruxelles, 30 juin 2016, Cimenteries, https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20160630_arrest_holcim_pub.pdf.

668 CJUE 7 décembre 2010, C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739, *Vebic.*

669 CJEU 11 juin 2009, C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359, *Inspecteur van de Belastingdienst c. X.*

670 CJEU 18 juin 2013, C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404, *Schenker & Co. e.a.*

clémence. Il est clair qu'il existe une différence importante entre la non-imposition d'une amende et l'imposition d'une amende qui, en vertu de la législation locale, est moins significative que certaines amendes imposées par la Commission européenne.

317. *Ces arrêts ne confirment rien d'autre que l'existence d'un principe d'effectivité qui s'applique au droit de la concurrence national ; ces arrêts ne rencontrent nullement l'argumentation de l'Auditorat selon laquelle une amende ne dépassant pas 10% du « chiffre d'affaires » de l'OP serait contraire au principe d'effectivité, notamment si une telle amende était contraire à la loi.*

318. *Suivre l'argumentation de l'Auditorat revient à (i) une violation claire de l'article IV.70 CDE et (ii) la thèse d'une convergence totale de la politique d'amendes des autorités de la concurrence dans l'UE; dans l'état actuel du droit, ceci n'est pas imposé par le droit de l'UE comme l'indiquent les déclarations de la Commission Européenne*[671] *:*

> *« 62. Fines on undertakings are a central tool in the enforcement of the EU competition rules for both the Commission and NCAs. The purpose of fines is to punish undertakings which have infringed competition rules and also to deter the same and other undertakings from engaging in or continuing illegal behaviour. At present, EU law does not regulate or harmonise sanctions imposed by NCAs for breach of the EU competition rules. It is for the Member States to ensure that they provide for sanctions which are effective, proportionate and dissuasive.[38]*
>
> *68. Sustained attention to the need to provide for effective fines for infringements of the EU competition rules, has led to a high level of voluntary convergence in the manner fines are being determined in the Member States, with a large majority of authorities operating a similar basic methodology for determining the amount of the fines.*
>
> *71. Nevertheless, significant divergences still exist with regard to specific steps in the fines calculation, such as the base used for calculating the basic amount of the fine, the method for taking into account gravity and duration and the interpretation and level of the maximum amount of the fine, which may all have an impact on the actual amount of fines imposed.*
>
> *74. Furthermore, some NCAs still lack the power to impose fines on associations of undertakings. Among the competition authorities who may fine associations of undertakings, there is an even split between those that only consider the association's*

[671] Commission Staff Working Document – Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues - Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_231_en.pdf.

turnover (or fees received) and those that may consider its members' turnover as well where the activity of the association is conducted on behalf of or to the benefit of the members which pursue an economic activity. Divergences in terms of prescription periods are also to be found. (c'est l'OP qui souligne) »[672]

319. *En conclusion, ces arrêts ne permettent pas de conclure que le principe de l'effectivité implique que des autorités de la concurrence nationales puissent imposer des amendes dépassants des seuils fixés par la loi.*

3.2 L'Auditorat présume à tort que l'infraction concerne toute la Belgique et prend par conséquent en considération, de manière inexacte, le chiffre d'affaires réalisé par tous les pharmaciens belges

320. *A titre subsidiaire, si l'Auditorat persiste en préconisant de prendre en compte le chiffre d'affaires des membres de l'OP, seul le chiffre d'affaires des membres affectés par l'infraction alléguée pourrait être pris en compte.*

321. *Les Lignes Directrices CE, sur lesquels l'Auditorat se base, établissent en leur paragraphe 13 qu'il faut se limiter au chiffre d'affaires des entreprises concernées dans le marché géographique pertinent en relation directe ou indirecte avec l'infraction.*[673]

322. *Selon une définition géographique correcte, en l'espèce l'on a affaire à des marchés locaux. L'étendue géographique des infractions alléguées est en effet limitée aux marchés locaux dans la zone de chalandise de ces pharmacies. Ceci implique que, pour le calcul du chiffre d'affaires pertinent, il faut se limiter aux*

---

[672] Traduction libre : « *62. Les amendes infligées aux entreprises sont un outil essentiel pour l'application des règles de concurrence de l'UE tant par la Commission que par les autorités nationales de concurrence. Le but des amendes est de sanctionner les entreprises qui ont enfreint les règles de concurrence et de dissuader ces mêmes entreprises et d'autres de se livrer ou de poursuivre un comportement illégal. À l'heure actuelle, le droit communautaire ne réglemente ni n'harmonise les sanctions imposées par les ANC en cas de violation des règles de concurrence de l'UE. Il appartient aux États membres de veiller à prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives[38].*

68. L'attention soutenue accordée à la nécessité de prévoir des amendes efficaces pour les infractions aux règles de concurrence de l'UE a conduit à un degré élevé de convergence volontaire dans la manière dont les amendes sont déterminées dans les États membres, une grande majorité d'autorités appliquant une méthodologie de base similaire pour déterminer le montant des amendes.

71. Néanmoins, des divergences significatives subsistent en ce qui concerne des étapes spécifiques du calcul des amendes, telles que la base de calcul du montant de base de l'amende, la méthode de prise en compte de la gravité et de la durée ainsi que l'interprétation et le montant maximal de l'amende, qui peuvent toutes avoir un impact sur le montant réel des amendes infligées.

74. En outre, certaines autorités nationales de concurrence n'ont toujours pas le pouvoir d'infliger des amendes aux associations d'entreprises. Parmi les autorités de concurrence qui peuvent infliger des amendes à des associations d'entreprises, il existe une répartition égale entre celles qui ne prennent en compte que le chiffre d'affaires de l'association (ou les redevances perçues) et celles qui peuvent également prendre en compte le chiffre d'affaires de ses membres lorsque l'activité de l'association est menée au nom ou au profit des membres qui exercent une activité économique. On constate également des divergences en termes de délais de prescription. »

[673] Voy. dans le même sens, Lignes Directrices, paragraphe 5.

revenus des pharmaciens qui se trouvent dans un périmètre déterminé des pharmacies prétendument affectées.

3.3 Conclusion

323. *Le montant d'une éventuelle amende ne peut pas dépasser 10% du chiffre d'affaires de l'OP, à peine d'illégalité. En droit belge de la concurrence, il n'existe pas de base légale pour se référer au chiffre d'affaires des membres d'une association d'entreprises. Si, pour les seuls besoins de l'argumentation, le chiffre d'affaires des membres de l'OP est pris en compte, tout au plus pourrait-il s'agir des revenus réalisés par les pharmaciens situés dans les marchés locaux concernés.*

4. L'Auditorat ne peut pas prendre en compte une gravité de l'infraction de 20%

324. *L'Auditorat prend en compte une gravité de l'infraction alléguée de 20% ce qui est exagéré. En effet, l'infraction alléguée concerne (i) les décisions d'agir en justice ou d'initier des procédures disciplinaires et (ii) une interview dans un journal. Il est clair que, même si ces actions constituaient une infraction au droit de la concurrence (quod non), elles ne pourraient jamais être considérées comme une infraction grave. L'OP rappelle qu'en 2015, le modèle MediCare-Market soulevait des questions sérieuses de conformité à la loi, ce que MediCare-Market a par ailleurs reconnu. Dans ces circonstances, l'action de l'OP, en ligne avec sa mission, ne peut pas constituer une infraction, voire une infraction grave, au droit de la concurrence.*

325. *En tout cas, même si l'OP a commis une infraction grave au droit de la concurrence (quod non), un taux de 20% serait exagéré. En effet, dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne applique des taux d'environ 16% pour des cartels classiques*[674]*. L'Auditorat n'explique pas en quoi un taux encore plus élevé serait justifié et indique seulement qu'elle n'est pas tenue par la pratique décisionnelle de la Commission Européenne.*[675]

---

[674] Dans les cinq dernières années : COM 10 juillet 2013, AT.39748 : 16% ; COM 27 novembre 2013, AT.39633 : (non publié) ; COM 4 février 2015, AT.39861 : 17% ; COM 7 décembre 2016, AT.39914 : 18% ; COM 29 janvier 2014, AT.39801 : 15% ; COM 25 septembre 2014, AT.39952 : 16% ; COM 19 mars 2014, AT.39922 : 16% ; COM 2 avril 2014, AT.39610 : 17-19% ; COM 25 mai 2016, AT.39792 : 16% ; COM 6 avril 2016, AT.39965 : 17% ; COM 3 septembre 2014, AT.39574 : 16% ; COM 21 octobre 2014, AT.39924 : 16-17% ; COM 16 juin 2017, AT.39780 : 15% ; COM 17 juin 2015, 40055 : 18% ; COM 24 juin 2015, AT.39563 : 16%; COM 15 juillet 2015, AT.40098 : 17% ; COM 21 octobre 2015, AT.39639 : 16% ; COM 27 janvier 2016, AT.40028 : 17% ; COM 27 septembre 2017, AT.39824 : (non publié) ; COM 12 avril 2017, AT.39904 : 16% ; COM 8 février 2017, 40018 : 15% ; COM 8 mars 2017, AT.39960 : 16% ; COM 21 juin 2017, AT.40013 : 16% ; COM 22 novembre 2017, AT.39881 : 17% ; COM 21 février 2018, AT.40113 : 17% ; COM 21 février 2018, AT.39920 : 16%.

[675] Projet, page 93, paragraphe 373

5. Durée de l'infraction – l'Auditorat présume à tort que l'infraction a débuté le 22 octobre 2015 et a pris fin le 26 janvier 2017.

326. *Comme point de départ pour le calcul de la durée de l'infraction alléguée, l'Auditorat prend comme point de départ le 22 octobre 2015[676], date d'une réunion du Conseil national à laquelle la « stratégie » aurait été adoptée.[677]*

327. *L'Auditorat se réfère à la date d'acquiescement par l'OP dans le cadre de l'action en cessation, soit le 26 janvier 2017, pour démontrer que, selon elle, les infractions alléguées se sont poursuivies jusqu'au 26 janvier 2017.*

328. *L'OP conteste cette durée. En ce qui concerne le point de départ, l'OP note qu'en réalité, son action n'a débuté qu'à l'issue de la séance du Conseil national du 21 décembre 2015. La période de l'infraction alléguée a pris fin au plus tard lorsque l'OP a perdu contrôle de la dernière procédure initiée par l'OP. En ce qui concerne les procédures disciplinaires, le Conseil national a perdu le contrôle au moment de la saisine des instances disciplinaires. Pour ce qui concerne la procédure en cessation, l'intervention de l'OP a pris fin au plus tard le 20 mai 2016, date du dépôt de ses conclusions de synthèse (l'OP conteste cependant la pertinence du critère du dépôt de conclusions car les conclusions concernent des actions inhérentes aux procédures déjà initiées).*

329. *Les dates ultérieures mentionnées par l'Auditorat ne peuvent être prises en compte ou sont, comme l'Auditorat l'indique lui-même, disparates[678]. Ainsi, l'appel du 17 octobre 2016 du Conseil national de l'OP (contre la décision du conseil provincial dans l'affaire [CONFIDENTIEL]) ne concernait qu'une demande reconventionnelle suivant l'appel introduit par la pharmacienne [CONFIDENTIEL] le 30 septembre 2016. Cet appel, en ce compris les conclusions du Conseil national de l'OP, ne peut donc pas être pris en compte pour déterminer la durée de l'infraction.*

330. *La citation introduite par l'OP dans le cadre de l'action en cessation date du 21 décembre 2015. Les trois procédures disciplinaires ont été initiées par le Conseil national de l'OP le 23 décembre 2015 par courrier aux présidents des Conseils provinciaux concernés.*

331. *Sur cette base, l'infraction alléguée a commencé le 21 décembre 2015 et a pris fin les jours suivants ou au plus tard le 20 mai 2016. La durée de l'infraction alléguée n'a donc jamais excédé 6 mois.*

6. L'Auditorat ne prend pas en compte les circonstances atténuantes

332. *Le comportement de l'OP a toujours été strictement dicté par son obligation légale de maintenir le respect de la loi et de la déontologie (comme expliqué plus profondément ci-dessus). Ce comportement s'inscrit dans un cadre composé de messages clairs du monde politique appelant l'OP à agir contre les*

[676] Projet, page 55, paragraphe 204.

[677] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 16 rapport séance CN 221020156.

[678] Projet, page 56, paragraphe 206.

infractions identifiées contre la loi et contre la déontologie[679]*. L'OP ne pouvait pas concevoir (et conteste par ailleurs toujours) que ces interventions limitées à l'égard de MediCare-Market auraient pu constituer une infraction au droit de la concurrence.*

333. *L'OP a toujours coopéré effectivement avec l'Auditorat en répondant de manière complète aux demandes de renseignements adressées par l'Auditorat (voy. supra, paragraphes 3 à 4 et 7 à 8).*

334. *L'OP souligne également qu'à partir du moment où l'Auditorat l'a informé de sa position préliminaire (lors de la réunion du 4 octobre 2017), il a, dans un effort de conciliation, [CONFIDENTIEL]. Ceci démontre à nouveau la volonté de l'OP de trouver une solution quant au fond et de coopérer constructivement avec l'Auditorat.*

335. *[CONFIDENTIEL]*[680]*, [CONFIDENTIEL]. En effet, comme expliqué ci-dessus, les actions de l'OP s'expliquent uniquement par la volonté de faire respecter la loi et la déontologie. [CONFIDENTIEL].*

336. *Tous ces éléments sont des circonstances atténuantes évidentes.*

7. L'amende proposée par l'Auditorat n'est pas raisonnable

337. *L'amende proposée par l'Auditorat, même en application du point 37 des Lignes Directrices CE, résulterait à une amende égale à environ 41 à 62% (!) du « chiffre d'affaires » annuel de l'OP. Il est évident qu'une telle amende n'est pas seulement illégale mais viole de manière évidente le principe de proportionnalité*[681]*.*

338. *En effet, imposer à l'OP cette amende mettrait sérieusement en péril le fonctionnement, voire l'existence même de l'OP, contrairement à la volonté du législateur de conserver un tel organe, volonté encore renforcée récemment comme le démontrent les nouvelles tâches confiées à l'OP et la revalorisation des ordres professionnels en général*[682]*.*

339. *L'OP ne conteste pas en soi l'option retenue par l'Auditorat de se baser sur l'article 37 des Lignes Directrices CE pour déterminer, le cas échéant, une amende appropriée, à condition bien évidemment de respecter le plafond de 249.884,79 d'euros. L'OP conteste cependant la méthode « vogelpik » de*

---

[679] Dossier Projet, MM, R. Annexe 31 Questions parlementaires janvier 2015.

[680] Projet, page 93, paragraphe 374.

[681] Cass. 24 janvier 2002, AR F.00.0099.N, *Etat belge / Thuysbaert SPRL*, *A.F.T*. 2002, liv. 4, 201, *Arr.Cass*. 2002, liv. 1, 251 ; Cass. 24 janvier 2002, AR C.00.0307.N-C.00.0599.N, *Etat belge / Riganatie SPRL*, *A.F.T.* 2002, liv. 4, 201, *Arr.Cass.* 2002, liv. 1, 246 ; Cass. 24 janvier 2002, AR C.00.0422.N-C.00.0234.N, *Etat belge e.a./ Setime SA*, *A.F.T*. 2002, liv. 4, 201, *Arr.Cass*. 2002, liv. 1, 238.

[682] Voy. par exemple (i) l'insertion d'un nouveau Livre XX, depuis le 1er mai 2018, dans le CDE, qui confie de nouvelles tâches aux ordres et instituts et les impliquent dans les procédures d'insolvabilité désormais applicables aux professions libérales, (ii) la possibilité récente pour certains ordres d'être reconnus comme entités qualifiées dans le cadre du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (dans le cadre de l'insertion du Livre XVI du CDE), (iii) la confirmation explicite du Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, dans le cadre de la réforme envisagée [CONFIDENTIEL], que l'OP « continue[ra] d'exister » (Voy. Dossier Projet, OP, L. Annexe 10 et Dossier Projet, OP, L. Annexe 11).

l'Auditorat, qui, sur base de prétendues similarités du cas présent avec l'affaire ONP, propose, de façon absolument arbitraire et non-motivée, un montant entre 1.000.000 d'euros et 1.500.000 d'euros, comme si de rien n'était. La seule similarité entre les deux affaires est que ce cas concerne l'OP et l'affaire ONP son homologue français. Les similarités s'arrêtent là. Les pratiques dans lesquelles l'homologue français de l'OP s'est engagé, leur dimension géographique, l'impact, etc. n'ont rien de commun avec le cas présent. Il est donc absurde de s'inspirer de ce cas.

340. *Enfin, même une amende de 249.884,79 d'euros que l'Auditorat propose à titre subsidiaire, est disproportionnée et non-raisonnable. Cette amende constitue en effet le plafond théorique d'une amende imposée sur base de l'article IV.70 CDE. Imposer ce plafond théorique aux interventions limitées de l'OP, strictement dictées par sa mission légale, serait manifestement déraisonnable et disproportionné.*

8. L'amende proposée par l'Auditorat viole l'article 7 de la CEDH et l'article 14 de la Constitution

341. *L'article 7 CEDH dispose que « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. (…) » Cet article concerne non seulement le principe de la légalité et de la prédictibilité des sanctions (nulla poena sine lege) mais aussi la légalité et la prédictibilité des infractions (nullum crimen sine lege). La jurisprudence de la Cour Européenne de Droit de l'Homme (« **la Cour EDH** » ci-après) peut être résumée comme suit :*

> *« 77. La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires (S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 34, série A no 335-B, et C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 32, série A no 335-C, et Kafkaris, précité, § 137).*
>
> *78. L'article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé (voir, en ce qui concerne l'application rétroactive d'une peine, Welch c. Royaume-Uni, 9 février 1995, § 36, série A no 307‑A, Jamil c. France, 8 juin 1995, § 35, série A no 317‑B, Ecer et Zeyrek c. Turquie, nos 29295/95 et 29363/95, § 36, CEDH 2001‑II, et Mihai Toma c. Roumanie, no 1051/06, §§ 26-31, 24 janvier 2012). Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines – « nullum crimen, nulla poena sine lege » – (Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, § 52, série A no 260-A). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment*

de l'accusé, par exemple par analogie (Coëme et autres c. Belgique, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII ; pour un exemple d'application par analogie d'une peine, voir l'arrêt Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie [GC], nos 23536/94 et 24408/94, §§ 42-43, CEDH 1999‑IV).

79. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef (Cantoni c. France, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996‑V, et Kafkaris, précité, § 140).

80. La tâche qui incombe à la Cour est donc, notamment, de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition (Coëme et autres, précité, § 145, et Achour c. France [GC], no 67335/01, § 43, CEDH 2006‑IV). (c'est l'OP qui souligne) »[683]

342. *L'application de l'article 7 de la CEDH empêche qu'une peine puisse être imposée si elle est plus forte que la sanction prescrite par l'article IV.70 du CDE. Cet article implique aussi que la sanction doit être prévisible.*[684] *En l'espèce, l'article 7 de la CEDH implique donc que l'ABC ne peut pas imposer une amende dépassant un montant de 249.884,79 d'euros.*

343. *L'application la disposition précitée implique également l'application du principe « nullum crimen sine lege certa ». On peut dans ce contexte se référer à la jurisprudence de la cour suprême suisse qui n'impose pas d'amendes si les entreprises (ou les associations d'entreprises) ne pouvaient pas raisonnablement penser que leur comportement constituerait une infraction du droit de la concurrence*[685]*. Cela est confirmé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle:*

« B.15.1. En attribuant au pouvoir législatif la compétence de déterminer dans quels cas des poursuites pénales sont possibles, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à

---

[683] Cour EDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne* ; voy. aussi Cour EDH, 12 octobre 2016, *Ruban c. Ukraine* ; Cour EDH, 22 janvier 2013, *Camilleri c. Malte*.

[684] Voy. aussi C.C. 28 février 2013, affaire 5308, *ASBL Ligue des Droits de l'Homme*, paragraphe B.11.1 : « *B.8. Il découle des dispositions précitées que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, si ce comportement est punissable ou non et la peine éventuellement encourue. Les principes de légalité et de prévisibilité sont applicables à l'ensemble de la procédure pénale. Ces dispositions entendent ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire dans l'établissement et l'application des peines.* »

[685] Tribunal Administratif Fédéral de Suisse 24 février 2010, B-2050/2007, *Swisscom (Schweiz) AG / Wettbewerbskommission,* B-2050/2007, paragraphe 4.5.1.

tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

En outre, le principe de légalité en matière pénale procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et juridiquement sûrs, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle en sera la conséquence pénale et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation.

Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

Ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible de déterminer, en tenant compte des éléments propres aux infractions que cette disposition entend réprimer, si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale. »

344. *Cette jurisprudence s'applique également dans le contexte du droit de la concurrence, où les sanctions sont de nature pénale.*[686]

345. *En l'espèce, il est clair qu'au moment où il a agi, l'OP ne pouvait pas savoir que ses actions constitueraient une infraction de l'article 101 du TFUE ou l'article IV.1 du CDE. La requalification, gratuite, par l'Auditorat des actions du Conseil national de l'OP en infractions « classiques », c'est-à-dire un prétendu boycott ou l'imposition de prix minimums, doit être considérée comme une tentative de l'Auditorat de contourner l'article 7 de la CEDH et l'article 14 de la Constitution. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'Auditorat invoque lui-même dans le Projet le principe « nullum crimen sine lege certa »*[687].

346. *L'OP rappelle, enfin, que l'ABC – contrairement à la Commission européenne et les Cours de l'UE – est également tenue de se conformer à la CEDH et à la Constitution (et donc pas seulement au TFUE). L'ABC*

[686] Voy. plus récemment Cour EDH, 27 septembre 2011, Menarini Diagnostics S.R.L c. Italie.

[687] Projet, page 22, paragraphe 80.

doit donc s'assurer de respecter un socle de protection des droits fondamentaux plus élevé que la Commission européenne et le cas échéant d'autres autorités nationales de la concurrence de l'UE.[688] *L'Auditorat semble avoir oublié ce principe, puisqu'il justifie son approche presque exclusivement en référence à la pratique décisionnelle de la Commission européenne et à la jurisprudence des Cours de l'UE. Quoiqu'il en soit, le fait que l'Auditorat justifie sa position à l'aide de la jurisprudence dégagée dans l'affaire Telefonica*[689] *ne permet pas d'affirmer que l'interprétation de l'Auditorat est conforme aux articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution.*

VI. CONCLUSION

347. *Sur base de ce qui précède, l'OP demande respectueusement au Collège de la concurrence de rejeter dans son entièreté la décision proposée par l'Auditorat et d'établir que les deux griefs développés par l'Auditorat manquent de substance et sont sans base légale.*

IV. Observations écrites du plaignant

20. Le 11 janvier 2019, MediCare-Market a déposé les observations suivantes : «

Conformément à l'article IV.45 du Code de droit économique (ci- après « CDE ») et à la suite d'une demande formelle, le président du Collège, Monsieur Szafran, a décidé de communiquer à MediCare-Market la version non-confidentielle du projet de décision de l'Auditeur du 31 octobre 2018 dans l'affaire CONC-I/O-16-0011 (ci-après « le Projet de décision »).

MediCare-Market a pris connaissance du Projet de décision et souhaite tout d'abord saluer le travail de qualité accompli par l'Auditorat au cours de l'enquête. L'Auditeur a, à juste titre et au terme d'une longue enquête, identifié des violations particulièrement graves au droit de la concurrence de la part de l'Ordre des Pharmaciens (ci-après « l'OP »).

MediCare-Market invite le Collège de la concurrence à sanctionner ces pratiques anticoncurrentielles avec une sévérité suffisante ainsi que d'étendre les griefs retenus aux décisions des conseils provinciaux.

En application de l'article IV.45 du CDE, le Président du Conseil de la concurrence a autorisé MediCare Market à communiquer ses observations écrites sur le projet de Décision. Veuillez les trouver ci-dessous.

Dans la première partie, MediCare-Market formulera ses observations sur les allégations et affirmations de l'OP émises dans le cadre de la présente procédure et notamment en réponse au communiqué des griefs.

---

[688] Voy. à cet égard Bruxelles, 20 février 2015, *agences de voyage*, paragraphe 50.

https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20150218_cab_hvbb_tui_travel.pdf,

[689] CJUE 10 juillet 2014, C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Telefonica et Tribunal 29 mars 2012, affaire T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Telefonica.

Dans la seconde et troisième partie, MediCare-Market présentera des éléments visant à compléter le Projet de décision que ce soit au regard de la détermination des griefs retenus et de la durée de l'infraction ainsi que de la sanction qui en résulte.

1. OBSERVATIONS SUR LES THÈSES DÉVELOPPÉES PAR L'OP

a. Le concept Medi-Market et son développement (titre III.2)

1. *Le plaignant a pris connaissance des observations formulées par l'OP relative au « concept MediCare-Market » et relayées dans le Projet de décision (titre III.2.3.).*

2. *Le plaignant constate que le Conseil national reprend substantiellement, à cet égard, les développements qu'il opérait dans le cadre de l'action en cessation diligentée devant le Président du Tribunal de Commerce de Nivelles.*

   Le plaignant a répondu à ces développements dans le cadre de la procédure judiciaire diligentée et en a contesté la teneur.

   En particulier, le plaignant a clairement circonscrit les notions de « produits de santé » et d'« actes pharmaceutiques », qui eux-mêmes définissent les contours des « actes caractéristiques » de la profession de pharmacien au sens du Code de droit économique.

   Aux termes de cet examen, le plaignant a, en particulier, démontré l'artifice de l'argumentaire déployé par l'OP suivant lequel, pour les produits qui ne ressortent pas du monopole du pharmacien, des garanties légales complémentaires seraient octroyées au consommateur/patient en termes de « délivrance sûre » lorsque le produit est délivré en officine par le seul pharmacien. Le plaignant renvoie à cet égard aux conclusions de synthèse déposée dans le cadre de la procédure judiciaire et transmis à l'Auditorat dans le cadre de l'enquête.

3. *Ce débat, toutefois, sort du champ de la présente procédure.*

   Contrairement à ce que laisse entendre l'OP, ce débat, en effet, n'étaye nullement l'affirmation de l'OP suivant laquelle :

   > *«En soi, l'OP n'a pas d'a priori à l'égard [du] modèle [Medicare-Market] ou tout autre modèle potentiel. L'OP est neutre à cet égard. Il est donc faux de prétendre que le développement de certains modèles d'exploitation, voire d'enseignes, est « en soi problématique » pour l'OP. L'OP n'intervient pas dans la sphère économique de ses membres et dans la façon dont ils gèrent leurs activités, mais a comme seul objectif sa mission d'intérêt public ».*

   La question de savoir si l'OP avait effectivement ou non une opposition de principe au « modèle » « Medicare-Market », et a mis en œuvre cette opposition au travers de pratiques restrictives de

concurrence, se juge uniquement à l'aune des comportements, des pratiques effectives et des initiatives prises par l'OP.

Elle ne se fonde ni sur l'affirmation de principe, non étayée, d'une absence prétendue d'opposition au modèle, ni sur une démonstration prétendue de la supériorité du « modèle traditionnel » par rapport au « modèle Medicare-Market », qui ne seraient pas des « modèles comparables ».

Le plaignant considère que le débat porté devant le Collège n'a pas trait à l'application du droit pharmaceutique et que les tentatives, malheureuses et inexactes, de l'OP de ramener le débat sur ce terrain doivent être écartées.

b. <u>Observations afférentes à la stratégie d'éviction</u>

4. *L'OP conteste avoir entendu empêcher le développement du modèle MediCare-Market et/ou d'évincer ce modèle du marché des services délivrés par les pharmaciens.*

La thèse développée à cet égard par l'OP consiste essentiellement :

a. à contester l'existence réelle de preuves attestant de l' « objectif » de l'OP d'empêcher le déploiement du concept ;

b. à soutenir qu'il se serait contenté d'agir « en vertu de sa mission d'intérêt public et sur base de violations suspectées des dispositions légales et déontologiques ».

L'OP soutient n'avoir pas eu l'objectif visé dès lors que s'il avait eu cette intention, il aurait porté plainte au disciplinaire contre l'ensemble des pharmaciens actifs au sein du groupe Medicare-Market et il aurait fait appel du jugement rendu par le Président du Tribunal de commerce de Nivelles.

1.1.1 Sur l'objectif de l'OP

5. *Le Projet de décision indique, sur le fondement de nombreux éléments concordants constitutifs d'un « faisceau d'indices se renforçant mutuellement », de la réalité effective de l'existence d'une stratégie claire d'éviction.*

Les constats émis sont accablants.

Le plaignant entend encore ajouter à la longue liste d'éléments d'ores et déjà présentée, ce qui suit.

6. *LA STRATÉGIE D'ÉVICTION AU TRAVERS DE L'ACTION EN CESSATION ENTREPRISE.*

6.1. Le Collège constatera, d'abord, que l'OP ne s'est nullement contenté de poursuivre les seules parapharmacies du groupe Medi-Market et les pharmacies du groupe Medi-Market attenantes les unes aux autres.

L'action en cessation intentée par l'OP visait également explicitement les parapharmacies, telle celle de [CONFIDENTIEL], qui n'a pas de pharmacie attenante, ou encore la holding du groupe. C'est bel et bien le modèle qui est poursuivi, comme le constate, du reste, dans les termes les plus clairs, la décision judiciaire prononcée.

Plus encore, l'attaque diligentée est également opérée ad futurum. Sont non seulement visées les entités existantes du groupe, mais également celles à venir.

6.2. *L'OP, ensuite, a toujours été très clair sur les objectifs poursuivis.*

Comme indiqué au point 105 du Projet de décision, l'OP a activement recherché à impliquer dans le contentieux l'APB, qui défend les intérêts matériels des pharmaciens indépendants, et des pharmaciens individuels.

La demande formulée à l'APB par l'OP est la plus claire : « L'Ordre des pharmaciens envisage de demander au tribunal d'arrêter les activités commerciales de Medi-Market ».

La demande n'est pas de voir corrigées les prétendues infractions constatées : il s'agit de viser l'arrêt pur et simple des activités de Medi-Market, que ce soit au travers de ses pharmacies ou de ses parapharmacies.

6.3. *L'articulation de l'argumentation diligentée devant l'autorité judiciaire atteste manifestement de cette volonté.*

L'OP sollicite qu'il soit fait interdiction de toute confusion, sans plus de détails, dans le chef de toutes les entités, présentes et futures, du groupe MediCare-Market, alors même qu'il soutient, dans le cœur de son argumentaire, que la « confusion » est inhérente au Modèle MediCare-Market et en constitue même son « ADN »[690] (suivant une argumentation des plus floues).

Ces constats ont conduit, à juste titre, Mme la juge en cessation à constater l'irrecevabilité des demandes aux motifs qu'elles ne visent pas à mettre fin à des infractions précises dans le chef de parties identifiées mais à quereller un « concept ».

6.4. *Le choix volontaire et proactif posé par l'OP de lui-même solliciter l'intervention de l'APB et de pharmaciens individuels à l'action en cessation constitue une illustration complémentaire de la volonté réelle d'éviction.*

Si l'OP, comme il le prétend, mettait uniquement en œuvre, par le diligentement de l'action, une mission légale lui dévolue en vue de défendre l'« intérêt général » et la « protection de la santé

[690] Conclusions principales de l'Ordre dans le contentieux judiciaire, point 112.

publique »[691]*, pourquoi donc solliciter précisément et activement l'intervention du syndicat des pharmaciens, l'APB ?*

L'intervention de l'APB et des pharmaciens individuels est précisément sollicitée aux fins d'obtenir l'attaque la plus large du modèle en tant que tel. Il ne s'agit pas d'obtenir, au judiciaire, le rétablissement d'un « intérêt général » prétendument bafoué.

6.5. *L'OP est, en outre, une personne morale de droit public qui, comme elle l'atteste, est investie de mission de service public dans l'intérêt général.*

En cette qualité, et aux fins de s'assurer du fait que son action est effectivement diligentée dans l'intérêt général, l'OP est soumis à une obligation de transparence, et singulièrement à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Par courrier du 3 février 2016, Monsieur Verougstraete sollicitait de l'OP, sur le fondement de cette loi, les documents suivants :

> *-l'ensemble des procès-verbaux des réunions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et de ses organes de travail au cours desquelles les difficultés rencontrées par l'Ordre à l'égard de « Medi-Market » ont été discutées ;*
>
> *- l'ensemble des procès-verbaux des réunions tenues entre les membres du Conseil de l'Ordre, en cette qualité, et les autres parties au procès, en ce compris les parties intervenantes, portant sur cette problématique.*

Par cette demande, Monsieur Verougstraete entendait examiner dans quelle mesure l'action diligentée était effectivement sollicitée sur un fondement légitime ou, comme il le soupçonnait, à mauvais dessein, de nature corporatiste.

Une réponse à son courrier lui fut adressée le par les Présidents du Conseil national le 24 février 2016.

Par ce courrier, ces derniers lui communiquent en particulier copie des extraits des procès-verbaux concernés, à l'issue desquels le plaignant apprend que l'OP entend poursuivre de manière systématique, maintenant et pour l'avenir, les pharmaciens du groupe.

Par ce courrier également, l'OP indique ce qui suit :

> *« Par ailleurs, l'Ordre des pharmaciens ne dispose pas de procès-verbaux de réunions réunissant l'Ordre des pharmaciens et les parties intervenantes ».*

---

691 Cfr. la description faite par l'Ordre des pharmaciens de son propre rôle. En ligne : http://www.ordederapothekers.be/default.aspx?ID=1138&PT=4&G=25&GRT=2&lang=2

Il est pour le moins particulier que lorsque l'OP organise sa stratégie d'attaque à l'endroit d'un acteur économique donné, il l'opère en-dehors de toute transparence et sans même rédiger de PV de ses réunions. Ceci ne laisse pas réellement apparaître un souci réel de poursuite de l'intérêt général.

Mais ce n'est pas tout.

Le plaignant a dû, à son plus grand étonnement, constater, à la lecture du Projet de décision, qu'il existerait bel et bien un procès-verbal d'une réunion tenue entre l'OP et l'APB, partie intervenante. Le plaignant lit, en effet, en note infrapaginale n° 100 du Projet de décision, qu'une réunion s'est effectivement tenue le 30 novembre 2015, dont un procès-verbal a été rédigé et dont l'auditorat a pu prendre connaissance.

L'absence de transparence de l'OP n'est pas le signe de son attachement réel à l'intérêt général prétendu.

6.6. *La stratégie d'éviction est en outre étayée au travers de l'énergie déployée par l'OP aux fins de soutenir son action judiciaire.*

Les moyens déployés ont été considérables. L'OP a ainsi traité des initiatives à prendre contre Medi-Market à quasi l'ensemble de ses réunions plénières. Les conclusions de synthèse de l'OP, rédigées à l'aide des cabinets d'avocats les plus prestigieux, ne comptent pas moins de 135 pages, qui sont le fruit d'un audit juridique le plus large de l'ensemble des initiatives et communications de Medi-Market et qui s'assimile à une véritable « fishing expedition ».

Ces initiatives sont sans commune mesure avec l'objectif prétendu de protection de l'intérêt général, exercé sur le fondement d'une mission publique.

Les constats factuels mis à jour sont d'autant plus patents si l'on a égard aux réalités du litige. Ainsi donc, et à titre d'exemple :

- *L'OP querellait la vente de certains produits sans assistance d'un pharmacien alors qu'un des demandeurs au côté de l'OP (la pharmacie [CONFIDENTIEL]) vendait ces mêmes produits en distributeur automatique ;*

- *L'OP querellait la classification prétendument erronée de produits par Medi-Market, lui permettant de les vendre en-dehors du circuit pharmaceutique, alors que ladite classification était opérée sur le fondement de la classification d'application générale appliquée par l'APB, partie intervenante ;*

- *L'OP querellait de prétendus défauts de notification à l'AFMPS du site WEB PharmaClic.be alors même que le site WEB d'une partie intervenante au côté même de l'Ordre (la pharmacie [CONFIDENTIEL]) n'était pas même notifié du tout ; …*

Manifestement, l'OP n'entendait pas déployer la même énergie dans le contrôle des pharmacies du groupe Medi-Market que dans celui des pharmacies prêtes à agir à ses côtés.

7. *LA STRATÉGIE D'ÉVICTION AU TRAVERS DE LA DÉCISION DE POURSUITES DISCIPLINAIRES*

Comme le constate le Projet de décision, la stratégie de l'OP consistant à minimiser son action en prétendant que seuls 3 pharmaciens du groupe ont été poursuivis ne résiste pas à l'analyse, ne fût-ce que parce qu'elle ne met pas à jour la réalité factuelle qui était une poursuite « systématique ».

Au-delà des constats exacts et pertinents repris en sens par l'Auditeur, l'attaque du Modèle découle également des éléments complémentaires suivants :

7.1. Si, d'abord, l'OP attaque exclusivement certains pharmaciens du groupe – en l'occurrence : les pharmaciens-titulaires -, il se garde bien d'en préciser au Collège les raisons.

La première raison en est, en réalité, que l'OP n'a pas retrouvé, dans ses enquêtes pourtant fouillées, d'infractions déontologiques issues du comportement personnel d'un pharmacien. Les prétendus manquements déontologiques constatés (et singulièrement la « confusion » prétendue du Modèle) sont tous immédiatement liés au Modèle Medicare-Market et non à un manquement personnel d'un pharmacien. Or, lorsque le comportement anti-déontologique n'est pas le fait du pharmacien même mais de l'activité de l'officine en tant que telle, il appartient au pharmacien-titulaire (du moins, pour l'OP lui-même) d'en répondre. Précisément, l'OP, par les plaintes portées devant les conseils provinciaux, tente d'obtenir au disciplinaire, ce qu'il n'a pas obtenu au judiciaire : voir condamné le « concept ». Nullement ne vise-t-il le respect de la déontologie par le pharmacien individuel.

La seconde raison en est que l'OP connaît parfaitement le résultat tangible de son action. La suspension ou la radiation du tableau de l'Ordre implique potentiellement la fermeture de l'officine seulement si le pharmacien concerné en est le pharmacien-titulaire. La poursuite du pharmacien-titulaire en lieu et place du pharmacien non-titulaire n'a pas le même effet sur l'officine en tant que tel. En poursuivant le seul titulaire, il vise également la fermeture de l'officine et, outre le manque à gagner y lié, la mauvaise presse qui l'accompagne.

7.2. Lorsque l'OP, ensuite, se borne à uniquement mentionner les « trois » seuls cas de poursuites dans son chef, il s'abstient de communiquer les détails de son action.

Pour un des contentieux, le Conseil d'appel a dû annuler la décision de première instance sur le constat suivant : le Conseil national était non seulement le plaignant mais en outre, son représentant au sein du conseil provincial avait été désigné, pour ce contentieux précis,

pharmacien-instructeur, ce qui témoignait d'une apparence de partialité telle qu'elle impliquait l'annulation de la décision de première instance.

Pour un second contentieux, le Conseil provincial, sur le constat d'une prétendue confusion entre la pharmacie et la parapharmacie, liée à la séparation des espaces par une porte « vitrée », avait retenu une sanction de un jour de suspension. Le Conseil national n'étant pas satisfait de cette suspension – qui constitue pourtant une sanction lourde au sens de la discipline pharmaceutique-, il a fait appel et obtenu, au niveau de l'appel, une aggravation de la sanction à une peine de 3 mois de suspension, par décision du [CONFIDENTIEL].

Or, il convient de noter que, dans le cadre du diligentement de cette affaire, le Conseil national, par son Président et un assesseur, a désigné un avocat et déposé des conclusions, ce qui est tout à fait inusuel en matière disciplinaire dès lors que le plaignant n'est pas partie à la procédure disciplinaire. Ces conclusions ont manifestement influencé l'orientation des débats au point de conduire à pareille aggravation, tout à fait inusuelle également. Votre Collège notera à cet égard que sur les 102 procédures tranchées par les conseils provinciaux et sur les 23 procédures tranchées par les conseils d'appels, sur l'année 2017, seules 2 décisions sont plus lourdes qu'une suspension de 3 mois[692] !

L'infraction déontologique prétendue, mais parfaitement inexistante, de l'usage d'une porte en verre en lieu et place d'un mur en béton ne mérite la peine maximale sollicitée par le Conseil national que parce qu'il s'agit de viser le plaignant.

8. *LA STRATÉGIE D'ÉVICTION AU TRAVERS DES CAMPAGNES DE PRESSE MENÉES*

C'est encore à juste titre que l'Auditeur constate que la réalité de la campagne de presse du Conseil national témoigne à suffisance d'une stratégie réelle d'éviction.

C'est en particulier le cas lorsque l'OP évoque le prétendu danger pour le consommateur du Modèle MediCare-Market, qui n'est, du reste, étayé par aucune pièce, aucune étude ou quelconque plainte posée par un patient.

Le plaignant entend compléter les éléments mis opportunément en avant par l'Auditeur par les éléments suivants :

8.1. L'OP prétend agir avec grande nuance dans ses propos à l'égard de MediCare-Market.

C'est inexact. La communication de l'OP est claire quant à sa volonté : attaquer le modèle en tant que tel.

Il suffira de constater à cet égard que :

[692] Rapport annuel 2017 de l'OP. En ligne : www.ordredespharmaciens.be

- *C'est bien comme cela que l'APB l'a compris : comme l'APB le reprend dans le procès-verbal de sa séance du 17 février 2015 : « L'Ordre envisage de demander au tribunal d'arrêter les activités commerciales de MediCare-Market » ;*

- *C'est bien comme cela que la presse l'a compris. Les titres des journaux faisant suite aux communications de l'Ordre sont éloquents. Il y est toujours question d'attaquer le concept lui-même.*

- *C'est bien comme cela que le secteur l'a compris.*

  Comme on peut ainsi par exemple le lire dans le journal « De Standaard » du 25 avril 2016, de la bouche du représentant de l'association professionnelle de Flandre orientale, le pharmacien [CONFIDENTIEL] :

  > *« De Orde van Apothekers is intussen naar de rechter gestapt, met de vraag om het concept van Medi-Market te verbieden". (en ligne : http://www.standaard.be/cnt/dmf20160425_02256283).*
  >
  > *Traduction libre :*
  >
  > *«L'Ordre des pharmaciens a entre-temps saisi la justice aux fins de solliciter l'interdiction du concept Medi-Market »*

Le message est d'ailleurs à ce point disséminé auprès des pharmaciens qu'il n'a pas, à ce jour encore, disparu. Ainsi donc, pour illustrer ce constat, le plaignant vous informe de ce qui suit.

Une décision de la commission d'implantation des pharmacies de l'AFMPS, qui est un organe public, ayant avalisé le déménagement d'une pharmacie du groupe MediCare-Market est actuellement contestée devant le Conseil d'Etat sur le motif invoqué suivant : la Commission d'implantation de l'AFMPS n'aurait pas pu, suivant le pharmacien requérant, avaliser le déménagement de la pharmacie au motif qu'en tout état de cause, l'OP s'opposera à l'ouverture de l'officine, le concept MediCare-Market étant prétendument interdit par la déontologie !

8.2. *La communication, ensuite, des présidents de l'OP dans la presse ne constitue pas les seules communications relevantes attestant d'une stratégie d'éviction.*

Le plaignant note que nombre de membres du Conseil de l'OP, dont la qualité de membre est évidemment publique, se sont exprimés dans la presse, toujours dans un sens farouchement opposé à Medicare-Market alors que la tâche première de l'OP, et en premier lieu de ses représentants, est le maintien de la confraternité.

Le plaignant renvoie en particulier aux attaques violentes du Prof .[CONFIDENTIEL] dans la presse, au travers de publications ouvertes.

Il renvoie également aux invectives, reproduites in extenso dans la décision du Collège afférente aux demandes de mesures provisoires[693], du pharmacien [CONFIDENTIEL], membre suppléant du Conseil national, sur le réseau social Facebook, et qualifiant, entre autres le plaignant de « bande de vendeurs de chiens ».

8.3. L'on notera, par ailleurs, que le recours à la technique du communiqué de presse aux fins d'annoncer non seulement la décision d'intenter des actions contre le groupe Medicare-Market, et de préciser dans la foulée que ces actions s'inscrivaient dans la nécessité de protéger le patient mis en danger, est, à notre connaissance, sans précédent.

Le plaignant n'a pas connaissance, et la consultation du site internet de l'OP ne le laisse pas apparaître, de ce que nous avons pu en juger, d'un quelconque précédent en la matière.

9. *Au regard de l'ensemble de ces éléments, qui s'ajoutent aux très nombreux constats mis en exergue par l'Auditeur dans le Projet de décision, il apparaît avec force, selon le plaignant, que l'OP poursuit bel et bien une stratégie volontaire (et même concertée) d'éviction du groupe Medicare-Market et du « concept » qu'il met en œuvre.*

1.1.2 Sur la mission d'intérêt public de l'Ordre

10. *L'OP soutient n'avoir pris les initiatives à l'encontre du groupe Medicare-Market qu'avec la « volonté de faire respecter la loi et la déontologie », prétendant ainsi justifier ses actions.*

11. *Ces affirmations emportent, à tout le moins, les commentaires suivants :*

11.1. L'OP n'est pas le garant de l'intérêt général et n'a pas reçu mission légale de « faire respecter la loi ».

Lorsqu'ainsi, il sollicite du juge le « respect de la loi », il le fait en sa qualité, et sur le fondement d'un intérêt à agir.

L'OP, dans sa défense, omet de préciser que, dans le cadre du contentieux judiciaire, le plaignant avait effectivement contesté sa qualité à agir, et son intérêt à l'action et que ces points n'ont pas été tranchés par le juge, ayant considéré les demandes irrecevables pour d'autres motifs.

A l'estime du plaignant, ni la campagne de presse orchestrée, ni l'action en cessation diligentée n'ont été initiés, contrairement à ce qu'indique l'OP, sur le fondement d'une quelconque « mission d'intérêt public » qui lui aurait été conférée.

Le plaignant renvoie à cet effet à ses conclusions de synthèse déposée dans le contentieux judiciaire diligenté.

---

[693] Décision du 19 juin 2017, demande de mesures provisoires du Groupe Medicare-Market, affaire n° CONC-V/M-17/0017, https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/abc-2017-vm-24_pub_0.pdf

11.2. L'objet même, ensuite, d'une action en cessation, telle celle initiée par l'OP, consiste à rétablir la concurrence loyale entre des acteurs économiques donnés, sur un marché économique donné.

L'action en cessation vise précisément à solliciter d'un acteur économique qu'il modifie son comportement économique sur le marché aux fins de respecter la concurrence loyale, ici prétendument altérée.

Il ne poursuit pas ce faisant le maintien de l'honneur ou de la probité de la profession.

A ce titre, l'OP indique, dans le contentieux judiciaire, agir dans l'intérêt de la profession elle-même, et en sa qualité d'« autorité professionnelle » pour la défense des « intérêts collectifs » des pharmaciens[694]*.*

L'affirmation de l'OP suivant laquelle « l'OP n'intervient pas dans la sphère économique de ses membres et dans la façon dont ils gèrent leurs activités, mais a comme seul objectif sa mission d'intérêt public »[695] *est une affirmation non seulement infondée mais contredite par l'OP dans le cadre d'une autre procédure initiée par lui.*

11.3. Le plaignant constate, en outre, que l'OP a toujours opéré une lecture bien partiale de ce qu'elle entend voir couverte par les notions d'intérêt général et de protection de la santé.

Le plaignant rappelle la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE :

> *«la protection efficace de la santé et de la vie des personnes exige, notamment, que les médicaments soient vendus à des prix raisonnables »* [696]*.*

12. *L'affirmation de l'OP suivant laquelle il se serait contenté de poursuivre une mission publique lui dévolue et n'aurait eu pour seule ambition que de voir respectée la loi et la déontologie est contredite en fait.*

13. *Même toutefois à supposer que telle serait la réalité, quod certe non, l'on n'aperçoit pas en quoi ce constat serait de nature à influer le présent contentieux.*

Ce n'est pas parce que l'OP poursuivrait en général l'objectif de faire respecter la loi ou la déontologie qu'il pourrait pour autant utiliser ses pouvoirs pour violer le droit de la concurrence.

Le droit de la concurrence est imbriqué dans sa mission publique, il n'en est pas le contour. Comme le notent T. BONTINCK et F. PUEL :

---

694 Conclusions de synthèse de l'OP, p. 32.
695 Projet de décision, p. 18.
696 Arrêt du 20 mai 1976, de Peijper, 104/75, ECLI:EU:C:1976:67, et arrêt du 19 octobre 2016, Deutsche Parkinson, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776.

« L'actualité des autorités de la concurrence atteste de ce que les Ordres professionnels sont à la croisée des chemins. Il leur appartient de passer au filtre du droit de la concurrence leurs réglementations, leurs pratiques et leurs comportements afin de supprimer les restrictions excessives de nature économique tout en maintenant celles qui se justifient dans la poursuite de leur mission d'intérêt général ».

Que l'OP ait dans les faits, quod non, mis en œuvre sa stratégie d'éviction en appliquant les pouvoirs qui lui sont conférés au nom de l'intérêt général, ne rend pas la stratégie d'éviction plus légitime pour autant.

c. <u>Le marché géographique pertinent est le territoire belge</u>

14. *Dans le Projet de décision, l'auditeur a déterminé de manière motivée et étayée le marché géographique au niveau national.*

15. *L'OP estime que le marché pertinent devrait être considéré comme local.*

Son raisonnement ne peut être suivi.

16. *L'action de l'OP ne peut pas être limité au niveau local. Les actions d'opposition s'appliquent clairement dans toute la Belgique et visent l'ensemble du concept de MediCare-Market. Le démarrage de chaque nouvelle enseigne a été systématiquement bloqué, quel que soit son lieu d'implantation comme il a été amplement démontré dans la plainte.*

17. *Nous référons également à la décision du 26 octobre 2007 du Conseil de la concurrence ou le Conseil a considéré que la dimension des normes déontologiques et des communications édictées par l'OP est nationale :*

« les normes déontologiques et les communications édictées par l'Ordre ont un caractère national. Le Conseil de la concurrence estime que les effets concurrentiels des règles établies par l'Ordre se font sentir en dehors du contexte purement local, compte tenu de leur caractère national. En effet, tout pharmacien qui ne respecte pas les normes et communications établies par l'Ordre peut se voir sanctionner et ce, quelle que soit l'organisation professionnelle à laquelle il appartient localement. Ainsi, pour l'analyse concurrentielle des pratiques imputables à l'Ordre, le Conseil tiendra également compte des effets sur le territoire de la Belgique »[697].

Cette décision a été confirmé par la Cour d'appel dans son arrêt du 7 avril 2009[698].

18. *Il conviendra, par ailleurs, d'avoir égard aux éléments suivants :*

[697] Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, §38.
[698] Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 avril 2009, 2007/MR/5.

18.1. La campagne de presse mise en œuvre concerne l'ensemble du territoire belge. Elle a été reprise dans des journaux de presse générale, des deux côtés de la frontière linguistique.

18.2. L'action en cessation visait, comme l'a jugé le juge en cessation, l'interdiction du « concept » Medi-Market, que ce soit au travers des enseignes existantes ou à venir. C'est bien sur ce fondement que le juge en cessation a constaté l'irrecevabilité des demandes.

18.3. C'est bien parce que l'OP souhaite bloquer le développement du « concept » « Medicare-Market » sur l'ensemble du territoire belge qu'il avise l'ensemble des conseils provinciaux par courrier de l'intentement d'une action judiciaire.

Il s'agit ce faisant d'assurer une cohérence d'attitude de l'OP sur l'ensemble du territoire.

d. ***L'OP est une association d'entreprise soumise au droit de la concurrence***

19. *Dans le cadre de la présente procédure, l'OP considère qu'elle a une mission et des obligations d'intérêt public et qu'elle exerce certaines tâches juridictionnelles de sorte qu'elle ne peut pas simplement être assimilée à une association d'entreprises.*

Ainsi, en particulier, l'OP indique que les conseils disciplinaires sont des juridictions au sens de la Constitution et de l'article 267 TFUE et que leurs actions ne peuvent pas être sanctionnées par l'ABC.

Le contrôle des décisions disciplinaires reviendrait à la Cour d'appel et à la Cour de Cassation. L'OP appuie sa position à cet égard sur un arrêt de la Cour de Cassation du 27 novembre 1997[699]*.*

20. *Le Collège, dans sa décision sur la demande de mesures provisoires, a clairement confirmé que l'OP doit être considéré comme « une association d'entreprises au sens de l'article IV.1 §1 du CDE lorsqu'un de ses organes adopte des règles ou prend des décisions qui visent le comportement de ses membres dans le cadre de leurs activité économique* ***et cette qualification vaut notamment à l'égard d'une décision disciplinaire d'un conseil provincial*** *»*[700]*.*

Le Collège a également considéré « ***qu'il peut prendre en considération des décisions d'un organe de [l'OP] qui font encore objet d'un recours*** *afin d'établir s'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent être retenus dans la décision au fond comme des éléments constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence* [701]*».*

Depuis 1999, la Cour de Cassation considère en effet les Ordres professionnels, et notamment l'Ordre des pharmaciens, comme des associations professionnelles dont les décisions doivent être

[699] Voir par.282-283 du Projet de décision.
[700] Décision du 19 juin 2017, demande de mesures provisoires du Groupe Medicare-Market, affaire n° CONC-V/M-17/0017,https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/abc-2017-vm-24_pub_0.pdf,page 67, par 23.
[701] Ibid, page 67, par. 27.

examinés au regard des exigences du droit de la concurrence[702] *et notamment lorsqu'ils sortent de leurs missions d'intérêt général.*

21. *En espèce, il ressort des nombreuses pièces transmises par MediCare-Market dans le cadre de sa plainte qu'en lançant les nombreuses procédures disciplinaires à l'encontre des pharmaciens de Pharmaclic, et en prenant les diverses initiatives malheureuses décrites à l'encontre de MediCare-Market, l'OP ne cherche pas tant à protéger l'intérêt général (et notamment les intérêts des consommateurs), mais bien l'intérêt économique de ses seuls membres exerçant leurs activités dans le cadre d'officines traditionnelles, et ce, afin de limiter la concurrence et de bloquer l'entrée sur le marché du nouveau Modèle Medi-Market/PharmaClic.*

22. *Ces poursuites et décisions disciplinaires, en outre, font partie d'une stratégie claire et annoncée d'exclure un nouvel acteur sur le marché. Les nombreuses actions de harcèlement de l'OP ne sont pas des actions indépendantes les unes des autres mais ont été coordonnées pour bloquer le Modèle Medi-Market / PharmaClic. Comme indiqué par l'auditeur, parallèlement à son action en cessation, l'OP a décidé de lancer des procédures disciplinaires* ***à l'encontre de la quasi-totalité des pharmaciens-titulaires*** *travaillant dans les pharmacies PharmaClic du groupe MediCare-Market. Soulignons également que les décisions consécutives des conseils disciplinaires se calquent quasi parfaitement sur les arguments du Conseil national ce qui est également confirmé par l'auditeur*[703]*.*

23. *Les positions adoptées par les différents conseils provinciaux qui ont imposé des sanctions disciplinaires aux différents pharmaciens sont similaires, voire identiques.*

Il faut en conclure que la poursuite disciplinaire des pharmaciens est indépendante de leur propre comportement déontologique. Les conseils leur imposent des mesures disciplinaires pour la seule raison qu'ils travaillent dans une officine de PharmaClic. Parce qu'un pharmacien travaille chez PharmaClic, il violerait les règles déontologiques et sera poursuivi par l'OP ce qui constitue un détournement manifeste de l'objectif et de l'objet des règles déontologiques.

Dans une telle situation, il s'agit des décisions des associations d'entreprises à laquelle le droit de la concurrence s'applique et il revient au Collège de l'ABC de la condamner.

24. *La compétence de l'ABC afférente au contrôle des décisions disciplinaires est aujourd'hui de jurisprudence constante. Les termes de l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 mai 1999 sont éloquents:*

> *« Le fait que l'Ordre des pharmaciens est chargé de la mission légale de veiller au respect de la déontologie pharmaceutique et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres et il ne poursuit, dès lors, aucun but économique,*

[702] Cass., 7 mai 1999, AR D.98.0013.N ainsi que Cass., 25 février 2000, AR D.98.0041.F ; 2.3 Cass., 3 janvier 2002, D000024N ; Cass. 2 février 2006, AR D.04.0020.N ; Cass., 27 avril 2007, AR. D.06.0010.N
[703] Voir par.103 du projet de décision.

n'empêche pas que l'Ordre doit être considéré comme une association d'entreprises au sens de l'article 2, § 1er, de la loi du 5 aout 1991.

Les autorités publiques ont confié certaines missions à l'Ordre, notamment celle de veiller au respect de la déontologie et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres. L'Ordre ne poursuit pas ainsi un but économique mais remplit des tâches légales pour lesquelles il s'est d'ailleurs vu accorder une compétence réglementaire par ces autorités.

Cela n'empêche toutefois pas qu'il constitue une association d'entreprises au sens de l'article 2, § 1er, de la loi du 5 août 1991 dont les décisions, dans la mesure où elles ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence, doivent être examinés par les organes disciplinaires de l'Ordre eu égard aux exigences de la Loi sur la concurrence.

Qu'une décision d'un organe de l'Ordre qui impose à un ou à plusieurs de ses membres des limitations de la concurrence qui ne sont pas nécessaires au maintien des règles fondamentales de la profession mais qui en réalité tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à instaurer ou à maintenir un régime économique, peut constituer une décision d'une association d'entreprises *dont la nullité peut être constatée d'office par le conseil d'appel[704] ».*

Le même raisonnement est appliqué dans plusieurs arrêts ultérieurs de la Cour de cassation[705].

Comme l'indique T. Bontinck et F. Puel : « l'utilisation de ces compétences disciplinaires aux fins d'imposer des comportements restrictifs de concurrence est sévèrement sanctionné »[706].

Dans sa décision sur la demande des mesures provisoires, le Collège le formule également de manière très claire :

« Le Collège considère que l'autorité de concurrence doit reconnaître la compétence de la Défenderesse pour apprécier les conditions dans lesquelles un pharmacien exerce sa profession, ***pour autant qu'elle le fasse dans les limites de sa mission et donc pour des motifs d'intérêt général.*** *Il en est autrement dans la mesure où les actions d'un Ordre ne poursuivent pas un objectif qui cadre dans les limites de sa mission.»[707]*

---

[704] Cass., 7 mai 1999, AR D.98.0013.N ainsi que Cass., 25 février 2000, AR D.98.0041.F ; 2.3 Voir aussi la décision du conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 confirmée sur ce point par la Cour d'appel de Bruxelles, 7 avril 2007.
[705] Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N ; Cass. 2 mai 2002, – D.01.0011.N ; Cass. 2 février 2006, AR D.04.0020.N ; Cass., 27 avril 2007, AR. D.06.0010.N
[706] T. Bontinck et F. Puel, *Ordres professionnels et droit de la concurrence-plaidoyer pour une entente cordiale*, Larcier, p.154, 2 déc. 2013.
[707] Décision du Collège de l'ABC du 19 juin 2017 précitée, page 72, par 52-53.

25. *Le même raisonnement peut être trouvé dans la décision ONP de la Commission européenne du 8 décembre 2010*[708]*. La Commission y considérait que l'Ordre National des Pharmaciens français était soumis au droit de la concurrence et avait, de façon consciente et systématique, défendu exclusivement les intérêts économiques de la majorité de ses membres et pas l'intérêt général.*

26. *Une telle position a également été confirmée en France. Dans l'arrêt du 16 mai 2000, relatif à une procédure engagée à l'encontre du Conseil central de l'Ordre national des pharmaciens, ayant donné lieu à la décision n° 97-D-18 du 18 mars 1997 du Conseil de la concurrence français concernant des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile, la Cour de cassation français a jugé ce qui suit :*

> *« la cour d'appel a pu décider que la diffusion [d'un communiqué] dans lequel le Conseil central diffusait une interprétation inexacte du code de la santé publique sur laquelle il se fondait pour manifester son opposition à l'activité de portage de médicaments à domicile, ne manifestait pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique, sortait de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'ordre professionnel, et constituait une intervention sur le marché (…) dont le Conseil de la concurrence pouvait connaître ».*

27. *Dans la décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, le Conseil de la concurrence français a rappelé qu' « [i]l est de jurisprudence constante (cf. notamment les décisions du Conseil n° 97-D-26 du 22 avril 1997 et n° 02-D-14 du 28 février 2002, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 novembre 2002 « Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres experts » et l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000) que lorsqu'un Ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui lui est conférée en tant qu'Ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce »*[709]*.*

28. *Il est, enfin, utile de rappeler que le Collège de l'ABC a clairement indiqué dans sa décision sur la demande de mesures provisoires « qu'il n'est prima facie pas manifestement déraisonnable de penser que des décisions et comportements d'organes de [l'OP] puissent constituer une infraction, éventuellement avec récidive, à l'article IV.1 CDE, sinon aussi à l'article 101 TFUE en cas d'affectation du commerce entre Etats membres, et éventuellement aux articles IV.2 CDE et 102 et 106 TFUE »*[710]*.*

---

[708] Décision du 8 décembre 2010, Affaire 39510 – ONP, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39510/39510_1203_3.pdf

[709] Décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d43.pdf, point 39.

[710] Décision du Collège précitée, par. 56.

Le Collège se réfère aux décisions et comportements suivants :

- *L'imposition du respect du prix maximum (V.2.2.a. i);*
- *La décision d'entamer une procédure en cessation et la position prise par l'OP dans le cadre de cette procédure, visant notamment la cessation d'octroi de bons de réduction (V.2.2.a.ii) ;*
- *L'interdiction d'exploiter une pharmacie, identifiable comme telle, au sein d'un établissement spécialisé dans les produits et services de santé et de bien-être (V.2.2.b);*
- *Les restrictions concernant les heures d'ouverture (V.2.2.c);*
- *La campagne de dénigrement (V.2.2.d)*
- *La poursuite des pharmaciens sans référence à une infraction déontologique commise par eux pour viser le modèle commercial de MediCare-Market (V.2.2.e. i).*

29. *En ce qui concerne la décision disciplinaire du 17 mars 2016 du Conseil provincial [CONFIDENTIEL] infligeant une suspension d'une semaine, le Collège indique clairement que l'OP « n'a pas démontré que la décision du 17 mars 2016 soit justifiée par des arguments de l'intérêt général qu'elle doit sauvegarder dans le cadre de sa mission de droit public. »*

Le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] avait infligé la sanction de suspension au pharmacien titulaire de l'enseigne [CONFIDENTIEL] parce qu'il avait accepté de travailler dans une structure qui engendre une confusion de genre certaine entre le concept de la grande surface et de la pharmacie. Le Collège n'est clairement pas convaincu par cet argument et souligne le fait que MediCare-Market organise, contrairement à beaucoup de pharmacies traditionnelles, dans ses établissements une distinction nette entre la section pharmacie et parapharmacie. Le Collège note à juste titre qu'elle « comprend par ailleurs mal qu'on semble reprocher à [MediCare-Market] de porter atteinte à l'image de la profession en créant la confusion par un défaut de séparation entre les deux types de magasins, par exemple par des pratiques vestimentaires, tandis qu'une partie importante de la superficie des pharmacies classiques est souvent dédiée à des produits parapharmaceutiques où les clients sont servis par des pharmaciens et leurs assistants […]. »

30. *En réalité, et pour reprendre les propos de T. Bontinck et F. Puel : « il est acquis que les Ordres sont soumis aux règles de la concurrence »*[711]*.*

Lorsque l'OP, au travers de l'ensemble des poursuites diligentées, tant au judiciaire qu'au disciplinaire, intervient contre Medi-Market, il prend des actions qui ne sont nullement étrangères à la sphère des échanges économiques.

En particulier, lorsqu'il entame des poursuites devant le juge en cessation, dans le cadre d'une action fondée sur la violation des articles VI.93, VI.97 et VI.104 du Code de droit économique, son action

[711] T. Bontinck et F. Puel, *Ordres professionnels et droit de la concurrence-plaidoyer pour une entente cordiale*, Larcier, p.141, 2 déc. 2013.

n'est évidemment pas étrangère à la sphère des échanges économiques. Précisément : l'OP entend obtenir du juge l'ordre de voir Medicare-Market se conformer au comportement économique qu'il sollicite.

Lorsque l'OP indique qu'il sollicitera une modification [CONFIDENTIEL] en vue d'interdire qu'une parapharmacie soit accolée à une pharmacie, car telle est « sa position » et qu'il entend ainsi faire un « lobbying légitime » pour « défendre les intérêts de ses membres »[712]*, il s'ingère dans le comportement économique des membres de la profession.*

La volonté de l'OP de voir interdire en fait, que ce soit au travers d'une jurisprudence disciplinaire ou judiciaire, un concept économique donné, ne constitue rien d'autre que « l'expression de la volonté de représenter les membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique »[713]*. Pareille mise en œuvre doit être considérée comme participant d'une action d'une « association d'entreprise ».*

31. *Pareille qualification opère, du reste, sans préjudice du droit d'agir en justice.*

Personne ne conteste à l'OP le droit d'agir en justice pour les finalités pour lesquelles il a été créé.

Le plaignant reproche par contre à l'OP, en particulier :

- *En premier lieu, d'agir en justice pour d'autres finalités que celles pour lesquelles il a été créé, et en particulier aux fins d'imposer un comportement économique donné aux acteurs économiques ;*

- *En second lieu, d'agir en justice en-dehors des missions légales et de la qualité lui légalement dévolues.*

32. *MediCare-Market partage l'analyse développée dans le Projet de décision suivant laquelle l'OP a bel et bien agi en qualité d'associations d'entreprises dans le cadre de ses initiatives prises à l'encontre du concluant.*

e. <u>Effets anticoncurrentiels</u>

33. *L'OP soulève que l'Auditorat n'a pas démontré l'existence des effets anticoncurrentiels conformément à l'article 101 (1) du TFUE*[714]*.*

Comme clairement expliqué par l'auditeur dans le Projet de Décision, les décisions de l'OP sont des restrictions de concurrence par objet, et il n'est donc en principe pas nécessaire de démontrer les

[712] Projet de décision, point 136.
[713] T. Bontinck et F. Puel, *Ordres professionnels et droit de la concurrence-plaidoyer pour une entente cordiale*, Larcier, p.143, 2 déc. 2013.
[714] Par. 292 e.s. du projet de décision.

effets anticoncurrentiels. MediCare-Market se réfère à cet égard également à l'arrêt T-Mobile ou le Tribunal a considéré « qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article [101, paragraphe 1, TFUE] lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. ***Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée*** *ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation »*[715]*.*

34. *Néanmoins, MediCare-Market tient à souligner que le comportement anticoncurrentiel de l'OP a en effet produit des effets négatifs potentiels mais aussi réels, comme d'ailleurs également indiqué par l'auditeur*[716]*.*

35. *MediCare-Market ne nie pas que son modèle connaît un certain succès. Par rapport aux projections prudentes et conservatoires reprises au business plan initial, les ouvertures d'officine et de parapharmacie ont dépassé les attentes.*

    Il n'en est pas moins que les actes et initiatives malveillants de la part de l'OP ont constitué indéniablement un frein réel aux développements que le groupe n'aurait sans doute pas pu surmonter s'il n'avait été soutenu d'emblée par différents investisseurs.

36. *A ce titre, MediCare-Market se réfère au fait que son business plan initial prévoyait un coût très modeste par an pour couvrir les frais des services des avocats, ce qui s'est avéré beaucoup plus élevé par la suite à cause de tous les frais juridiques qui ont dû être supporté par le groupe MediCare-Market dans le cadre de sa défense contre les manœuvres répétées de l'OP*[717]*.*

    Les coûts ont été induits par :

    - *les procédures disciplinaires,*
    - *l'action en cessation intentée par l'OP (une indemnité de procédure de €5000 chacun a été allouée à MediCare-Market et PharmaClic par le Tribunal de commerce du Brabant Wallon),*
    - *la plainte et la demande de mesures provisoires devant l'ABC ainsi que la préparation d'une citation pour une action en responsabilité.*

37. *Assurément par ailleurs, les pratiques dénigrantes de l'OP ont porté atteinte de manière significative, et durablement, à l'image du groupe MediCare-Market en présentant les filiales de la société MediCare-Market, de manière erronée, comme des supermarchés de santé à but purement commercial qui présenteraient un danger pour la santé*[718]*.*

---

[715] Arrêt du 4 juin 2009, T-mobile, C‑8/08, ECLI:EU:C:2009:343, §43.
[716] Par 320 e.s.
[717] Voir annexe 10 de la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.
[718] annexes 35, 36, 37, 38 à la plainte

S'il est donc impossible de démontrer le scénario contrefactuel de la croissance de cette entreprise en l'absence d'actions malveillantes de l'OP et donc l'ampleur du succès qu'aurait eu le projet de MediCare-Market sans ces pratiques restrictives, il est incontestable que ces actions ont freiné son développement.

38. *Enfin, il est nécessaire de mentionner les difficultés rencontrées par MediCare-Market de recruter des pharmaciens. Cette difficulté est, outre la pénurie, bien entendu immédiatement liée aux actes délétères initiés par l'OP. Il est extrêmement délicat de recruter un pharmacien lorsque le seul choix du groupe MediCare-Market expose ce dernier à des poursuites disciplinaires comme il ressort clairement de l'attestation en annexe 11 à la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.*

39. *Les réponses aux annonces de MediCare-Market restent très faibles et en cas de prise de contact personnelle et plus proactive, MediCare-Market constate immédiatement une résistance dès que les pharmaciens, qui sont pourtant en recherche d'emploi, sont conscients qu'il s'agit d'une vacance pour une enseigne Pharmaclic.*

    Leur motivation est pratiquement chaque fois la même : ils craignent des représailles de l'OP qui a clairement passé le message qu'elle continuera à attaquer systématiquement les pharmaciens qui viendraient travailler dans une enseigne Pharmaclic.

40. *Les conséquences de la pression constante de la part de l'OP pour les pharmaciens qui sont actuellement actifs dans les Pharmaclic ne peuvent pas davantage être sous-estimées. Ils se sentent épiés et contrôlés à outrance et ressentent cela comme un harcèlement moral par toutes les voies possibles (convocations, contrôles, procès,…).*

41. *Cet harcèlement de l'OP est un obstacle réel au développement du Groupe Medi-Market. Il n'est pas seulement difficile de trouver des pharmaciens, mais également de convaincre les pharmaciens de continuer à travailler pour les enseignes PharmaClic. Pour compenser cette réticence, MediCare-Market est contraint d'offrir à ces pharmaciens des conditions salariales plus attractives et une prime de fin d'année et de recourir aux services de sociétés de recrutement, ce qui suscite un coût supplémentaire.*

2. OBSERVATIONS SUR LES GRIEFS ET LA DUREE DE L'INFRACTION

a. Les griefs retenus

42. *Le plaignant souhaite souligner qu'à son estime, l'auditeur a été trop prudent dans la détermination des griefs retenus.*

Les décisions disciplinaires

43. *Premièrement, MediCare-Market constate que l'auditeur vise dans son projet de décision uniquement les décisions du Conseil national de l'OP et non les décisions des conseils disciplinaires.*

Néanmoins, ces derniers doivent également respecter le droit de la concurrence en adoptant des décisions qui visent le comportement des pharmaciens dans le cadre de leurs activité économique.

La conclusion de la Cour de Cassation dans l'arrêt du 7 mai 1999 ne laisse aucun doute à cet égard :

> ***Une décision d'un organe de l'Ordre qui impose à un ou à plusieurs de ses membres des limitations de la concurrence qui ne sont pas nécessaires au maintien des règles fondamentales de la profession mais qui en réalité tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à instaurer ou à maintenir un régime économique, peut constituer une décision d'une association d'entreprises*** *dont la nullité peut être constatée d'office par le conseil d'appel*[719] *».*

44. *Ce raisonnement s'applique à tous les organes de l'OP et donc également aux conseils disciplinaires.*

45. *Nous attirons d'ailleurs l'attention du Collège sur l'article 19 de l'arrêté royal n° 80 relatif à l'Ordre des pharmaciens qui dispose que :*

> *« Aucune décision prise en application de l'article 6, 1° et 2°, ne peut être fondée sur des motifs d'ordre racial, religieux, philosophique, politique, linguistique ou syndical, ni sur le fait pour le pharmacien d'être attaché à un organisme déterminé. Toute ingérence dans ces domaines est interdite. »*

Cette règle est d'ordre public.

46. *L'article trouve son origine dans la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des pharmaciens, celle-ci ayant été abrogée par l'arrêté royal n° 80. Les travaux préparatoires de cette loi clarifient la raison pour laquelle cette disposition a été adoptée. Plus précisément, l'adoption de cet article était considérée nécessaire par crainte de voir l'Ordre des pharmaciens « se préoccuper de tous les problèmes relevant uniquement des associations professionnelles au lieu de s'en tenir aux missions qui leur sont dévolues par la loi. »*

47. *En effet, certains conseils provinciaux avaient pris des mesures pour diverses raisons qui n'avaient rien de commun avec « le respect de la déontologie pharmaceutique, l'honneur, la discrétion, la probité et la dignité des membres de l'Ordre dans l'exercice de la profession, et même en dehors de l'activité professionnelle dans le cas de fautes graves rejaillissant sur l'honneur de la profession »*

Plus précisément,

> *« [c]es mesures semblent être appliquées surtout aux pharmaciens qui désirent s'établir en qualité de pharmaciens-gérants ou qui sont attachés à un organisme assurant le service pharmaceutique au profit d'un groupement ou d'une catégorie de personnes.*

[719] Cass., 7 mai 1999, AR D.98.0013.N ainsi que Cass., 25 février 2000, AR D.98.0041.F ; 2.3 Voir aussi la décision du conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 confirmée sur ce point par la Cour d'appel de Bruxelles, 7 avril 2007.

Il n'est pas douteux que le comportement de ces Conseils provinciaux en cette matière est contraire aux dispositions légales, et notamment à celle de l'article 6 qui prévoit que « toute ingérence dans ce domaine leur est interdite ». ***Il résulte très clairement des textes légaux et des documents parlementaires que le législateur n'a pas voulu pareille intervention****. »*[720].

48. *Les positions adoptées par les différents conseils provinciaux qui ont imposé des sanctions disciplinaires aux différents pharmaciens sont similaires, voire identiques. En outre, le Conseil national de l'OP a décidé de poursuivre tout pharmacien engagé au sein d'une officine PharmaClic. Il faut en conclure que la poursuite disciplinaire des pharmaciens est indépendante de leur propre comportement déontologique.*

49. *Les sanctions disciplinaires imposées aux pharmaciens de MediCare-Market visent à interdire d'exercer leur profession dans le cadre du nouveau concept et constituent une entente illégale visant à évincer un concurrent. En réalité, le seul fait que l'employeur PharmaClic du pharmacien est situé dans un espace adjacent à une parapharmacie du groupe MediCare-Market suffit, comme tel, à justifier l'intentement d'une action disciplinaire à son encontre.*

Les actions de l'OP sont manifestement contraires à l'intention du législateur telle que formalisée dans la loi du 19 mai 1949. Comme le disait la « Nationale Pharmaceutique » dans le projet de loi créant l'Ordre des pharmaciens[721]*: « il serait, en effet, exorbitant d'admettre qu'une juridiction quelconque, à laquelle participent des magistrats, aille condamner un citoyen qui appliquerait la loi. »*

C'est toutefois la situation que subit actuellement MediCare-Market.

50. *L'OP, à l'estime de MediCare-Market, ne se limite pas aux missions qui lui sont dévolues par la loi : il instrumentalise les compétences qui lui sont dévolues aux fins d'éliminer un nouvel acteur du secteur*[722]*.*

Comme déjà mentionné ci-dessus, le Collège de l'ABC a explicitement reconnu dans sa décision du 19 juin 2017 que les décisions disciplinaires d'un conseil provincial peuvent être captées par l'article IV.1§1 du CDE et « qu'il peut prendre en considération des décisions d'un organe de [l'OP] qui font encore objet d'un recours afin d'établir s'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent être retenus dans la décision au fond comme des éléments constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence ».

---

[720] Proposition de la loi modifiant la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des Pharmaciens, Doc. Parl., sénat, session 1951-1952, n° 75, p. 1-4. Voir dans la même sens aussi Projet de loi créant l'Ordre des Pharmaciens, Sénat, An. Parl, session 1948-1949, séance du mercredi 17 novembre 1948, Discussion générale et vote des articles, n° 4, p. 64.
[721] Projet de loi créant l'Ordre des Pharmaciens, Sénat, An. Parl, session 1947-1948, séance du mardi 13 juillet 1948, n° 76, p. 1692.
[722] Comme dans l'affaire *Labco*, Aff. 39510 précitée.

51. *En plus, il ne peut pas être ignoré que les conseils disciplinaires n'opèrent pas de manière indépendante du Conseil national de l'OP et certainement pas dans le présent cas. L'influence que le Conseil national de l'OP exerce sur les conseils disciplinaires est également soulignée par l'auditeur :*

> *« L'auditeur relève […] l'influence que le Conseil national de l'OP peut exercer sur les conseils disciplinaires. En effet, outre l'ensemble des capacités d'intervention mises à sa disposition par le législateur, les membres effectifs, ou, le cas échéant, suppléants du Conseil national de l'OP assistent, en cette qualité, systématiquement aux séances des conseils provinciaux. Dans le présent cas, il y a lieu d'ajouter que, au vu des communications du Conseil national de l'OP sur son site internet, les membres des conseils provinciaux ne pouvaient ignorer le point de vue du Conseil national de l'OP consistant à condamner dans son essence même le modèle MediCare-Market, comme le reconnait explicitement le conseil d'appel d'expression française dans sa décision rendue dans le cadre de l'affaire [CONFIDENTIEL]. L'auditeur constate en l'occurrence que cette influence est flagrante puisque l'argument de la confusion a été développé quasiment à l'identique dans les décisions adoptées par les conseils provinciaux, y compris ceux qui n'ont pas été formellement saisis par le conseil national de l'OP »*[723].

52. *Toutefois, nous attirons l'attention du Collège sur le fait que malgré le message clair du Collège dans la décision du 19 juin 2017, l'OP poursuit ses pratiques anticoncurrentielles.*

Ainsi, le [CONFIDENTIEL], le Conseil d'appel néerlandophone de l'OP a décidé de condamner [CONFIDENTIEL], une pharmacienne de l'enseigne Pharmaclic [CONFIDENTIEL], à une sanction disciplinaire de 3 mois de suspension. Cette condamnation est extrêmement lourde, au regard de l'arsenal de sanction dont dispose l'OP, et constitue une aggravation substantielle de la condamnation (déjà lourde) prononcée en 1ère instance par le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] d'un jour. Le Conseil a constaté trois infractions :

- *L'utilisation d'une croix de pharmacie « clignotante » en contrariété avec l'article 79 du code de déontologie pharmaceutique ;*
- *La confusion entre la parapharmacie et la pharmacie déduite de l'agencement des locaux et d'une publicité toute-boîte ;*
- *L'envoi d'une publicité « toute-boîte » par Medi-Market, qui est assimilé à une forme de démarchage indirect au profit de PharmaClic.*

53. *Les 2ème et 3ème infractions sont qualifiées par le Conseil d'appel de manquements déontologiques graves, alors que [CONFIDENTIEL] n'est pas à l'origine de la « publicité » querellée à l'encontre du médicament Toplexil et que la « publicité » est en réalité un article de presse, paru dans le journal «[CONFIDENTIEL] » du [CONFIDENTIEL]. Il en va d'ailleurs de même de la pharmacie PharmaClic.*

[723] Par 160 du Projet de Décision.

Malgré les avertissements clairs du Collège de l'ABC, l'OP a donc continué à sanctionner systématiquement les pharmaciens de MediCare-Market pour des raisons similaires et même encore de manière plus grave.

Campagne de dénigrement

54. *Deuxièmement, il convient de noter que la campagne de dénigrement de l'OP ne se limite pas à l'intervention du président du Conseil national de l'OP dans la presse le 23 et 24 décembre 2015*[724].

Le Conseil national de l'OP précise aussi, dans un communiqué de presse de février 2016, que «L'Ordre des pharmaciens est d'avis que cette confusion, ainsi que diverses non-conformités qu'il a constatées, expose les patients à des risques »[725].

55. *L'OP communique pareils messages alarmistes par l'intermédiaire de tribunes libres posées par ses membres, en particulier [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL]*[726] *:*

> *« Les supermarchés de la santé entretiennent la confusion des genres, sous le grand chapeau de la médecine. Un pas en arrière pour nos soins de santé !*
>
> *[…]*
>
> *Permettez-nous donc de douter, au vu des arguments utilisés, que ces supermarchés du médicament et des produits de santé, répondent en Belgique à un besoin de Santé publique ? Si on ne met pas un coup d'arrêt à cette marchandisation à outrance, attendons-nous demain à d'autres abus tels des investissements privés massifs dans le secteur des cliniques et hôpitaux privés. La Belgique sera-t-elle un nouvel eldorado pour les marchands de sante ?»*

56. *Cette campagne de presse agressive a par ailleurs conduit Madame la Ministre de la Santé Publique Maggie De Block elle-même à réagir au travers d'une réponse parlementaire.*

Alors que [CONFIDENTIEL] qualifiait « Medi-Market » de « supermarché du médicament » - créant lui-même la confusion en qualifiant les parapharmacies de supermarché du médicament, ce que les sociétés du groupe MediCare-Market ne sont pas et n'ont jamais été, Madame la Ministre De Block répond de manière éloquente :

> *« Il n'y a pas de "supermarché du médicament" en Belgique. L'enseigne Medi-Market recouvre deux activités distinctes et physiquement séparées: des pharmacies et des parapharmacies. Les petites et moyennes parapharmacies existent depuis de nombreuses années sous différentes enseignes, comme Kruidvat et iU.*

[724] Annexes 35 et 36 de le plainte.
[725] Annexe 37 de la plainte.
[726] Article de la Libre d'Octobre 2015 : Annexe 38 de la plainte.

Medi-Market n'innove que par la taille des magasins. Les parapharmacies doivent se faire enregistrer auprès de l'AFSCA et ne peuvent pas vendre de médicaments. Les pharmacies MediMarket de [CONFIDENTIEL] et de [CONFIDENTIEL] ont été contrôlées peu après leur ouverture par des inspecteurs de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé (AFMPS). Aucun manquement n'a été constaté » [727].

57. *A ces constats doivent être en outre ajoutés les propos insultants tenus par [CONFIDENTIEL], membre suppléant du Conseil national, sur le réseau social Facebook, relaté supra.*

Le plaignant a été obligé, eu égard à la nature des propos tenus, de soumettre ces propos à la saisine du conseil provincial compétent.

b. <u>Durée de l'infraction</u>

58. *L'auditeur fixe le début de l'infraction au 22 octobre 2015 et constate qu'elle n'a pas cessé à ce jour au point 201 du projet de décision. Il estime, à juste titre, que l'OP n'a pas cessé de mettre en œuvre ses stratégies d'éviction :*

> *« On peut notamment citer à cet égard les conclusions finales de l'OP dans le cadre de la procédure en cessation, datées du 20 mai 2016, les conclusions du Conseil national de l'OP du 20 décembre 2016 dans le cadre de la procédure mettant en cause le pharmacien [CONFIDENTIEL] et les conclusions du Conseil national de l'OP du 16 février 2017 dans le cadre de la procédure mettant en cause le pharmacien [CONFIDENTIEL]. La décision récente du conseil provincial [CONFIDENTIEL] démontre que l'infraction produit toujours ses effets ».*

59. *Le plaignant s'interroge sur la position de l'auditeur reprise aux points 206 et 207 selon lesquels l'infraction a pris fin à la date de l'acquiescement par le Conseil national de l'OP au jugement rendu dans le cadre de l'action en cessation, soit le 26 janvier 2017.*

Selon l'auditeur, il dispose de preuves jusqu'à cette date que le Conseil national de l'OP a agi à intervalles réguliers contre le modèle MediCare-Market tandis que les éléments de preuve sont disparates après cette date.

Pourtant, le dossier de pièces contient de nombreux éléments attestant d'actions de l'OP, constitutives de pratiques restrictives de la concurrence, postérieurement à cette date :

- *le Conseil national de l'OP a encore déposé des conclusions le 16 février 2017 dans une procédure disciplinaire.*

[727] Question de M. Daniel SENESAEL à la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique sur les « supermarchés » du médicament et des produits de santé (n° 7204), Compte rendu analytique de la Commission de la Santé publique, de l'Environnement et du Renouveau de la Société du 26 janvier 2016 (matin), Ch. Des Repr., 2015-2016 – PIECE 83 . Nous mettons en exergue.

- *le Conseil d'appel néerlandophone a imposé à [CONFIDENTIEL] le [CONFIDENTIEL] une sanction de suspension de deux mois.*

- *une décision disciplinaire d'avertissement a été adoptée le 13 décembre 2017 à l'encontre de la pharmacienne [CONFIDENTIEL], titulaire de l'officine Pharmaclic de [CONFIDENTIEL].*

- *une procédure en cassation est en cours contre la décision du Conseil d'appel néerlandophone du [CONFIDENTIEL]. Dans le cadre de cette procédure, l'OP a désigné un avocat et a déposé des conclusions le 17 janvier 2018.*

- *une nouvelle procédure disciplinaire a été entamée le 2 mai 2018 à l'encontre du pharmacien titulaire de l'officine Pharmaclic à [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL].*

60. *MediCare-Market souhaite également indiquer que l'auditeur souligne à juste titre que le point de départ de l'infraction est le jour au cours duquel la stratégie d'éviction a été élaborée. Ce jour est néanmoins bien avant le 22 octobre 2015 comme cela ressort clairement des déclarations faites lors des réunions de l'OP*[728]*.*

61. *Dès leur création, les pharmacies du groupe Medicare-Market ont été harcelées par les pharmaciens traditionnels et l'OP via des échanges de courriers et des réunions.*

Par courrier du 8 mai 2015[729]*, l'OP a pris contact avec l'exploitant d'une Pharmacie PharmaClic à [CONFIDENTIEL]. Ce courrier comprenait un grand nombre de reproches concernant les activités déployées par le groupe Medicare-Market dans la Pharmacie et la Parapharmacie de [CONFIDENTIEL] (les deux premiers sièges d'exploitation du groupe).*

Une réunion s'est ainsi tenue le 14 juillet 2015 entre l'OP et la direction de MediCare-Market et il ressort du procès-verbal de cette réunion[730] *que le reproche principal de l'OP était déjà la prétendue confusion entre les espaces de pharmacie et de parapharmacie.*

Comme expliqué dans la plainte, malgré tous les efforts de MediCare-Market de répondre aux préoccupations de l'OP, elle a soudainement décidé de rompre les discussions unilatéralement et introduit la procédure en cessation le 22 octobre 2015.

Afin de comprendre les raisons de cette rupture subite, MediCare-Market a sollicité copie des procès-verbaux des séances du Conseil national de l'OP, sur le fondement de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

---

[728] Voir la description de l'historique dans la plainte de MediCare- Market, page 25 e.s.
[729] Annexe 5 de la plainte.
[730] Annexe 7 de la plainte.

Ces procès-verbaux se révèlent éclairants[731]*. Ils laissent apparaître qu'il n'a jamais été question, dans le chef du conseil de l'OP, de trouver une solution à l'amiable. Dès le mois de janvier 2015, il est en effet décidé d'agir « avec force ». C'est dans ce cadre que des exploits d'huissiers sont sollicités par l'OP dès le mois d'avril 2015, soit préalablement et parallèlement à l'initiative amiable prise.*

62. *Le fait de ne pas entrer dans une discussion constructive avec MediCare-Market est un choix volontaire posé par l'OP. La lecture du procès-verbal de la séance du Conseil national du 22 janvier 2015*[732] *donne un éclairage utile à ce choix. On y lit :*

> *« [CONFIDENTIEL] ».*

63. *Il ne s'agit pas donc pas de chercher à ce que les sociétés du groupe MediCare-Market respectent la loi et/ou la déontologie, mais surtout à obtenir le blocage complet du Modèle Medi-Market/PharmaClic et cela depuis l'entrée sur le marché de ce Modèle et donc bien avant le 22 octobre 2015.*

Il peut être conclu que l'infraction a débuté en janvier 2015 et qu'elle n'a pas cessé à ce jour.

3. OBSERVATIONS SUR LA SANCTION

64. *L'auditeur conclut dans le Projet de Décision que l'OP a violé l'article IV.1 CDE et l'article 101 TFUE en évinçant le Modèle MediCare-Market du marché des services pharmaceutiques et en imposant indirectement à MediCare-Market un prix minimum de vente des médicaments.*

L'amende que l'auditeur propose d'imposer est entre [500.000 et 2.500.000 EUR].

65. *MediCare-Market est bien sûr satisfait de la conclusion selon laquelle des infractions graves au droit de la concurrence ont été commises.*

La sanction proposée appelle toutefois les observations suivantes.

a. Durée de l'infraction

66. *Point 352 du Projet de Décision se lit comme suit : « Conformément à ce qui a été mentionné au point III.5, l'auditeur considère que l'infraction a débuté le 22 octobre 2015 et se prolonge à ce jour ».*

En revanche, le point 381 indique que « l'infraction a duré un an et trois mois ».

67. *Il ne ressort dès lors pas clairement du Projet de décision quelle période exacte a été prise en considération par l'auditeur pour calculer sa proposition d'amende.*

---

[731] Annexe 18 de la plainte
[732] Annexe 18 de la plainte.

En toute hypothèse, le plaignant tient à préciser que, comme clairement démontré ci-dessus, l'infraction a débuté en janvier 2015 et n'a pas cessé à ce jour. MediCare-market est toujours victime du comportement anticoncurrentiel de l'OP.

b. <u>Circonstances aggravantes</u>

68. *MediCare- Market ne partage pas la conclusion de l'Auditorat qu'aucune circonstance aggravante ne doit être prise en compte*[733].

69. *Le paragraphe 28 des Lignes Directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003*[734] *prévoit que :*

> *« Le montant de base de l'amende peut être augmenté lorsque la Commission constate l'existence de circonstances aggravantes, telles que:*
>
> - *Lorsqu'une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que cette entreprise a enfreint les dispositions de l'article 81 ou de l'article 82. Le montant de base sera augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée.*
> - *Refus de coopérer ou obstruction pendant le déroulement de l'enquête;*
> - *Rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction. La Commission portera également une attention particulière à toute mesure prise en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction et/ou à toute mesure de rétorsion prises à l'encontre d'autres entreprises en vue de faire respecter les pratiques constitutives d'une infraction ».*

70. *En espèce, il y a deux circonstances aggravantes qui justifient une augmentation de l'amende:*

- *Le fait que l'OP a déjà été condamné par le Conseil de la Concurrence en 2007 pour des faits similaires ;*
- *Le fait que l'OP a joué un rôle prépondérant et est à l'origine de l'infraction.*

71. *L'OP a déjà été condamné par l'ancien Conseil de la Concurrence par une décision du 26 octobre 2007*[735] *et ce, à la fois, pour ses règles déontologiques relatives à l'interdiction de la publicité et des ristournes, à la fois, pour les communications qu'il entretenait sur ce sujet.*

---

[733] Point 353 du Projet de Décision.
[734] JO C 210, 1.9.2006, p. 2–5
[735] Annexe 43 de la plainte.

L'OP revient pourtant, encore et toujours, avec le même argumentaire suivant lequel un bon de réduction ne favoriserait pas l'usage rationnel du médicament mais pousserait à la surconsommation.

Comme reconnu par l'Auditorat[736], l'OP a donné suites aux plaintes des pharmaciens en tentant de limiter, voire d'interdire, les ristournes appliquées par MediCare- Market sur le prix de vente des médicaments ce qui revient à imposer indirectement un prix minimum de vente des médicaments au plaignant.

L'OP continue donc à essayer d'obtenir la fin de la pratique des ristournes bien que le Conseil de la Concurrence a déjà condamné ce comportement dans le passé et que le Cour de Cassation et le Conseil d'État ont confirmé la légalité la pratique de ristournes[737].

C'est donc avec une mauvaise foi manifeste que l'OP présente sous la forme de l'évidence un comportement prétendument illégal dans le chef de MediCare-market, alors qu'elle sait pertinemment bien (ayant déjà été condamné dans un contentieux de même nature) que tel n'est pas le cas.

72. *Cette récidive est également constatée par le Collège dans sa décision sur les mesures provisoires en ce qui concerne la pression sur les heures d'ouverture :*

> *« Il apparait du dossier que le Conseil provincial [CONFIDENTIEL] a mis la pression sur la pharmacienne titulaire de l'enseigne [CONFIDENTIEL] au sujet des heures d'ouverture.*
>
> *Le Collège rappelle que le Conseil de la Concurrence a condamné la Défenderesse dans sa décision du 26 octobre 2007 pour une interdiction aux pharmaciens d'ouvrir leur officine en dehors des horaires normaux d'ouverture »[738].*

73. *L'OP a joué un rôle de premier plan dans la présente affaire et a également encouragé d'autres parties à participer à l'infraction. Comme indiqué dans le Projet de Décision[739], l'OP a activement recherché à impliquer dans le contentieux l'APB (le syndicat des pharmaciens) et des pharmaciens individuels. La demande de l'OP à l'APB, comme il ressort du compte-rendu de la session du conseil fédéral de l'APB du 17 février 2015, ne laisse aucune place au doute : « L'Ordre des pharmaciens envisage de demander au Tribunal d'arrêter les activités commerciales de Medi-Market. »*

Une telle demande n'a qu'un seul but : la cessation complète des activités (pharmaceutiques et parapharmaceutiques) de MediCare-Market. L'intervention de l'APB et des pharmaciens est

[736] Points 174 e.s. du Projet de Décision.
[737] Arrêt de la Cour de Cassation du 6 mai 2004, RGC 03.0107, arrêt du Conseil d'État n° 164.825 du 16 novembre 2006.
[738] Décision du Collège de l'ABC sur les mesures provisoires précitée, points 45-46.
[739] Point 105 du Projet de Décision.

clairement sollicitée aux fins d'obtenir l'attaque la plus large du modèle et pas pour mettre fin à des prétendues infractions précises.

Toutefois, le rôle de meneur ressort très clair des différents messages qui paraissent dans la presse et le message qui est diffusé en interne. Nous vous renvoyons à cet égard a ce qui a été développé au point 8 de nos observations.

c. <u>Autres éléments qui justifient une augmentation de l'amende</u>

74. *L'OP a déjà à de multiples reprises été qualifié formellement d'association d'entreprise, singulièrement lorsque son action s'insère dans la sphère économique et/ou participe de la volonté d'imposer un comportement économique donné à ses membres.*

75. *Ces décisions émanent de la Commission européenne, de la jurisprudence de la Cour de cassation, de la doctrine mais aussi de décisions antérieures de Votre Collège. Certaines de ces décisions datent d'il y a plus de 20 ans.*

Il n'y a plus le moindre doute quant à la qualification de l'OP en association d'entreprise. Comme le notent F. Puel et T. Bontinck, il est par ailleurs « acquis que les Ordres sont soumis au droit de la concurrence »[740]*.*

76. *Malgré cela, la position de l'OP, soit affichée, soit de manière beaucoup moins transparente, est toujours de se dresser en opposition au droit de la concurrence. La déontologie participerait selon l'OP d'un devoir moral supérieur.*

Il est ainsi par exemple pour le moins singulier de constater que l'OP dépose dans un dossier disciplinaire contre un pharmacien du groupe des conclusions dans lesquelles il soutient encore, et en contrariété manifeste avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il n'appartient pas au juge disciplinaire de vérifier si la plainte ne participe pas d'une volonté de restreindre la concurrence.

Pire encore : l'OP va, dans ces conclusions, jusqu'à soutenir que le simple fait d'avancer l'argument de la violation du droit de la concurrence constitue en tant que tel « un discours purement commercial », qui « prend le pas sur le service de la santé publique ». En d'autres termes, la concurrence ne procèderait que d'une vulgaire appréciation strictement commerciale, en-deçà de la hauteur morale à laquelle l'Ordre s'attache…

77. *L'on constatera, également, que depuis la demande opérée par Medi-Market de prendre connaissance des procès-verbaux des réunions de l'OP le concernant, sur le fondement de la loi sur la publicité des administrations, l'OP, comme le constate l'Auditeur a décidé de ne plus rédiger de PV que laconique et sans référence au contenu des discussions menées. L'OP, plutôt que de décider d'appliquer la réglementation à laquelle il est soumis, préfère renoncer à la transparence.*

[740] *Op. Cit.*

78. *Alors que voilà 20 ans que l'OP est qualifié d'association d'entreprise, il est manifeste que son intention n'est toujours pas d'en prendre la mesure.*

d. <u>A titre subsidiaire : l'amende proposée n'est certainement pas disproportionnelle</u>

79. *Enfin, le plaignant souhaite souligner que, contrairement à ce que l'OP a soulevé, l'amende proposée par l'Auditorat (et pas davantage qu'une amende plus élevée, d'ailleurs) ne reviendrait pas à signer sa fin.*

80. *Même si l'OP ne serait pas en mesure de le supporter dans son intégralité, ce qui est fort douteux, il y a toujours la possibilité prévue dans l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 que lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable,* ***elle est tenue de lancer à ses membres impliqués[741] un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende****.*

MediCare-Market se réfère à cet égard à ce que la Commission européenne a conclut dans la Décision ONP du 8 décembre 2010 :

> *« Dans la présente affaire, la Commission entend infliger une amende conformément à l´article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 comme elle l'a déjà indiqué dans la communication des griefs, et pourrait recourir, le cas échéant, à l'article 23, paragraphe 4, dudit règlement dans des procédures ultérieures.* ***Par conséquent, la situation financière de l'ONP n'est pas pertinente dans la détermination du montant de l'amende*** *»[742].*

81. *L'amende maximale de 249.884, 79 EUR proposée par l'OP, dans la perspective où le Collège retenait comme chiffre d'affaires pertinent le total des revenus de l'OP, n'aura aucunement un effet suffisamment dissuasif.*

82. *N'oublions pas, d'abord, que l'OP a déjà été condamné dans le passé pour des faits similaires (voir ci-dessus), ou a minima largement comparables.*

83. *L'amende doit avoir l'effet dissuasif suffisant de nature à effectivement freiner toute velléité de poursuite du comportement délictuel.*

84. *Or, précisément, le plaignant rappelle que l'OP n'a pas ménagé ses efforts aux fins de bloquer le Modèle.*

Comme il l'indiquait supra, les initiatives prises ont été discutées à quasi toutes les séances du Conseil national (pour lesquelles les membres de l'OP touchent un jeton de présence).

---

[741] Cette possibilité ne compte pas pour les membres qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qu'elles en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées. Voir à cet égard l'Article 23 §4 du Règlement n°1/2003.

[742] Décision Labco, déjà cite, par.744.

Ces initiatives ont engendré des frais de conseil considérables. Si MediCare-Market, comme démontré dans le courant de la procédure, a été contraint de dépenser plus de 300.000 EUR à la défense de ses intérêts en frais d'avocat (ce qu'il n'aurait pas pu faire s'il n'avait bénéficié d'investisseurs obligeants en soutien, ce qui démontre à quel point l'attitude de l'OP peut être restrictive pour les entrants sur le marché), ces frais sont à la mesure de l'ampleur de l'attaque subie.

L'OP a financé les meilleurs cabinets d'avocats pour diligenter son action en cessation. Il a déposé pas moins de 135 pages de conclusions de synthèse et déployé la plus grande énergie, prenant du reste la forme d'une « fishing expedition », pour déceler dans les faits et gestes du plaignant toute ébauche d'une possibilité d'une infraction légale ou disciplinaire. Il a poursuivi ses actions au disciplinaire, en y désignant également des conseils, et initié même des procédures en cassation, pour toujours rechercher la sanction la plus lourde à l'endroit des pharmaciens du groupe.

85. *Il serait heureux, de la part de l'OP, et dans un esprit de transparence vis à-vis tant de ses membres que du Collège, de faire l'exercice réel et honnête de comptabiliser effectivement le coût de ses actions et initiatives contre le Modèle MediCare-Market, comprenant à la fois les frais de conseils, les jetons de présence aux réunions, les frais découlant du travail effectué par son personnel, notamment ses juristes, les frais de personnel des conseils provinciaux, lorsqu'ils ont agi sur demande du Conseil national, les frais d'huissier (l'OP a fait réaliser un nombre important de constats par des huissiers contre Medicare-Market), …*

Il est probable que cette comptabilisation mette à jour que l'OP a consacré pas moins de 10% de son « chiffre d'affaires », sinon davantage, uniquement à attaquer un membre, au détriment donc de la mission légale lui dévolue de précisément défendre la déontologie et la confraternité.

Une amende doit, pour avoir un quelconque effet dissuasif, être largement supérieure à la somme que l'acteur économique donné est prêt à lui-même consentir pour réaliser l'infraction.

Une amende, en l'occurrence, de 250.000 EUR n'est pas de nature à remplir cette exigence.

V. Réponse de l'Ordre des pharmaciens

21. Le 1er février 2019, l'Ordre des pharmaciens a répondu aux observations déposées par Medicare-Market de la manière suivante : «

I. INTRODUCTION

1. *Le 11 janvier 2019, MediCare-Market a soumis ses observations au Projet de décision déposé par l'Auditorat (« **Projet** ») (ci-après, les « **Observations** »). Le Collège de la concurrence de l'ABC (ci-après « **Collège** ») a transféré les Observations à l'OP le 15 janvier 2019. Par courriel du 21 décembre 2018, le Collège a indiqué que l'OP devait répondre aux Observations pour le 1er février 2019 au plus tard. Le 23 janvier 2019, l'Auditorat a communiqué sa décision de ne pas déposer de réplique écrite concernant les Observations.*

2. *Ci-dessous, l'OP entend limiter sa réplique aux éléments « nouveaux » développés par MediCare-Market (« nouveaux » dans le sens où ces éléments n'ont pas été retenus par l'Auditorat). L'OP s'en réfère à sa réponse au Projet du 7 janvier 2019 (ci-après, la « **Défense** ») concernant les arguments de MediCare-Market qui réitèrent simplement les écrits de l'Auditorat.*

3. *L'intérêt principal des Observations est qu'elles constituent l'illustration parfaite de la stratégie de MediCare-Market à l'égard de l'OP, et ceci à deux titres :*

- *Depuis quelques années, MediCare-Market s'est lancée dans une vraie croisade à l'encontre de l'OP. Force est de constater que MediCare-Market n'est nullement la victime qu'elle prétend être ou qu'elle se retrouverait dans une position défensive et déplorable. Bien au contraire, elle a opté pour une stratégie d'attaque sans pareille et sans égard aux coûts engendrés (en ce compris pour les autres parties concernées) : campagne médiatique massive et souvent dénigrante à l'égard de l'OP, attitude très agressive à l'égard des autres parties impliquées dans la procédure en cessation, plainte auprès de l'ABC, demande en mesures provisoires auprès de l'ABC, préparation d'une citation pour une action en responsabilité, etc.. En somme, pour utiliser sa propre terminologie (et celle de l'Auditorat), elle a poursuivi une vraie « stratégie d'éviction » à l'égard de l'OP. En réalité, MediCare-Market fait tout ce qu'elle reproche à l'OP. L'OP note par ailleurs que pour des raisons ignorées par l'Auditorat, MediCare-Market a décidé d'épargner l'APB – le compte-rendu de la séance du Conseil fédéral de l'APB du 17 mai 2016[743] est révélateur sur ce point : « Entretemps un contact informel a eu lieu entre C. Ronlez et Y. Verougstraete de Medi-Market où ce dernier a exprimé la volonté de rencontrer l'APB de façon informelle. En même temps, il a annoncé de vouloir continuer la procédure contre l'Ordre jusqu'au bout. » (c'est l'OP qui souligne). Depuis 2015, le seul objectif de MediCare-Market a été de nuire à l'OP et de le neutraliser. Avec succès.*

- *MediCare-Market construit un amalgame, crée une perception (pour ne pas dire une fiction), même une confusion, mais ne prouve rien. Ses allégations manquent manifestement en fait ou sont tout simplement trompeuses. Juridiquement, rien n'est étayé.*

4. *Une partie de la stratégie de MediCare-Market a été d'instrumentaliser l'Auditorat. L'OP ne peut que constater que cette stratégie a porté ses fruits.*

II. OBSERVATIONS CONCERNANT LES THÈSES DÉVELOPPÉES PAR L'OP

5. *Aux paragraphes 1 à 3, MediCare-Market indique (i) qu'elle conteste, en s'en référant aux conclusions de synthèse déposées dans le cadre de la procédure judiciaire, avoir commis des infractions à la législation et à la déontologie et (ii) que la discussion concernée n'est pas pertinente concernant la démonstration de*

[743] Dossier Projet, APB, B. Réponse APB DDR_MEDI-MARKET-Version confidentielle (3)

l'existence d'une stratégie d'éviction et d'une stratégie d'imposition des prix minimums et qu'un tel débat ne devrait pas être porté devant l'ABC.

6. *Concernant les infractions commises par MediCare-Market, l'OP fait référence aux paragraphes 68-85, 145-162 et 193-194 de la Défense. L'OP partage en principe le point de vue de MediCare-Market selon lequel les débats portant sur le droit pharmaceutique ne devraient pas être portés devant l'ABC (cf. paragraphes 147 et 206-213 de la Défense à cet égard). Cependant, l'OP n'a d'autre choix que de soulever ces éléments dans la mesure où l'Auditorat soutient que ses actions formées à la suite des infractions commises par MediCare-Market constitueraient des indices d'une stratégie d'éviction et/ou d'une stratégie d'imposition des prix minimums (cf. paragraphes 148 et 149 de la Défense à cet égard). Ces infractions démontrent en effet la base et le sérieux de l'action de l'OP.*

7. *Aux paragraphes 6.1 à 6.6, MediCare-Market réitère les éléments avancés par l'Auditorat sur la base desquels ce dernier a conclu que l'action en cessation entreprise par l'OP aurait constitué une stratégie d'éviction. Il s'agit notamment des éléments suivants :*

- *paragraphes 6.1 et 6.3 – le choix de l'OP de mettre en cause toutes les sociétés de MediCare-Market existantes à l'époque (cf. paragraphe 106 du Projet). L'OP se réfère à cet égard aux paragraphes 133 à 134 de la Défense. De plus, l'OP rappelle que l'action en cessation ne concernait pas seulement l'infraction liée à la confusion mais également d'autres infractions reprochées à diverses sociétés du groupe, identifiées de manière individuelle[744] ; il était donc nécessaire de mettre en cause l'ensemble des sociétés (existantes à l'époque) du groupe MediCare-Market. Le fait que la présidente du Tribunal de commerce n'ait pas jugé la demande de l'OP recevable – et ce, malgré le fait que l'OP avait identifié les infractions reprochées aux différentes sociétés que constituaient à l'époque le groupe MediCare-Market – ne préjuge en rien du droit de l'OP d'agir en cessation dans le cadre de sa mission légale. Contrairement aux allégations de MediCare-Market, il ne s'agissait par ailleurs pas d'une action ad futurum (ce que même l'Auditorat ne prétend pas).*

- *paragraphes 6.2 et 6.4 – l'intervention de pharmaciens individuels et de l'APB. Pour des raisons d'ordre strictement procédural liées à la nature de l'action en cessation, l'OP avait exprimé le souhait qu'un ou plusieurs pharmaciens individuels se joignent à l'action en cessation. Ces derniers étaient par ailleurs partie prenante, ayant été eux-mêmes à la base du contentieux. Il est inexact de prétendre que l'OP aurait activement sollicité l'intervention de l'APB (cf. paragraphe 105 du Projet). L'OP a informé l'APB d'une possible procédure en cessation et lui a laissé la faculté de se joindre à son action. La décision d'intervenir était une décision prise par l'APB de façon autonome et l'OP n'a exercé aucune pression à l'égard de l'APB (l'OP voit par ailleurs mal quels moyens de*

[744] Dossier Projet, OP, B. vc annexe 2 tableau des infractions reprochées.

pression il aurait à l'égard de l'APB). Les documents internes de l'APB démontrent par ailleurs de manière convaincante le rôle actif de l'APB en cette matière et l'OP continue à s'étonner du choix de l'Auditorat de maintenir l'APB hors cause[745]*. De toute façon, la phrase citée par MediCare-Market à travers ses Observations provient d'un compte-rendu de l'APB. Elle ne peut donc constituer une preuve des prétendues intentions de l'OP. L'OP renvoie à cet égard également au paragraphe 15 ci-dessous.*

8. *Au paragraphe 6.5, MediCare-Market semble accuser l'OP de ne pas avoir respecté la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Cet argument concerne un élément nouveau qui ne relève pas de la compétence de l'ABC.*

9. *Au paragraphe 6.6, MediCare-Market fournit quelques exemples d'autres pharmaciens ayant commis des erreurs similaires et conclut que « l'OP n'entendait pas déployer la même énergie dans le contrôle des pharmacies du groupe Medi-Market que dans celui des pharmacies prêtes à agir à ses côtés ». MediCare-Market soutient donc qu'il n'est pas normal que d'autres pharmaciens n'aient pas eu à répondre des mêmes actes qui lui sont reprochés. Cet argument est dénué de fondement et n'est ni prouvé, ni avéré (cf. par exemple le paragraphe 132 de la Défense – MediCare-Market avait par ailleurs l'option de saisir les instances disciplinaires, ce que visiblement elle n'a pas fait). Pour le surplus, une infraction (alléguée) par un tiers ne peut jamais constituer une cause d'exonération de son propre comportement.*

10. *Aux paragraphe 7.1 de ses Observations, MediCare-Market s'étonne du fait que l'OP ne poursuive que des pharmaciens-titulaires. L'OP peine à comprendre le raisonnement de MediCare-Market. Il est évident et non contestable que le pharmacien-titulaire est responsable de la conformité de sa pharmacie avec la loi et la déontologie (cf. en ce sens l'article 14 du Code de déontologie*[746]*).*

11. *Concernant la référence de MediCare-Market au « second contentieux » (paragraphe 7.2 des Observations – il s'agit de l'affaire [CONFIDENTIEL]), l'OP précise qu'il n'a rien fait d'autre que de former*

---

[745] L'OP s'étonne de l'importance donnée au rôle de l'APB dans ce contexte ; si le soutien de l'APB à l'action en cessation était une preuve de l'intention malveillante de l'OP, l'Auditorat aurait sûrement dû impliquer l'APB (cf. à cet égard les paragraphes 63-64 de la Défense).

[746] *« [Le pharmacien] maintient son indépendance dans l'exercice de sa profession : il demeure responsable des actes accomplis par lui-même ou sous son autorité. »*

Voy. aussi article 8 de la Loi coordonnée relative à l'exercice des professions des soins de santé : *« Chaque officine pharmaceutique est placée sous la responsabilité d'un ou de plusieurs pharmaciens-titulaires. Lorsqu'il y a plusieurs pharmaciens-titulaires, l'un d'entre eux est désigné comme responsable pour accomplir les formalités administratives nécessaires dans le cadre de la procédure d'enregistrement visée à l'article 18, § § 1er et 3.*

Chaque pharmacien-titulaire est responsable sur le plan pénal, civil et disciplinaire des actes pharmaceutiques, de la gestion de l'officine pharmaceutique pour autant que celle-ci ait une influence directe sur les actes pharmaceutiques et de l'application de la législation, notamment des dispositions relatives aux bonnes pratiques pharmaceutiques en officine. Lorsqu'il y a plusieurs pharmaciens-titulaires, ils sont tous responsables de façon solidaire des responsabilités visées ci-dessus comme s'ils exerçaient ces tâches en leur nom et pour leur compte propre. (…)»

un appel incident suivant l'appel du pharmacien. Quant à la sanction, l'OP n'a pas demandé les trois mois de suspension que le Conseil d'appel a imposé. Dans ses conclusions, l'OP a simplement demandé, au vu des circonstances spécifiques de cette affaire, de ne pas aller en-dessous de la sanction imposée par le conseil provincial (demande que l'OP a par ailleurs amplement justifiée[747]). En tout état de cause, l'OP a suffisamment décrit ces procédures aux paragraphes 121 à 130 de la Défense.

12. *Au paragraphe 8 des Observations, MediCare-Market estime que la campagne de presse du Conseil national de l'OP témoigne d'une stratégie d'éviction sur la base d'une perception alléguée de la part de l'APB, la presse et le secteur. MediCare-Market se réfère de plus aux déclarations d'un pharmacien sur Facebook.*

13. *L'OP ne peut pas être tenu responsable d'une prétendue perception par des tiers. L'OP réitère qu'il n'a pas mené de campagne dans la presse et que ses communications ont toujours été réactives. C'est bien MediCare-Market qui menait – et continue de mener – une campagne de presse massive (et par ailleurs très agressive à l'égard de l'OP)[748]. En effet, la présentation par la presse est souvent principalement basée sur les déclarations de MediCare-Market.*

14. *De plus, ainsi qu'expliqué dans la Défense (paragraphes 142, 143, 267 et 283 de la Défense), l'OP n'a jamais souhaité interdire le concept MediCare-Market. Le seul souci de l'OP était de s'assurer que cette formule de distribution n'impliquait pas de violation de la déontologie et/ou de la loi (telle que l'interdiction de tromper les patients en donnant la fausse impression que la vente de produits parapharmaceutiques était réalisée sous la supervision d'un pharmacien). De plus, ainsi qu'expliqué au paragraphe 132 de la Défense, l'OP a intenté une action contre le pharmacien ayant tenu des propos dénigrants sur Facebook. MediCare-Market en est au courant mais préfère ne pas mentionner cet élément critique. Difficile d'y voir une preuve d'une stratégie d'éviction.*

15. *Aux paragraphes 11 à 13, MediCare-Market prétend que l'OP n'aurait pas reçu mandat légal de « faire respecter la loi ». L'OP dispose bien évidemment d'un tel mandat en vertu de la loi et il suffit de s'en référer au paragraphe 49 de la Défense à cet égard. MediCare-Market réitère ensuite son argument selon lequel l'OP n'avait pas d'intérêt à agir dans le cadre de son action en cessation. Il n'en est rien et l'OP avait clairement pris position à cet égard dans ses conclusions de synthèse :*

> *« 39. (…) <u>En l'espèce, l'Ordre ne conteste pas qu'il ne poursuit aucun but économique.</u> Il n'est pas légalement requis, par ailleurs, que l'Ordre soit un concurrent des défenderesses ou qu'elles opèrent exactement dans le même domaine d'activité que l'Ordre pour pouvoir agir contre elles. Il suffit que l'Ordre puisse faire valoir un intérêt à l'action.*

---

[747] Dossier Projet, MM, AD.Annexe2_[CONFIDENTIEL]- conclusions OP.

[748] En effet, comme décrit au paragraphe 136 de la Défense, ce sont précisément les déclarations de MediCare-Market dans la presse qui ont causé la fin des discussions de conciliation fin 2015. S'il y a eu une *« rupture subite »* comme MediCare-Market le prétend au paragraphe 61 de ses Observations, cette rupture était entièrement due au comportement de MediCare-Market. L'OP conteste par ailleurs les allégations de MediCare-Market au même paragraphe selon lesquelles il n'aurait pas voulu atteindre une solution à l'amiable. La seule durée des tentatives de conciliation (plus de six mois) démontre qu'il y avait, au moins du côté de l'OP, une vraie volonté d'aboutir.

41. Les travaux préparatoires de la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des pharmaciens, qui a précédé l'arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens, indiquent que, « dans l'esprit des auteurs de la proposition, l'Ordre doit être créé, d'une part en vue de protéger la profession contre les prétentions de tiers qui n'offrent pas, pour le service à la communauté, les même garanties morales et scientifiques que les pharmaciens ; d'autre part, pour préserver la communauté contre les dangers auxquels elle peut être exposée lorsque les pharmaciens prêtent leurs services individuellement et sans contrôle compétent. » (c'est l'OP qui souligne).

16. *MediCare-Market estime que le marché géographique est national car (i) le lancement de la nouvelle enseigne aurait été systématiquement bloqué et que (ii) la dimension des normes déontologiques et des communications édictées par l'OP est nationale. MediCare-Market a manifestement tort, l'intervention de l'OP n'a jamais concerné que quelques-uns des points de vente de MediCare-Market. De plus, les griefs développés par l'Auditorat ne portent pas sur les règles déontologiques élaborées par le Conseil national de l'OP mais sur les allégations d'une stratégie d'éviction de MediCare-Market du marché belge ou d'une imposition de prix minimum. Il suffit de se référer aux paragraphes 214 à 224 de la Défense à cet égard.*

17. *Aux paragraphes 19 à 32, MediCare-Market énonce que (i) l'OP et ses organes sont soumis au droit de la concurrence et (ii) que toutes les décisions de tous les organes de l'OP sont des décisions d'association d'entreprises au sens de l'article IV.1 CDE.*

18. *Par référence au paragraphe 226 de la Défense, l'OP ne conteste pas que pour certaines de ses activités l'OP doive être qualifié d'association d'entreprises et que – par référence au paragraphe 229 de la Défense – les conseils disciplinaires sont tenus de respecter et d'appliquer le droit de la concurrence dans leurs décisions. Il est cependant de jurisprudence constante que l'ABC n'est pas compétente vis-à-vis des organes disciplinaires qui ont été établis par le législateur (voy. paragraphe 230 de la Défense). Ceci n'est pas contesté par l'Auditorat qui a indiqué que ses griefs ne portent pas sur les décisions des conseils disciplinaires. En effet, les conseils disciplinaires sont des juridictions – cf. paragraphe 55 de la Défense – placées sous la supervision de la Cour de cassation (et non pas de l'ABC).*

19. *Concernant l'argumentation de MediCare-Market au paragraphe 31, il faut noter que si l'OP agissait en justice pour d'autres finalités que celles pour lesquelles il a été créé ou en dehors de son mandat légal, le tribunal compétent déclarerait sans aucun doute la demande irrecevable. Pour le surplus, l'OP rappelle le droit fondamental d'agir en justice et s'en réfère aux paragraphes 234 à 249 de la Défense.*

20. *Aux paragraphes 33 à 41, MediCare-Market s'en réfère entre autres aux coûts liés aux procédures disciplinaires et judiciaires afin d'en déduire que les actions de l'OP ont eu un effet anticoncurrentiel. MediCare-Market n'apporte cependant aucun élément de preuve d'un prétendu effet anticoncurrentiel et se limite à faire des déclarations et des hypothèses non-fondées. Plus fondamentalement, MediCare-Market confond le concept d'effet anticoncurrentiel au sens de l'article IV.1 CDE et 101 TFUE avec le concept de dommage au sens de l'article 1382 Code civil. L'effet au sens de l'article IV.1 CDE et 101 TFUE est cependant autre chose qu'un intérêt purement privé. L'OP note par ailleurs les incohérences dans les propos de MediCare-Market (ainsi, ce dernier confirme que son modèle a « dépassé les attentes », pour*

ensuite ajouter que l'activité de l'OP aurait constitué « indéniablement un frein réel » à son développement ; un peu plus loin, MediCare-Market admet qu'il est « impossible de démontrer le scénario contrefactuel » pour ajouter qu'il est « incontestable » que l'action de l'OP aurait freiné son développement)[749]*. Comprenne qui peut. L'OP s'en réfère aux paragraphes 269 à 277 de la Défense pour le surplus.*

III. OBSERVATIONS CONCERNANT LES GRIEFS, LA DUREE DE L'INFRACTION ET LA SANCTION PROPOSÉE

21. *Par ses Observations, MediCare-Market essaie d'ajouter de nouveaux griefs ainsi que de modifier les griefs existants. Ceci n'est évidemment pas acceptable. La communication des griefs définit l'objet de la procédure. Il est exclu qu'un tiers y intervienne. Seul l'Auditorat mène l'enquête, définit les griefs et établit un projet de décision. L'OP note par ailleurs que l'Auditorat a choisi de ne pas répondre aux derniers écrits de MediCare-Market et les a donc rejetés au moins implicitement. L'argumentation qui suit ne résulte donc que d'un souci d'exhaustivité.*

22. *Aux paragraphes 43 à 53, MediCare-Market soutient que les décisions des conseils disciplinaires – c'est-à-dire des conseils provinciaux et des conseils d'appel – sont des décisions d'association d'entreprises et doivent donc également être prises en compte par l'ABC. Ainsi qu'expliqué ci-dessus et aux paragraphes 225 à 233 de la Défense, l'ABC n'est pas compétente concernant les décisions des conseils disciplinaires. Si MediCare-Market estimait que ces conseils disciplinaires ont enfreint la législation – en ce compris le droit de la concurrence, l'article 19 de l'AR 80 ou l'esprit de l'AR 80 ainsi qu'expliqué par les documents parlementaires – elle aurait dû se pourvoir en cassation. En tout état de cause, le Conseil national de l'OP n'a aucune influence sur les décisions des conseils disciplinaires (cf. paragraphes 91 et 92 et 124 à 132 de la Défense).*

23. *L'OP note en plus – contrairement à ce que MediCare-Market prétend au paragraphe 48 – qu'il n'a pas « décidé de poursuivre tout pharmacien engagé au sein d'une officine PharmaClic. »*[750]*. Il suffit à cet égard de s'en référer au paragraphe 126 de la Défense.*

24. *Aux paragraphes 54 à 56, MediCare-Market déclare que la campagne de dénigrement alléguée ne concernait pas seulement l'interview du président du Conseil national (cf. dans ce contexte paragraphes 179 à 184 de la Défense) mais concernait également une interview du [CONFIDENTIEL] et de [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] qui avaient qualifié MediCare-Market de « supermarché du médicament ». Il est évident que l'OP ne peut pas être tenu responsable de ces déclarations. Le [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] n'ont pas le statut de représentants ou de porte-paroles de l'OP – [CONFIDENTIEL] n'a même jamais été membre d'un des organes de l'OP - et leurs opinions n'engagent qu'eux-mêmes (cf. supra paragraphe 13). De plus, il faut noter que c'est MediCare-Market elle-même qui*

---

[749] Observations, paragraphes 35 et 36.

[750] L'OP réitère à cet égard que MediCare-Market a récemment remplacé le nom *« PharmaClic »* par *« Pharmacy by Medi-Market »*, cf. paragraphe 74 de la Défense. Il ne s'agit pas d'une modification anodine. C'est à nouveau un élément que MediCare-Market passe sous silence.

qualifie ses pharmacies et parapharmacies d'« hypermarché de la pharmacie » (cf. paragraphe 23 de la Défense).

25. *De plus, au paragraphe 57 de ses Observations, MediCare-Market s'en réfère une fois de plus aux propos insultants de [CONFIDENTIEL] sur Facebook. Il suffit de s'en référer à cet égard au paragraphe 132 de la Défense qui confirme que l'OP a agi contre [CONFIDENTIEL] (et donc au soutien de MediCare-Market). MediCare-Market en est parfaitement au courant.*

26. *Aux paragraphes 58 à 63 des Observations, MediCare-Market conteste la durée de « l'infraction » telle qu'établie par l'Auditorat dans le Projet :*

- *Plus particulièrement, MediCare-Market prétend que les infractions alléguées de l'OP perdurent et s'en réfère aux conclusions déposées, aux décisions des conseils disciplinaires et à la procédure en cours devant la Cour de cassation. Il suffit de se référer aux paragraphes 102 et 328 de la Défense. Tous ces éléments sont des actes interconnectés à l'initiation d'une procédure et/ou sont hors du contrôle de l'OP. En effet, les conseils disciplinaires sont obligés de répondre suite à la plainte d'un pharmacien (cf. paragraphe 197 de la Défense) et la Cour de cassation agit évidemment également indépendamment de l'OP (cf. article 151 de la Constitution).*

- *Concernant le début de « l'infraction », il suffit de se référer au paragraphe 328 de la Défense.*

27. *Enfin, aux paragraphes 64-85 de ses Observations, MediCare-Market demande l'augmentation de l'amende proposée par l'Auditorat et, à titre subsidiaire, soutient que le montant de l'amende proposée n'est pas disproportionné. L'OP note que les six pages consacrées par MediCare-Market à ce sujet ne tentent même pas de répondre à l'argument de base de l'OP, à savoir que l'amende proposée par l'Auditorat est tout simplement illégale. En outre, MediCare-Market n'a aucun intérêt en la matière. Ainsi, MediCare-Market démontre à nouveau que son seul but poursuivi est de nuire à l'OP.*

VI. L'analyse par Collège de la concurrence

VI.1 Analyse

22. Le Collège tient à rappeler à titre préliminaire que le niveau des prix des médicaments en Belgique est élevé par comparaison à celui pratiqué dans des pays limitrophes. Selon les différents panoramas de la santé publiés par l'OCDE[751], la Belgique se situe en effet parmi les pays ayant une dépense pharmaceutique par habitant la plus élevée. L'application du droit de la concurrence dans le secteur pharmaceutique présente le cas échéant un intérêt direct pour l'accès aux soins de santé par les patients et de manière plus générale, pour le bien-être du consommateur.

[751] OCDE, Panorama de la santé 2017, (www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/panorama-de-la-sante-2017_health_glance-2017-fr)

23. En outre, le Collège constate plus généralement qu'il est important de veiller à ce que les autorités, ordres ou organisations en charge de professions réglementées fassent usage de leurs prérogatives exorbitantes du droit commun dans le respect strict de l'objectif d'intérêt général justifiant leur dévolution, et non à fin d'y substituer la protection des intérêts privés des membres de la profession au détriment d'innovations économiques et/ou technologiques contributives au bien-être du consommateur. Ainsi, de manière on ne peut plus claire, le Tribunal de l'Union européenne (« Tribunal ») a jugé, dans l'affaire *ONP/Labco*, que : « *même si … il n'est pas nécessaire de prendre définitivement position sur la question de savoir dans quelle mesure l'exercice par l'Ordre de son pouvoir disciplinaire se rattache à l'exercice d'une prérogative de puissance publique, de sorte qu'il tombe en dehors du champ d'application de l'article 101 TFUE, il doit encore être précisé que l'existence d'une telle prérogative ne saurait offrir une protection absolue contre toute allégation de comportement restrictif de concurrence, puisque l'exercice manifestement inapproprié d'un tel pouvoir consisterait, en tout état de cause, en un détournement de ce pouvoir*".[752]

24. Le Collège souligne, du reste, que l'intérêt général tenant à la protection de conditions de concurrence libre et non faussée relève selon une jurisprudence constante de « *l'ordre public économique* » de l'UE (et donc de ses Etats membres), et peut, à ce titre, conduire à restreindre les prérogatives régaliennes des Etats, ordres professionnels ou autres corps constitués, en ce compris lorsqu'ils prétendent œuvrer dans l'intérêt général.[753]

VI.1.1 L'Autorité belge de la concurrence peut prendre en considération les interprétations réalisées par le Conseil national de l'OP dans les décisions qu'il prend pour qualifier une infraction

25. Il ressort de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle que les autorités de concurrence peuvent, dans leur application des articles 101 et 102 TFUE, avoir égard aux interprétations et applications opérées vis-à-vis d'autres normes législatives et réglementaires. Le Tribunal a en effet jugé que « *Dans ces circonstances, la Commission n'a pas commis d'erreur en retenant que, jusqu'en 2005, différentes interprétations du cadre légal affectant les SELARL étaient possibles et que l'Ordre a systématiquement choisi d'imposer l'interprétation la plus défavorable à l'ouverture du marché aux groupes de laboratoires* »[754]. Ainsi, le Tribunal permet aux autorités de concurrence et aux juridictions de s'appuyer, pour l'application du droit de la concurrence, sur les interprétations de la réglementation opérées par des entreprises ou associations d'entreprises. Dans la décision ayant fait l'objet du recours, la Commission

[752] Voy. Tribunal de l'UE, T-90/11. Ordre national des pharmaciens (ONP) e.a. contre Commission, ECLI:EU:T:2014:1049, §207.

[753] Voy. CJUE, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S et autres contre Commission*, 7 janvier 2004, *Rec*. 2004, p. I-123, §91 ; TUE, T-113/07, *Toshiba Corp contre Commission*, 12 juillet 2011, J.O.U.E, C252/30, 27.08.2011, §281 ; TUE, T-54/03, *Lafarge contre Commission et Conseil*, 8 juillet 2008, *Rec*. 2008, p. II-120, §718, CJUE, aff. C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon contre Commission*, 08.12.2011.

[754] Voy. TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 100

européenne (« la Commission ») avait, à plusieurs reprises, effectué une analyse de l'interprétation opérée par l'Ordre national des pharmaciens (« ONP »)[755]. La pratique des autorités nationales est orientée dans le même sens. Ainsi, l'Autorité française de la concurrence n'hésita pas à conclure à l'inapplicabilité de dispositions législatives nationales dans une affaire portant sur des pratiques mises en œuvre par l'ordre national des chirurgiens-dentistes[756]. L'Autorité déclara à cet égard: « *61. En adressant cette lettre circulaire aux directeurs de maisons de retraite et en diffusant l'information selon laquelle « le chirurgien-dentiste est le seul habilité à décider de la nécessité d'un éventuel nettoyage d'une prothèse par une technique appropriée », le Conseil départemental, soutenu et conforté par le Conseil national, a incité les destinataires à ne pas donner à Mme Y... l'autorisation de proposer ses services à leurs pensionnaires. Une telle intervention fausse nécessairement le libre jeu de la concurrence sur le marché du nettoyage des prothèses dentaires amovibles puisqu'elle interdit le libre accès à la clientèle. Elle ne peut être justifiée par l'existence d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, au sens de l'article L. 420-4 du code de commerce puisque les dispositions du code de la santé publique sur l'exercice illégal de l'art dentaire ne sont pas applicables.* » Ainsi, l'Autorité française de la concurrence put légalement faire prévaloir son analyse concluant à l'inapplicabilité du Code de la santé publique au cas d'espèce[757].

26. L'arrêt du 9 septembre 2003 de la Cour de justice de l'UE (« CJUE » ou « la Cour ») peut également être mentionné. En effet, la Cour y estima que « *En présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou en renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE: a l'obligation de laisser inappliquée la législation nationale (…).* »[758] En d'autres termes, la Cour de justice considère que les autorités de concurrence ont la possibilité de déterminer si une législation nationale contraignante ou incitative a pour effet de légitimer ou de renforcer les effets de comportements d'entreprises contraires à l'article 101 TFUE. Le cas échéant, celles-ci doivent laisser la législation inappliquée. De toute évidence, cet examen implique nécessairement la prise en compte, par

[755] Voy. décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 128. La Commission écrit notamment « *Quatrièmement, les décisions de l'ONP en cause prennent effet dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché qui sont délégués à l'ONP par l'Etat pour l'accomplissement de ses missions, dans la mesure où l'ONP notamment use de ou menace d'avoir recours à ses pouvoirs de sanction disciplinaire. Cependant, les éléments du dossier permettent de démontrer que ces décisions n'ont que l'apparence de décisions visant à faire respecter les règles déontologiques, car si l'ONP invoque les règles déontologiques pour justifier ses décisions, c'est pour en retenir l'interprétation la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels, interprétation qui est de ce fait systématiquement différente de l'interprétation officielle de l'Etat français et souvent de celle des services internes à l'ONP* ». Voy. également, entre autres, les points mentionnés à ce paragraphe et les paragraphes 180 à 189 de la décision de la Commission.

[756] Décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes

[757] Cette décision a été réformée partiellement en appel : l'analyse de l'Autorité française de la concurrence a été confirmée.

[758] CJUE, arrêt du 9 septembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), C-198/01, dispositif de la Cour.

les autorités de concurrence, de la portée de la législation nationale pour qualifier un comportement comme étant contraire à l'article 101 TFUE.

27. A l'aune de cet état du droit positif, l'Autorité belge de la concurrence peut prendre en compte un argument tel que celui de la confusion et considérer qu'il s'agit là d'une construction artificielle dont l'objet est, dans le cas d'espèce, de fournir une justification à ce qui est en réalité une stratégie d'éviction vis-à-vis d'un business modèle concurrent, ce qui constitue une infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE. De même, le Collège peut légalement prendre en compte un argument relatif à la lecture restrictive des dispositions en matière de publicité ainsi que du concept de probité du pharmacien comme des constructions interprétatives contribuant à réduire la concurrence en prix sur les produits de parapharmacie et à réduire dès lors le développement de business modèles basés sur cette concurrence.

VI.1.2 Les décisions en cause du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens relèvent bien du droit de la concurrence

28. Comme indiqué ci-dessus[759], la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a affirmé que le Conseil national de l'OP constitue une association d'entreprises soumise au droit de la concurrence, à tout le moins pour certaines de ses activités.

29. Tel est le cas lorsque le Conseil national de l'OP tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à maintenir un régime économique. En l'espèce, l'auditeur a démontré sur base d'un faisceau d'indices concordants que le Conseil national de l'OP vise à supprimer le modèle MediCare-Market[760].

30. Dans la mesure où l'analyse de l'auditeur ne porte ni exclusivement, ni essentiellement sur les décisions rendues par les conseils disciplinaires, il n'est pas utile, dans la présente affaire, de répondre aux arguments du Conseil national de l'OP relatifs à l'éventuelle incompétence de l'Autorité belge de la concurrence concernant les décisions des conseils disciplinaires.

VI.1.3 Les pratiques en cause ne portent pas sur les décisions d'agir en justice, mais sur la stratégie du Conseil national de l'OP d'évincer le modèle MediCare-Market ou d'empêcher son développement

31. Le Collège ne partage pas les prétentions du Conseil national de l'OP selon lequel les griefs de l'auditeur portent spécifiquement sur les décisions d'agir en justice. Au vrai, ce qui est reproché en l'espèce au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, c'est d'avoir établi, au plus tard le 22 octobre 2015, une stratégie globale visant à évincer le modèle MediCare-Market et/ou à empêcher son développement ainsi que celui de business modèles comparables. Cette stratégie globale ressort de toute une série d'actes relevés dans l'analyse de l'auditeur, dont la saisine des conseils disciplinaires, l'introduction d'une action judiciaire en cessation, la diffusion publique d'informations menaçantes vis-à-vis de Medicare-Market et les mesures d'enrôlement des pouvoirs publics.[761] Ces divers éléments de fait n'ont pas été appréciés de

[759] Voy. *supra* §§ 234-241
[760] Voy. §§ 67-114 et 145-147
[761] Ainsi que le développe l'auditeur au §145 de son Projet de Décision.

manière isolée et abstraite, mais ont au contraire relevé d'une appréciation d'ensemble, visant à déterminer l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle, dans la droite ligne de la pratique des autorités de contrôle et juridictions belge et européenne. Le premier grief de l'auditeur, que retient le Collège dans la présente décision, porte uniquement sur cette stratégie et non sur les décisions d'agir en justice en tant que telles. Ces décisions d'agir en justice ne sont que des éléments permettant de prouver d'une part l'existence de la stratégie et d'autre part sa mise en œuvre. En d'autres termes, le Collège constate que l'auditeur ne prétend pas que les actions en justice opérées par le Conseil national de l'OP sont anticoncurrentielles par elles-mêmes, mais qu'elles s'insèrent dans un faisceau de mesures visant à mettre en oeuvre une stratégie anticoncurrentielle. Par conséquent, l'argumentation du Conseil national de l'OP sur ce point peut être rejetée.

32. Le Collège constate que les décisions du Conseil national de l'OP, ensemble avec leur mise en œuvre constituent une stratégie ciblée, cohérente et publique d'éviction d'un nouvel entrant susceptible de réduire les marges à court terme des autres membres du secteur et de dissuader stratégiquement l'entrée d'autres opérateurs à moyen terme, tels que notamment la grande distribution ou des plateformes générales ou spécialisées de distribution en ligne. Le Conseil national de l'OP relate les discussions préalables à sa décision lors de la réunion du 22 janvier 2015, et notamment la déclaration du [CONFIDENTIEL] suivant lequel « *[CONFIDENTIEL]* ». La stratégie du Conseil national ressort, entre autres, du contexte des discussions reproduites dans le procès-verbal du Conseil national de l'OP du 22 janvier 2015 (voy. OP B Annexe 16 ; le procès-verbal de cette réunion constitue l'annexe 3 de la réponse de l'OP à la demande de renseignements du 19 aout 2016 par l'auditorat) ; aux termes de procès-verbal de réunion, il apparaît que le Conseil national de l'OP a décidé d'une part la poursuite de la procédure mais aussi la saisie des conseils provinciaux concernés par les ouvertures des enseignes MediCare-Market. L'auditeur a également relevé d'autres indices de stratégies d'éviction dirigées à l'encontre du modèle mis en œuvre par MediCare Market (constats d'huissier, mise en demeure, rupture de la conciliation, saisine d'instances disciplinaires, action en cessation, communications dans la presse et sur le site internet de l'OP, etc. renseignés au paragraphe 145 du projet de décision de l'auditorat).

33. En outre, le Collège est d'avis qu'accepter l'argument du Conseil national de l'OP suivant lequel toute action en justice échapperait au droit de la concurrence reviendrait à octroyer un brevet d'impunité dès lors qu'une entreprise ou une association d'entreprises pourrait introduire des actions en justice sur base d'une quelconque irrégularité alléguée, mais visant en réalité à évincer un acteur sur le marché ou à restreindre la concurrence. Les conditions fixées par la Commission et le Tribunal dans le cadre de l'affaire *ITT/Promedia* visent précisément à concilier le droit d'agir en justice et le respect du droit de la concurrence. Cette jurisprudence, rendue dans le cadre particulier de l'interdiction de l'abus de position dominante énoncée à l'article 102 TFUE, et non de l'article 101 TFUE, n'est du reste pas pertinente dès lors que les griefs de l'auditeur ne mettent pas en cause l'exercice *particulier*, par le Conseil national de l'OP, du droit d'ester en justice ou de son pouvoir disciplinaire, mais plutôt la stratégie anticoncurrentielle *globale* de l'OP visant à dissuader l'entrée et l'expansion de concurrents actuels et potentiels par diverses voies, judiciaires et extra judiciaires. En outre, ce n'est pas tant l'*exercice* effectif de l'action judiciaire ou disciplinaire qui est ici en cause, mais bien le plan d'ensemble de l'OP visant à formuler des *menaces*

implicites et explicites dissuasives vis-à-vis de Medicare-Market et d'autres concurrents actuels et potentiels.[762]

VI.1.4 Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait une infraction par objet, que des précédents aient pu raisonnablement laisser penser aux entreprises que leurs actions pourraient constituer des infractions au droit de la concurrence

34. Le Collège constate que le Conseil national de l'OP fait une lecture incorrecte de la jurisprudence concernant les restrictions de concurrence par objet. En effet, s'il est vrai que les restrictions par objet sont les restrictions révélant un degré suffisant de nocivité pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire, la jurisprudence n'impose nullement que des précédents clairs aient pu raisonnablement laisser penser aux entreprises que leurs actions pourraient constituer des infractions au droit de la concurrence[763].

35. Le Tribunal a, dans l'affaire Lundbeck, expressément réfuté le même point de vue que celui défendu par le Conseil national de l'OP : « Par ailleurs, contrairement à ce que font valoir les requérantes, il n'est pas requis que le même type d'accords ait déjà été condamné par la Commission pour que ceux-ci puisse être considéré comme une restriction de la concurrence par objet. Le rôle de l'expérience, mentionné par la Cour au point 51 de l'arrêt CB/Commission, point 78 supra (EU:C:2014:2204), ne concerne pas la catégorie spécifique d'un accord dans un secteur particulier, mais renvoie au fait qu'il est établi que certaines formes de collusion sont, en général et au vu de l'expérience acquise, tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elles ont des effets dans le cas particulier en cause. Le fait que la Commission n'ait pas, dans le passé, estimé qu'un accord d'un type donné était, de par son objet même, restrictif de la concurrence n'est donc pas de nature, en lui-même, à l'empêcher de le faire à l'avenir à la suite d'un examen individuel et circonstancié des mesures litigieuses au regard de leur contenu, de leur finalité et de leur contexte »[764].

36. Le Collège souligne, par ailleurs, qu'en l'espèce, la jurisprudence ONP/Labco constitue un précédent clair. Le Collège ne partage pas l'avis de l'OP suivant lequel cette jurisprudence ONP/Labco ne serait pas pertinente. Le comportement incriminé dans cette décision porte en effet sur une stratégie d'éviction mise en œuvre par l'Ordre français des pharmaciens à l'encontre d'un modèle organisationnel innovant dans le secteur des pharmaciens biologistes.

VI.1.5 Les restrictions de concurrence en cause constituent des restrictions de concurrence par objet

37. Le Collège estime que l'auditeur a en l'espèce établi la satisfaction du « critère juridique essentiel » d'une infraction par objet, à savoir son aptitude à dégager un « degré suffisant de nocivité à l'égard de la

[762] Voir arrêt *ONP/Labco*, §206.
[763] Voy. notamment CJUE, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba, C-373/14 P, §§ 24-29. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Wathelet, spécialement §§ 42-91.
[764] TUE, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck, T-472/13, § 438.

concurrence ».[765] Notamment, l'auditeur a tenu compte des caractéristiques formelles des actions engagées par l'OP, de ses objectifs et du contexte économique et juridique, comme l'impose la jurisprudence.[766]

38. Par ailleurs, il est de jurisprudence établie que les pratiques d'éviction du marché, d'entrave au développement commercial et technique ou de restriction de la concurrence potentielle constituent des restrictions de concurrence par objet. Ainsi, dans sa décision du 8 décembre 2017, la Commission affirma: " *The list of by object infringements in Article 101(1) a) to e) of the Treaty is not an exhaustive list. According to the case-law, an agreement between undertakings or a decision of an association of undertakings qualifies as a restriction by object pursuant to Article 101(1) of the Treaty if it consists in an agreement or decision by a group of competitors coordinating the exclusion of an actual or potential competitor or eliminating competition from the relevant market.*"[767] [768] Le Tribunal ne dit pas autre chose dans l'arrêt *Lundbeck* : « *Ainsi, il est acquis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels ou consistant à exclure certains concurrents du marché, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré comme inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs* »[769].

39. Il a également été considéré par la Commission que l'entrave au développement de certains groupes ou concepts constituait une restriction de concurrence par objet. La décision *ONP/Labco* de la Commission déclara ainsi que : *« (755) En ce qui concerne les décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer, celles-ci doivent être qualifiées d'entraves à la production, au développement technique et aux investissements sur ce marché. En l´espèce, les mesures visent en particulier des acteurs du marché qui exercent une activité économique dans plusieurs Etats Membres et, par conséquent, le but de telles mesures est de cloisonner le marché intérieur. De la sorte, les décisions en cause contrarient les objectifs*

[765] CJUE, Maxima Latvia, §20.
[766] Voir CJUE, Hoffmann la Roche et Novartis, C‑179/16, ___.
[767] Voy. la décision de la Commission du 8 décembre 2017, International Skating Union's Eligibility rules, § 157
[768] Traduction libre de l'auditeur: « *La liste des infractions par objet citées à l'article 101 (1) a) à e) du traité est une liste non exhaustive. Selon la jurisprudence, un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises constitue une restriction par objet suivant l'article 101 (1) du traité s'il consiste en un accord ou une décision d'un groupe de concurrents visant à exclure un concurrent réel ou potentiel ou à éliminer la concurrence sur le marché concerné.* »
[769] TUE, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck, T-472/13, § 341. Voy. également le paragraphe 435 de l'arrêt : « *Or, il ressort de l'économie d'ensemble de la décision attaquée, et notamment de ses considérants 802 et 1338, que les accords litigieux étaient comparables à des accords d'exclusion du marché, qui figurent parmi les restrictions les plus graves de la concurrence. En effet, l'exclusion de concurrents du marché constitue une forme extrême de répartition de marché et de limitation de la production*. »

les plus fondamentaux de l´Union européenne et, en particulier, la réalisation du marché unique. Un tel comportement représente donc une infraction manifeste au droit européen de la concurrence »[770].

40. Enfin, dans son arrêt *Toshiba*, la Cour de justice a considéré – au sujet certes d'une pratique de répartition de marchés – que l'atteinte horizontale à la concurrence potentielle pouvait relever de la catégorie des infractions par objet au sens de l'article 101 TFUE (du moment que n'existaient pas des barrières à l'entrée insurmontables).[771] Cette précision est utile, car en l'espèce, la stratégie de l'OP est constitutive d'une infraction par objet non seulement pour les signaux dissuasifs qu'elle dégage sur Medicare-Market, mais aussi vis-à-vis de concurrents potentiels comme les grands distributeurs ou les plateformes de vente en ligne.

41. On voudra encore bien noter que dans l'arrêt *ING Pensii*, la Cour a considéré qu'il n'était pas nécessaire, pour qualifier la capacité d'une entente de répartition de marchés à produire des effets négatifs et la constatation d'une infraction par objet, de s'intéresser au « *nombre de clients effectivement partagés* ».[772] Mutatis mutandis, ceci signifie qu'il est immatériel, en l'espèce, de souligner que Medicare-Market s'est néanmoins développée malgré la stratégie de l'OP ou qu'elle fût la seule entreprise ciblée par celui-ci (à la différence d'autres grandes chaines parapharmaceutiques comme iU). Comme le dit la Cour, cet aspect relèverait des « *effets concrets d'une entente* ».

42. Enfin, le modèle MediCare-Market, avec deux circuits de distribution distincts, l'un consacré à la distribution de médicaments dans une pharmacie distincte située à côté d'une parapharmacie qui distribue de nombreux produits sur une surface représentant une nombre important de m², constitue une innovation de rupture[773]. En effet, ces circuits de distribution et les services qui y sont corrélés sont innovants comme l'est la distribution par internet de médicaments et de produits de santé. Or, « *les entreprises dotées de réseaux de distribution bien implantés bloquent l'accès aux clients des produits bas de gamme et aux circuits de distribution innovants qui peuvent – avec du temps – perturber les circuits existants. Pour réduire ces pratiques, les lignes directrices de l'UE relatives à l'application des règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante limitent les possibilités d'interdictions de ce type* »[774]. En l'occurrence, le Conseil national de l'OP, afin d'assurer aux pharmacies traditionnelles des revenus suffisants, a tenté d'évincer le modèle MediCare-Market et/ou de limiter son développement. D'ailleurs, le Conseil national de l'OP semble bien reconnaitre dans sa réponse à la communication des griefs que le modèle MediCare-Market est innovant, puisqu'il le distingue des grandes chaînes parapharmaceutiques comme iU qui, elles, opèrent, d'après le Conseil national de l'OP, une distinction claire entre les

[770] Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 755
[771] CJUE, Toshiba, §§31-33.
[772] CJUE, ING Pensii, §24.
[773] Cette notion peut se définir comme suit : *« L'innovation de rupture sort du cadre du réseau de valeur des entreprises en place et introduit des caractéristiques différentes de celles que les clients habituels apprécient historiquement* ». Voy. A. DE STREEL et P. LAROUCHE, *L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de concurrence*, OCDE, DAF/COMP/GF(2015)7, § 2.
[774] A. DE STREEL et P. LAROUCHE, *L'innovation de rupture et la mise en œuvre de la politique de concurrence*, OCDE, DAF/COMP/GF(2015)7, § 27

pharmacies Multipharma et les parapharmacies iU[775]. Ainsi, la stratégie du Conseil national de l'OP constitue bien une tentative d'éviction ou de limitation du développement d'un modèle mettant en place une innovation de rupture.

43. Il ne fait dès lors pas de doute que les infractions reprochées au Conseil national de l'OP constituent des restrictions de concurrence par objet. La jurisprudence et la pratique décisionnelle l'attestent clairement.

VI.1.6 Le Collège ne considère pas que le Conseil national de l'OP s'était rendu coupable d'un boycott

44. Contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP, l'auditeur ne qualifie pas les actions du Conseil national de l'OP de boycott, mais bien de stratégie d'éviction d'un concurrent. Il n'y a dès lors pas lieu à répondre à l'argumentation du Conseil national de l'OP sur ce point.

VI.1.7 Le Collège tient compte de la saisine des conseils provinciaux par le Conseil national de l'OP

45. Le Collège tient à mettre en avant la lecture erronée que fait le Conseil national de l'OP de l'arrêt du Tribunal du 10 décembre 2014. En effet, contrairement à ce qui est allégué par le Conseil national de l'OP, le Tribunal n'a pas décidé que la Commission avait eu raison de ne pas viser dans ses griefs les décisions d'initier des procédures disciplinaires, mais bien que la Commission avait eu raison de ne pas retenir comme grief l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'Ordre, soit celui d'instruire les plaintes et d'imposer des sanctions[776]. Ainsi, le Tribunal relève : « *Au considérant 514 de la décision attaquée, la Commission conclut que « le comportement ici en cause est constitué de l'ensemble des décisions de l'Ordre qui visent à exiger des acteurs du marché qu'ils adoptent certains comportements de marché, ce qui inclut notamment le dépôt de plaintes visant des pharmacies ou des SEL par des dirigeants de l'Ordre». Au considérant 515, la Commission ajoute toutefois que, « en revanche, les activités d'organes de l'Ordre qui consistent à instruire des procédures disciplinaires pouvant déboucher sur des sanctions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les griefs». Néanmoins, au considérant 516, la Commission précise que les pouvoirs disciplinaires de l'Ordre, délégués par l'État, sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels de ses décisions même s'ils ne modifient pas les éléments constitutifs de l'infraction. Elle constate, à titre subsidiaire (considérants 517 à 520), que, dans tous les cas ayant trait à des démembrements de parts, de propriété du capital ou de modifications de statut de sociétés, la chambre de discipline de la Section G de l'Ordre impose systématiquement des sanctions d'interdiction d'exercice de la pharmacie plus ou moins longues* »[777]. La Commission a été suivie par le Tribunal sur ce point, à savoir la distinction entre dépôt de plaintes d'une part et instruction et décision disciplinaire d'autre part.

46. Partant, contrairement à ce qu'allègue le Conseil national de l'OP, c'est à bon droit que l'auditeur inclut dans son grief la saisine des conseils provinciaux par le Conseil national de l'OP.

---

[775] Voy. § 104 de la réponse du Conseil national à la communication des griefs.
[776] Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, § 203
[777] TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11, Ordre national des pharmaciens, § 199.

VI.1.8 Quant à l'interprétation prétendument large du concept de fixation d'un prix minimum de vente des médicaments

47. Le Collège tient ici à souligner qu'il ne retient pas la distinction formelle faite par l'auditeur entre deux griefs, et choisit plutôt retenir un grief global consistant en une stratégie globale d'éviction, dont l'objet immédiat est de contrecarrer l'expansion voire d'éliminer MediCare-Market ou tout concurrent actuel ou potentiel développant un business modèle fondé sur la concurrence tarifaire, et dont l'objet immédiat serait le maintien de prix minima de vente de médicaments.

48. Le Collège constate en effet que, dans le dossier d'instruction, un ensemble de pièces (voir entre autres les points 91,95 et 97) met en évidence une interprétation de certaines dispositions du code de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre qui ont pour effet de restreindre, voire d'annihiler, toute possibilité de publicité pour des produits de parapharmacie, et en particulier de ristournes offertes sur ces produits. Même si ces dispositions sont motivées comme allant à l'encontre du principe de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dont le pharmacien doit faire preuve dans l'exercice de sa profession[778], une interprétation stricte de ces dispositions, telles qu'effectuée par les conseils provinciaux en réponse à la requête du Conseil national[779], a pour effet d'empêcher le développement d'une concurrence en prix sur les produits de parapharmacie tant entre pharmacies qu'entre pharmacies et parapharmacies au bénéfice des consommateurs.

49. Cette restriction de la concurrence en prix est particulièrement dommageable pour le consommateur belge dans la mesure où le Collège observe qu'en dépit d'une réglementation en matière de prix limitée à l'imposition de prix maximums pour les médicaments sur prescription, les pharmaciens semblent généralement ne pas s'écarter de ces prix maximums pour les médicaments sur prescription ou des prix proposés par les fournisseurs pour les autres produits.

50. Suivant l'enquête réalisée par Dedicated à la demande de MediCare-Market en avril 2017[780] , moins de 10% des interviewés pensent que les pharmaciens ont la liberté de fixer les prix des OTC et des produits de parapharmacie (slide 26 et 40). De plus, seulement 14% de ces mêmes interviewés considèrent que les prix des OTC (slide 29) et de la parapharmacie (slide 43) sont 'au juste prix'. En conséquence, 31% des belges renoncent (parfois/souvent) à acheter des OTC pour des raisons financières (slide 28) et 23% font des achats à l'étranger de ces mêmes OTC (slide 53), principalement pour des raisons de prix (slide 55).

51. Ces faits conduisent dès lors le Collège à partager l'analyse de l'auditeur suivant laquelle ce souhait de restreindre la concurrence en prix est motivé par l'objectif de préservation de la marge économique des pharmaciens. Les études publiées par l'APB et reprises dans le projet au § 36 et 37 montrent clairement que les produits autres que les médicaments représentent une part croissante de la marge économique réalisée par les pharmacies. La conclusion de l'auditeur selon laquelle '*Les produits de parapharmacie sont donc devenus un complément nécessaire à la survie financière des pharmacies d'officine'* n'a d'ailleurs pas

[778] Point 100 de la décision n°ABC-2017-V/M-24 du 19 juin 2017
[779] Voir le point 89 du Projet de décision de l'auditeur qui reprend le contenu de la lettre envoyée par le Conseil national requérant l'intervention des conseils provinciaux
[780] Voir la pièce reprise dans le dossier MM, S-Annexe 2

été contestée par l'OP. Empêcher le développement du modèle Medi-market basé sur une concurrence en prix pour les produits de la parapharmacie contribue dès lors à préserver la rentabilité des officines au détriment des consommateurs.

52. Même si le contenu des dispositions du code de déontologie n'a pas fait l'objet d'une instruction détaillée de la part de l'auditorat, le Collège souhaite rappeler à l'OP ce qui lui avait déjà été signalé aux points 66 et 67 de sa décision du 27 avril 2007, à savoir que

53. 'Selon le Conseil, la possibilité de faire de la publicité est un élément essentiel de concurrence (voir Cass. 25 février 2000, cité ci-desssus; Décision Commission du 7 avril 1999, EPI, JOCE (1999) L 106 p. 14, § 39 et suivants; Rapport de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales en 2004 et le deuxième Rapport en 2005, http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/reports/reports.html). Et cet élément est d'autant plus essentiel pour les pharmaciens puisque le marché des médicaments est encore, du moins partiellement, fortement réglementé et que des entraves (légales) sont toujours existantes empêchant ainsi le pharmacien de déterminer librement son prix de revente'. (point 66)

et 'le simple fait de prohiber la publicité et les ristournes dans le marché pertinent et compte tenu des caractéristiques spécifiques de l'organisation de la profession de pharmacien, est à considérer comme une restriction grave ayant pour objet de restreindre la concurrence.' (point 67)

VI.1.9 L'analyse des effets anticoncurrentiels est superflue ; à titre subsidiaire, il existe bien des effets anticoncurrentiels potentiels et réels

54. Dans la mesure où le Collège considère, contrairement au Conseil national de l'OP, que les décisions du Conseil national de l'OP sont des restrictions de concurrence par objet, il est de jurisprudence constante qu'il est superflu de démontrer les effets de ces décisions[781]. C'est aussi la raison pour laquelle l'auditeur n'a pas effectué d'analyse approfondie des effets potentiels ou réels des pratiques anticoncurrentielles du Conseil national de l'OP dans la communication des griefs. Ce choix de bon sens relève du reste de considérations de logique juridique. Comme l'a clairement résumé le Tribunal dans son arrêt *Servier* de 2018 dans le cadre de son examen d'une infraction par objet : « *il importe de rappeler que l'examen des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché en cause ne saurait conduire le Tribunal à apprécier les effets de la coordination concernée (voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C‑67/13 P, EU:C:2014:2204, points 72 à 82), sous peine de faire perdre son effet utile à la distinction prévue par les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE* ».[782]

[781] Voy. notamment CJUE, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba, C-373/14 P, §§ 25-26. Voy. également l'arrêt Cartes bancaires cité par le Conseil national de l'OP au paragraphe 174 de sa réponse à la communication des griefs.
[782] Tribunal, T‑691/14 Servier, 12.12.2018, § 221.

55. A supposer même que le Collège considère (quod non) que les comportements en cause du Conseil national de l'OP ne constituent pas des restrictions de concurrence par objet, pour l'analyse des effets, il y aurait lieu d'avoir égard tant aux effets potentiels qu'aux effets réels. Ceci ressort, entre autres, des lignes directrices de la Commission sur les restrictions horizontales[783] et de la jurisprudence de la Cour de justice[784].

56. En l'occurrence, en s'attaquant au cœur même du modèle MediCare-Market, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, fort de son prestige en tant que gardien de la déontologie et de l'influence dont il jouit de par son statut d'ordre professionnel et de par les missions de service public qui lui ont été conférées par le législateur, savait qu'il aurait un impact direct sur la profession des pharmaciens dans son ensemble et, par ricochet, sur le groupe MediCare-Market. Cet impact a été renforcé, d'une part, par des interventions de membres du Conseil national de l'OP dans la presse, dont celle du président néerlandophone qui a affirmé qu'il n'est pas exagéré de dire que le patient court un risque pour sa santé en allant chez MediCare-Market et, d'autre part, par des communications sur le site internet de l'Ordre des pharmaciens. En effet, les interventions dans la presse ont pu convaincre des patients et consommateurs de ne pas se rendre dans des enseignes du groupe MediCare-Market. Elles ont également, tout comme les communications sur le site internet de l'OP, découragé des pharmaciens de travailler pour le groupe MediCare-Market. Ainsi, l'ensemble des décisions du Conseil national de l'OP a au moins eu pour effet potentiel de restreindre la concurrence, effet renforcé par le statut dont jouit l'Ordre des pharmaciens.

57. Les décisions du Conseil national de l'OP ont même, dans certains cas, eu des effets concrets. Le Collège constate qu'il a notamment été relevé comme effets négatifs les difficultés et les entraves subies au recrutement de pharmaciens durant la période examinée, qui correspond à la phase de lancement du modèle d'entreprise innovant de MediCare-Market. Cette difficulté initiale de recruter des pharmaciens en qualité de personnel employé concerne la période examinée. De toute évidence, le recrutement de pharmaciens en qualité de personnel employé constituait, pour les pharmacies du groupe MediCare-Market, un élément essentiel à sa survie économique lors de la phase initiale de lancement, et ce notamment en raison des caractéristiques de son business modèle fondé sur la réalisation d'économies d'échelle mais aussi sur sa capacité à fournir des garanties de qualité à des consommateurs par rapport notamment aux acteurs du secteur, qui bénéficient d'avantages en termes d'expérience, de fidélité, de réputation et d'image.

---

[783] Le paragraphe 26 des lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale se lit en effet comme suit : « *Si un accord de coopération horizontale ne restreint pas le jeu de la concurrence par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restrictifs sensibles sur la concurrence. Il y a lieu de tenir compte tant de ses effets réels que potentiels. En d'autres termes, l'accord doit au moins être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels* ».

[784] Voy. notamment CJUE, arrêt du 26 novembre 2015, SIA «Maxima Latvija» contre Konkurences padome, C-345/14, § 30 : « *En outre, il convient de préciser que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels, celle-ci devant également tenir compte des effets potentiels de l'accord ou de la pratique en cause sur la concurrence»*.

58. Des pièces prouvent que plusieurs pharmaciens-titulaires ont démissionné sans attendre la poursuite de la procédure disciplinaire à leur encontre, ne supportant pas la pression induite par celle-ci[785] et que le groupe MediCare-Market a rencontré des difficultés pour remplacer les pharmaciens démissionnaires. Si, certes, ces difficultés s'expliquent en partie par la pénurie de pharmaciens[786], elles sont également à mettre en lien avec les agissements du Conseil national de l'OP. En effet, si les pharmaciens-titulaires n'avaient pas démissionné, il n'aurait pas été nécessaire de les remplacer. MediCare-Market a éprouvé les mêmes difficultés pour recruter des pharmaciens pour les nouveaux postes[787]. En fait, le développement du groupe MediCare-Market aurait encore pu être plus rapide si la stratégie du Conseil national de l'OP n'avait pas été mise en œuvre.

59. Newpharma fait état des mêmes difficultés que MediCare-Market, constatant que l'Ordre des pharmaciens s'en prend fréquemment aux pharmaciens titulaires d'un modèle innovant[788].

60. En bref, le Collège estime que conformément aux anticipations qui pourraient être retirées de sa constatation d'une infraction par objet dans le chef du Conseil national de l'OP, les décisions du Conseil national de l'OP ont de manière prévisible ressorti des effets anticoncurrentiels réels et potentiels. Le Collège souligne toutefois à titre surabondant que l'analyse des effets est superflue dès lors qu'a été établi un objet anticoncurrentiel, comme cela est le cas en l'espèce.

VI.1.10 Les conditions de la jurisprudence Wouters ne sont pas remplies

61. Dans sa réponse à l'auditeur, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens met en avant deux objectifs légitimes qui justifieraient tant la stratégie d'éviction que l'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments, à savoir la crédibilité de la profession de pharmacien et la santé publique. En outre, en réponse au grief concernant l'imposition d'un prix minimum de vente des médicaments, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens invoque deux objectifs légitimes supplémentaires : la surconsommation des médicaments et la violation de normes, comme le Code de déontologie pharmaceutique ou des dispositions du livre VI du Code de droit économique.

62. En ce qui concerne la santé publique, le Collège partage l'analyse de l'auditeur suivant laquelle cet objectif ne serait pas légitime dans cette affaire. En effet, le modèle MediCare-Market ne pose pas en lui-même de problème de santé publique. Ceci est confirmé par la réponse de la Ministre de la Santé De Block à une question parlementaire en date du 28 janvier 2016. S'il y avait vraiment un problème de santé publique chez MediCare-Market, cela ne pourrait porter que sur des éléments précis et non sur le concept en tant que tel, de sorte que, pour remédier à d'éventuelles violations de la législation relative à la santé publique, il ne serait pas proportionné de s'en prendre au modèle MediCare-Market dans son entièreté.

---

[785] Voy. la lettre de démission du pharmacien [CONFIDENTIEL], constituant l'annexe 51 de la demande de mesures provisoires et la lettre de démission du pharmacien [CONFIDENTIEL] constituant l'annexe 59 de la demande de mesures provisoires. Voy. également les annexes 1 et 2 de la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.
[786] Voy. la réponse du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens à la communication des griefs, § 190 et la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018, plus précisément, la réponse à la question 2.
[787] En ce sens, voy. l'attestation constituant l'annexe 11 à la réponse de MediCare-Market du 12 octobre 2018.
[788] Voy. l'*Echo* du 20 octobre 2018, p. 26

En ce qui concerne la crédibilité de la profession de pharmacien, le Collège estime également que celle-ci n'est pas mise en cause par le modèle MediCare-Market, mais, au contraire, est renforcée par celui-ci. En effet, dans le modèle MediCare-Market, le pharmacien peut précisément se concentrer sur les activités pour lesquelles il a reçu un monopole légal et éviter ainsi de se disperser dans des activités ne relevant pas strictement de la santé publique.

63. En tout état de cause, si la crédibilité de la profession de pharmacien devait être reconnue comme un objectif légitime, attaquer l'entièreté du business modèle de MediCare-Market constituerait une mesure disproportionnée à la réalisation de cet objectif.

64. Quant à l'argument de la surconsommation des médicaments, le Collège reconnait qu'il pourrait s'agir d'un objectif légitime dans le présent cas dans la mesure où PharmaClic vend des médicaments. Néanmoins, il estime que les mesures prises par le Conseil national de l'OP ne sont pas proportionnées à la réalisation de cet objectif pour deux raisons. La première est que l'abaissement des prix pour les patients résultant de l'entrée d'un concurrent dégage un effet positif sur la santé publique. En effet, des prix plus bas pour les médicaments permettent aux personnes ayant des moyens limités d'acheter des médicaments qu'elles ne se seraient pas procurés si le prix des médicaments était plus élevé. Ainsi, les objectifs de prévention de la surconsommation des médicaments et de promotion de la santé publique doivent être mis en balance. La seconde raison est, ainsi que le souligne l'autorité française de concurrence[789], que le risque de surconsommation lié à une baisse du prix des médicaments à prescription médicale facultative paraît devoir être relativisé. Trois arguments sont évoqués à cet égard : 1) la France se situe parmi les pays où la consommation de médicaments est élevée - ainsi que mentionné au point 1 supra, la Belgique se situe au dessus de la France dans ce classement - , 2) les pays assouplissant la distribution de médicaments hors prescription témoignent d'une augmentation des dépenses pharmaceutiques moindre que celle observée en France et 3) l'élasticité prix de ce type de produits serait faible, indiquant qu'une baisse des prix se traduit par une augmentation moins que proportionnelle des quantités. Le Collège considère sur cette base que le danger de surconsommation résultant d'une concurrence accrue sur les prix de ce type de produits n'est pas avéré et que dès lors les mesures prises par l'OP qui ont pour effet de réduire la concurrence en prix sur les produits hors prescription ne sont pas proportionnées à la réalisation de l'objectif légitime d'éviter la surconsommation des médicaments.

65. En ce qui concerne le respect de normes, tant déontologiques que législatives, l'auditeur, sans se pencher sur la question de savoir s'il s'agit ou non d'un objectif légitime, estime qu'en tout état de cause les mesures prises par le Conseil national de l'OP sont disproportionnées. En effet, le Conseil national de l'OP met en cause le concept même MediCare-Market, alors qu'il est légal. Le respect des normes aurait pu être atteint en attaquant uniquement les irrégularités précises que le Conseil national de l'OP a estimé avoir constatées et non en attaquant le concept dans son ensemble. Partant, le Collège est également d'avis que les mesures mises en œuvre sont disproportionnées.

[789] Avis n°19-A-08 du 04/04/2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée, §904 et 905.

66. A titre d'exemple, le Collège constate que les restrictions sur la publicité en matière de ristournes adoptée par l'OP au motif de défendre la crédibilité et la probité de la profession de pharmacien sont disproportionnées par l'objectif de santé publique et pourraient tout aussi bien être interprétées comme des mesures prises afin de restreindre une concurrence sur les prix pour préserver la marge des pharmaciens.

67. Enfin, l'auditeur note que, contrairement à ce que prétend le Conseil national de l'OP, la condition de nécessité prévue par l'arrêt *Wouters* n'est pas subjective, mais bien objective. Ainsi, dans l'arrêt *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, la Cour de justice a dit pour droit : *« toute décision d'une association d'entreprises susceptible de restreindre la liberté d'action des parties ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu, tout d'abord, de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets et, plus particulièrement, de ses objectifs (voir, en ce sens, arrêt Wouters e.a., précité, point 97). (…) Il convient, ensuite, d'examiner si les effets restrictifs qui découlent du règlement litigieux ont pu raisonnablement être considérés comme nécessaires pour garantir la qualité des services offerts par les experts-comptables et si lesdits effets ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la poursuite de cet objectif (voir, en ce sens, arrêt Wouters e.a., précité, points 97, 107 et 109).* »[790] De même, dans l'arrêt Consiglio nazionale dei geologi, la Cour de justice a dit pour droit : « *il importe de contrôler si les restrictions ainsi imposées par les règles en cause au principal sont limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer la mise en œuvre d'objectifs légitimes (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2006, Meca-Medina et Majcen/Commission, C ‑519/04 P, Rec. p. I ‑6991, point 47).*»[791]. Il ressort de cette jurisprudence qu'il revient aux autorités compétentes de déterminer de manière objective si, au vu du contexte juridique et économique de l'entreprise en cause, la mesure est nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'objectif. Or, des mesures alternatives comme la séparation ou l'intégration eurent pu être prises. L'OP s'était d'ailleurs orienté en ce sens lors de la phase de conciliation avec MediCare-Market. Son brusque refus de poursuivre cette phase, et la logique de contentieux judiciaire, disciplinaire et médiatique qui y a succédé, sont des éléments de fait supplémentaires qui entachent de doute l'objectivité, et partant la véracité, des propos du Conseil national de l'OP sur la poursuite des objectifs légitimes invoqués, et accréditent la thèse d'une stratégie anticoncurrentielle visant à protéger les intérêts économiques de ses membres.

68. En l'espèce, la mise en cause du concept MediCare-Market ne peut raisonnablement être considérée comme nécessaire et proportionnée pour garantir les objectifs invoqués de santé publique, de crédibilité de la profession, de surconsommation des médicaments et de respect de la déontologie et de la législation.

VI.1.11 Conclusion du Collège

69. Le Collège estime que les décisions du Conseil national de l'OP doivent être considérées comme des décisions d'association d'entreprises restrictives de concurrence par objet. En effet, le Conseil national de

[790] CJUE, arrêt du 28 février 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, §§ 93-96
[791] CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, Consiglio nazionale dei geologi, C-136/12, §§ 53-54

l'OP a agi dans un but économique et a pris des décisions ayant pour objet l'éviction d'un modèle de distribution innovant. Les décisions du Conseil national de l'OP sont à ce point nocives au bien-être du consommateur, et notamment à la concurrence tarifaire (sur le prix de vente des médicaments) et non tarifaire (sur l'innovation), qu'elles constituent des infractions graves au droit de la concurrence. Elles violent, du reste, des jurisprudence et la pratique décisionnelle établies aux niveaux européen et belge. Enfin, ces décisions ne visent pas à atteindre un objectif légitime ou, à tout le moins, ne sont pas nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un tel objectif.

70. Dès lors, les décisions du Conseil national de l'OP en cause sont contraires aux articles IV.1 § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.

71. Le Collège constate par ailleurs que le Conseil national de l'OP n'a avancé aucun argument justifiant ses décisions au titre des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE.

VI.2 Notion d'infraction unique et continue

VI.2.1 Principes

72. Suivant une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition. Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble», en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble[792].

VI.2.2 Application au cas d'espèce

73. L'auditeur dispose d'éléments démontrant que l'infraction pourrait avoir débuté dès janvier 2015. Il les estime toutefois insuffisants pour affirmer avec certitude que l'infraction unique et continue commise par l'OP a débuté à ce moment. Il fixe dès lors le début de l'infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE au 22 octobre 2015 et constate qu'elle n'a pas cessé à ce jour.

74. En effet, l'adoption des stratégies anticoncurrentielles en cause et leur mise en œuvre émanent de la même association d'entreprises, concernent le même acteur, le groupe MediCare-Market, et visent un même et unique objectif, à savoir la défense des intérêts économiques de la majorité des pharmaciens, c'est-à-dire les pharmaciens d'officine traditionnelle indépendants.

75. Par conséquent, le Collège considère que toutes les actions et mesures s'inscrivant dans la stratégie globale d'éviction du groupe MediCare-Market constituent une infraction unique et continue aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.

[792] Voy. CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, Commission européenne contre Verhuizingen Coppens NV, C-441/11, § 41 et la jurisprudence citée.

VI.3 Sanction

VI.3.1 Application des lignes directrices

76. Le Comité de direction de l'Autorité belge de la Concurrence a adopté le 26 août 2014 des lignes directrices pour le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1er , premier alinéa CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE (ci-après « les lignes directrices pour le calcul des amendes »).

77. Ces lignes directrices s'appliquent à partir du 1er novembre 2014 à toutes les affaires pour lesquelles, à cette date, un projet de décision motivé n'a pas encore été transmis au Collège de la Concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'auditeur a déjà communiqué une fourchette d'amendes et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction[793].

78. Le point 3 des lignes directrices concernant le calcul des amendes se lit comme suit: « L'Autorité belge de la Concurrence se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1, premier alinéa CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE, par les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (Journal officiel 2006/C 210/02) (ci-après : les Lignes directrices de la Commission). »

VI.3.2 Détermination du montant de l'amende

VI.3.2.a Principe de détermination des amendes

79. Les lignes directrices de la Commission européenne prévoient au point 14 que lorsque l'infraction d'une association d'entreprises porte sur les activités de ses membres, la valeur de ventes correspond à la somme de la valeur des ventes de ses membres[794]. Les lignes directrices de la Commission européenne indiquent également au point 33 que lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction[795].

80. Le montant de base de l'amende est établi sur base d'une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années de l'infraction. L'appréciation de la gravité est évaluée au cas par cas pour chaque type d'infraction, en tenant

---

[793] Voy. le § 13 des Lignes directrices pour le calcul des amendes

[794] Article 14 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[795] Paragraphe qui reprend l'article 23, § 2 du Règlement n°1/2003 (« *Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association* ».)

compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce[796]. Ce montant de base peut être majoré pour tenir compte des circonstances aggravantes ou diminué pour tenir compte des circonstances atténuantes, et ce sur base d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes[797].

VI.3.2.b Application au cas d'espèce

81. Il est de jurisprudence constante que les infractions aux règles de concurrence susceptibles de faire l'objet d'une sanction sont celles commises de propos délibéré ou par négligence et qu'il suffit, à cet égard, que leur auteur n'ait pas pu ignorer que son comportement devrait entraîner une restriction de la concurrence[798].

82. L'OP devait savoir que ses décisions sont susceptibles d'être sanctionnées au regard du droit de la concurrence.

i) Base de calcul

83. Le chiffre d'affaires visé est le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction. Dans le cas présent, le chiffre d'affaires à prendre en compte devrait donc correspondre au chiffre d'affaires total des pharmacies belges soumises au contrôle de l'OP. Contrairement aux arguments développés par l'Ordre, ce n'est pas le chiffre d'affaires des pharmaciens qui constitue la base de calcul pertinente, dès lors que le chiffre d'affaires de certains pharmaciens correspond à un salaire en qualité d'employé qui n'inclut pas le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, en l'occurrence la pharmacie. C'est bien le chiffre d'affaires de l'ensemble des pharmacies en Belgique, qui ont toutes reçu notamment communication de la part de l'Ordre concernant sa position à l'égard de Medicare-Market et dont certaines d'entre elles sont à l'origine des plaintes et de la stratégie d'éviction menée par l'Ordre, qu'il convient de prendre en compte pour la base de calcul de l'amende.

84. Pour l'année 2017, le chiffre d'affaires des pharmacies est estimé par l'APB à 5,599 milliards d'euros[799].

ii) Gravité de l'infraction

85. Le marché des médicaments est fortement réglementé. Les stratégies d'éviction d'un nouvel entrant développant un business modèle fondé sur la concurrence tarifaire sur le marché des services prestés par les pharmaciens et soumis au contrôle de l'Ordre constituent donc une infraction d'autant plus grave au regard du droit de la concurrence que ce marché est peu concurrentiel.

---

[796] Voy. §§ 19-20 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[797] § 27 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

[798] Cf. TUE, arrêt du 22 octobre 1997, T-213/95 et T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuur, § 236 et TUE, arrêt du 7 juillet 1994, T-43/92, Dunlop Slazenger/Commission, §142.

[799] Voy. la réponse de l'APB du 23 mai 2018 ainsi que l'annexe à celle-ci. L'auditeur remarque que la réponse précise de l'APB contient une erreur, l'APB ayant indiqué « millions » et non « milliards ». L'annexe, ainsi que les annales pharmaceutiques belges de 2017 traitant du même sujet pour l'année 2016 démontrent bien qu'il est question de milliards d'euros et non de millions d'euros.

86. Les décisions de l'OP ont entraîné des entraves effectives au développement du groupe MediCare-Market décrites *supra*[800] .

87. Compte tenu de la nature et du contexte de l'infraction, le Collège considère qu'il conviendrait de retenir un pourcentage de 20% du chiffre d'affaires concerné en tant que facteur de gravité.

iii) Durée de l'infraction

88. Conformément à ce qui a été mentionné au point III.5, l'auditeur considère que l'infraction a débuté le 22 octobre 2015 et se prolonge à ce jour.

iv) Ajustement en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes

89. L'auditeur estime qu'aucune circonstance aggravante ou atténuante ne doit être prise en compte en l'espèce.

VI.3.2.c Arguments du Conseil national de l'OP dans sa réponse du 1er octobre 2018

90. A ce sujet, le Conseil national de l'OP conteste tout d'abord la proposition de l'auditorat « de retenir comme base de calcul de l'amende, le chiffre d'affaires de tous les pharmacies belges et non celui des pharmaciens belges »[801]. Le Conseil national de l'OP note à cet égard que « Il faut noter à cet égard que les pharmacies ne sont pas membres de l'OP ; en effet, seuls les pharmaciens sont membres. Si le « chiffre d'affaires » des pharmaciens, membres de l'OP, est considéré comme la base pertinente pour le calcul de l'amende, quod non (voir infra), il faudrait prendre en compte leurs revenus, et non pas le chiffre d'affaires des pharmacies belges »[802].

91. Le Conseil national de l'OP affirme en outre que l'auditorat s'appuie à tort sur le paragraphe 14 des lignes directrices de la Commission. En effet, si les lignes directrices de l'ABC en matière d'amende stipulent, dans leur paragraphe 3, que l'ABC se laissera en principe guider par les lignes directrices de la Commission, le Conseil national de l'OP affirme que « *Il n'y a donc pas d'automatisme absolu, et en toute hypothèse, l'application par analogie ne peut avoir lieu que si le calcul est conforme aux dispositions du Livre IV du CDE. Or, c'est précisément là que la référence au paragraphe 14 des Lignes Directrices CE pose problème* »[803]. En effet, contrairement au droit européen qui a une base légale pour prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction d'une association d'entreprises lorsque l'infraction de cette association porte sur les activités de ses membres, tel ne serait pas le cas du droit belge[804]. Le Conseil national de l'OP écrit à ce sujet : *« En effet, le Livre IV du CDE ne mentionne pas la possibilité, pour l'ABC, de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres d'une association d'entreprises. Par conséquent, si l'Auditorat calcule l'amende en tenant compte des chiffres d'affaires des pharmaciens – avec pour conséquence évidente un dépassement très significatif du taux de 10% du chiffre d'affaires de l'OP - elle viole assurément l'article IV.70, § 1er, du CDE, qui dispose*

[800] Cf. § 113
[801] Voy. § 206 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[802] Voy. § 206 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[803] Voy. § 210 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[804] Voy. §§ 211-212 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

simplement :« Lorsque le Collège de la concurrence prend une décision visée à l'article IV.48, 1°, le Collège de la concurrence peut infliger, à chacune des entreprises et associations d'entreprises concernées, des amendes ne dépassant pas 10 % de leur chiffre d'affaires. (…) »[805]

92. Le Conseil national de l'OP précise que l'Ordre des pharmaciens est une personne morale de droit public et n'a dès lors pas de chiffre d'affaires. Il précise en outre que *« les contributions de ses membres constituent les seuls revenus de l'OP. En 2017, ces revenus s'élevaient à € 2.498.847,88* »[806]. Ainsi, d'après le Conseil national de l'OP, *« en supposant que ces revenus soient considérés comme l'équivalent de la notion de « chiffre d'affaires », telle que définie à l'article IV.74 du CDE, le montant d'une amende éventuelle ne peut en aucun cas excéder € 249.884,79* »[807].

93. Le Conseil national de l'OP précise également que « le seuil de 10% est un maximum d'une fourchette et non un seuil standard, appliqué de manière automatique ou moyenne »[808].

94. Le Conseil national de l'OP affirme à titre subsidiaire que « si l'Auditorat persiste en préconisant de prendre en compte le chiffre d'affaires des membres de l'OP, seul le chiffre d'affaires des membres affectés par l'infraction alléguée pourrait être pris en compte »[809].

95. Ainsi, suivant les lignes directrices de la Commission, il faudrait « se limiter au chiffre d'affaires des entreprises concernées dans le marché géographique pertinent en relation directe ou indirecte avec l'infraction »[810]. Or, le Conseil national de l'OP estime que les marchés pertinents sont locaux : « Selon une définition géographique correcte, en l'espèce l'on a affaire à des marchés locaux. L'étendue géographique des infractions alléguées est en effet limitée aux marchés locaux dans la zone de chalandise de ces pharmacies. Ceci implique que, pour le calcul du chiffre d'affaires pertinent, il faut se limiter aux revenus des pharmaciens qui se trouvent dans un périmètre déterminé des pharmacies prétendument affectées »[811].

96. Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat ne peut pas prendre en compte une gravité de l'infraction de 20%. Il estime tout d'abord que, si les actions en cause « *constituaient une infraction au droit de la concurrence (quod non), elles ne pourraient jamais être considérées comme une infraction grave. L'OP rappelle qu'en 2015, le modèle Medicare-Market soulevait des questions sérieuses de conformité à la loi, ce que Medicare-Market a par ailleurs reconnu. Dans ces circonstances, l'action de l'OP, en ligne avec sa mission, ne peut pas constituer une infraction, voire une infraction grave au droit de la concurrence*»[812]. En outre, il estime que même s'il devait être considéré que le Conseil national de l'OP a commis une infraction grave au droit de la concurrence, un taux de 20% serait exagéré. Le Conseil

[805] Voy. § 212 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[806] Voy. § 213 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[807] Voy. § 213 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[808] Voy. § 214 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[809] Voy. § 215 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[810] Voy. § 216 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[811] Voy. § 217 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[812] Voy. § 219 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

national de l'OP indique à cet égard que « *dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne applique des taux d'environ 16% pour des cartels classiques* »[813].

97. Le Conseil national de l'OP estime en outre que l'auditorat n'a, à tort, pas pris en compte des circonstances atténuantes. Le Conseil national de l'OP indique à cet égard que son comportement « *l'OP a toujours été strictement dicté par son obligation légale de maintenir le respect de la loi et de la déontologie* »[814] et qu'il « *s'inscrit dans un cadre composé de messages clairs du monde politique appelant l'OP à agir contre les infractions identifiées contre la loi et contre la déontologie* »[815]. Le Conseil national de l'OP affirme également avoir « *toujours coopéré effectivement avec l'Auditorat en répondant de manière complète aux demandes de renseignements adressées par l'Auditorat* »[816]. Le Conseil national de l'OP souligne en outre que « *à partir du moment où l'Auditorat l'a informé de sa position préliminaire (lors de la réunion du 4 octobre 2017), il a, dans un effort de conciliation, accéléré sa réflexion sur une refonte des dispositions du Code de déontologie concernées. Des discussions au sujet d'amendements éventuels à apporter au Code ont été entamées en interne bien avant la réception de la Communication et avant même tout contact direct avec l'Auditorat. Ces discussions ont été initiées, entre autres objectifs poursuivis, dans la perspective de s'assurer de la conformité du Code au droit de la concurrence. Ceci démontre à nouveau la volonté de l'OP de trouver une solution quant au fond et de coopérer constructivement avec l'Auditorat* »[817].

98. Le Conseil national de l'OP affirme également que l'amende suggérée par l'Auditorat n'est pas raisonnable, car elle s'élèverait à 22.400% du « chiffre d'affaires » annuel de l'OP. Ainsi, elle serait illégale et violerait également le principe de proportionnalité[818]. L'OP estime que « *imposer à l'OP cette amende reviendrait à signer sa fin, contrairement à la volonté du législateur de conserver un tel organe, volonté encore renforcée récemment comme le démontrent les nouvelles tâches confiées à l'OP et la revalorisation des ordres professionnels en général* »[819].

99. Enfin, le Conseil national de l'OP avance que l'amende suggérée par l'Auditorat violerait l'article 7 de la CEDH et l'article 14 de la Constitution, qui prévoient le principe « *nulla poena sine lege certa* »[820]. Le Conseil national de l'OP renvoie sur ce point à la jurisprudence de la cour suprême suisse « *qui n'impose pas d'amendes si les entreprises (ou les associations d'entreprises) ne pouvaient pas raisonnablement penser que leur comportement constituerait une infraction du droit de la concurrence* »[821]. D'après le Conseil national de l'OP, « *En l'espèce, il est clair qu'au moment où il a agi, l'OP ne pouvait pas savoir que ses actions constitueraient une infraction de l'article 101 du TFUE ou l'article IV.1 du CDE* »[822].

---

[813] Voy. § 220 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[814] Voy. § 225 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[815] Voy. § 225 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[816] Voy. § 226 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[817] Voy. § 227 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[818] Voy. § 229 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[819] Voy. § 230 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[820] Voy. §§ 231-232 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[821] Voy. § 232 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs
[822] Voy. § 233 de la réponse du Conseil national de l'OP à la communication des griefs

VI.3.2.d Analyse et conclusion par le Collège

i) L'Autorité belge de la concurrence est compétente pour imposer des amendes aux associations d'entreprises sur la base des chiffres d'affaires de leurs membres

100. Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens fait valoir que l'auditorat se fonde à tort sur le paragraphe 14 des lignes directrices de la Commission. Ce paragraphe trouverait sa base légale uniquement dans l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, alors que le Livre IV ne mentionnerait pas la possibilité pour le Collège de se fonder sur les chiffres d'affaires des membres. L'article IV.70, § 1 CDE disposerait simplement que le Collège de la concurrence peut infliger des amendes à une association d'entreprise pour autant que l'amende ne dépasse pas 10 % de son chiffre d'affaires. A cet égard, le Conseil national de l'OP explique que l'Ordre des pharmaciens n'a pas de chiffre d'affaires et que les contributions de ses membres constituent les seuls revenus de l'ordre.

101. Cette argumentation ne saurait prospérer. La jurisprudence constante interprétant l'application de l'article 101 TFUE aux associations d'entreprises fait prévaloir un principe résolument contraire, et ce depuis le Règlement n 17 qui précédait le Règlement 1/2003. Citons le Tribunal dans l'affaire *CB et Europay contre Commission* :[823]

> « *Le Tribunal considère que l'utilisation du terme générique "infraction" à l' article 15, paragraphe 2, du règlement n 17, en ce qu' il couvre sans distinction les accords, les pratiques concertées et les décisions d' associations d' entreprises, indique que les plafonds qui sont prévus par cette disposition s'appliquent de la même manière aux accords et pratiques concertées, ainsi qu' aux décisions d' associations d' entreprises. Il s'ensuit que le plafond de 10 % du chiffre d'affaires doit être calculé par rapport au chiffre d' affaires réalisé par chacune des entreprises parties auxdits accords et pratiques concertées ou par l' ensemble des entreprises membres desdites associations d' entreprises, à tout le moins lorsque, en vertu de ses règles internes, l'association peut engager ses membres. Le bien-fondé de cette analyse est corroboré par le fait que, en fixant le montant des amendes, on peut tenir compte, entre autres, de l' influence que l' entreprise a pu exercer sur le marché, notamment en raison de sa taille et de sa puissance économique sur lesquelles le chiffre d' affaires de l' entreprise donne des indications (arrêt de la Cour du 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a./Commission, 100/83 à 103/83, Rec. p. 1825, points 120 et 121) ainsi que de l' effet dissuasif que doivent exercer ces amendes (arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, Solvay/Commission, T-12/89, Rec. p. II-907, point 309). En effet, l'influence qu' a pu exercer sur le marché une association d' entreprises ne dépend pas de son propre "chiffre d' affaires", qui ne révèle ni sa taille ni sa puissance économique, mais bien du chiffre d' affaires de ses membres qui constitue une indication de sa taille et de sa puissance économique.* »

102. Au paragraphe 139 du même arrêt, le Tribunal affirma:

> « *le fait de prendre en considération le chiffre d'affaires des membres d'une association d'entreprises dans la détermination du plafond de 10 % ne signifie pas qu'une amende leur a été infligée ni même, en soi, que l'association en cause a l'obligation de répercuter sur ses membres la charge de celle-ci* ».

[823] Voy. T-39/92 and T-40/92, CB and Europay v. Commission, [1994] ECR II-49,

103. Depuis, la jurisprudence a confirmé de manière *constante* ce principe dans diverses affaires, en ce compris sous l'empire du Règlement 1/2003.[824] Dans l'affaire *FNCBV*, le Tribunal a encore insisté sur le caractère relativement souple des conditions permettant de tenir compte du chiffre d'affaires des membres d'une association. Après avoir rappelé que cette possibilité était présente lorsque l'association peut "*engager ses membres*", ce qui parait être le cas ici, le Tribunal a souligné que cette faculté était encore ouverte dans d'autres "*cas particuliers*" ou "*circonstances spécifiques*". A cet égard, cela est le cas lorsque "*l'infraction commise par une association porte sur les activités de ses membres et où les pratiques anticoncurrentielles en cause sont exécutées par l'association directement au bénéfice de ces derniers et en coopération avec ceux-ci […]*".[825] De toute évidence, les faits présents dans le dossier démontrent l'existence de telles circonstances spécifiques. La symbiose entre les objectifs de l'OP et de ses membres, ainsi que l'étroite implication de l'OP et de ses membres dans la détection et l'exécution de la stratégie anticoncurrentielle (exhortations et dénonciations des pharmaciens auprès de l'OP, notamment), semblent aussi constitutifs des cas particuliers mentionnés dans la jurisprudence *FNCBV*. Au paragraphe 81 de son projet de décision, l'auditeur a rappelé les constatations de faits réalisées par Conseil d'appel d'expression française : "*Sur recours, par décision du [CONFIDENTIEL], le conseil d'appel d'expression française a annulé la décision du conseil provincial du [CONFIDENTIEL]. Cette annulation est fondée sur une irrégularité substantielle de la décision du conseil provincial de faire comparaître le pharmacien, le pharmacien instructeur étant membre suppléant du Conseil national. D'après le conseil d'appel, cette double appartenance ne pouvait qu'entraîner un manque apparent d'impartialité dans le chef du pharmacien instructeur. La décision relève ainsi que : « Il est clair que le rapport d'instruction fait par le pharmacien [CONFIDENTIEL] et le pharmacien [CONFIDENTIEL] devant le Conseil le 16 novembre 2015 a exercé une influence sur la décision prise à cette date par le Conseil de convoquer le pharmacien en cause en séance disciplinaire, l'opinion de l'instructeur [CONFIDENTIEL] étant déterminante de par son appartenance comme suppléant au conseil national qui avait préalablement pris position sur le sujet et manifesté fermement son opposition de principe au concept des pharmacies exploitées par les sociétés MediMarket et qui préparait par ailleurs une action en cessation* »[79]. Le conseil d'appel a également constaté dans sa décision que *« Le dossier disciplinaire ouvert à charge du Pharmacien [CONFIDENTIEL] pose une question de principe que le Conseil national a décidé de résoudre en condamnant d'emblée le concept ainsi qu'il le rappelle à l'intention d'un des instructeurs dans le courrier du 23 décembre 2015* »".

104. Qui plus est, suivre la thèse du Conseil national de l'OP reviendrait largement à lui délivrer un brevet d'impunité, ce qui ne peut être admis par le droit de l'Union[826]. Toujours dans l'affaire *FNCBV*, le Tribunal a jugé : « *La faculté de la Commission d'imposer des amendes d'un montant approprié aux infractions en*

[824] T-29/92 Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO) and others v EC Commission [1995] ECR II-289 § 385. Case T-9/99 HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (HFB) and others v EC Commission [2002] ECR II-1487 § 529. Voir aussi Tribunal, T‑217/03 et T‑245/03, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV), §317.
[825] CJUE, FNCBV, T-217/03 et T-245/03,13.12.2006, §319.
[826] Voy., en ce sens, arrêt de la Cour d'appel du 27 septembre 2013, RG 2012/MR/5, affaire Presstalis, point 15.

cause pourrait, sinon, se voir compromise, dans la mesure où des associations ayant un très petit chiffre d'affaires mais regroupant, sans pour autant pouvoir les engager formellement, un nombre élevé d'entreprises qui, ensemble, réalisent un chiffre d'affaires important, ne pourraient être sanctionnées que par des amendes très réduites, même si les infractions commises par celles-ci pouvaient exercer une influence notable dans les marchés en cause. Cette circonstance irait à l'encontre, en outre, de la nécessité d'assurer l'effet dissuasif des sanctions contre les infractions aux règles de concurrence communautaires".[827]

105. le Collège conclut de ces développements, ensemble avec les arguments pertinents de l'auditeur sur l'application effective du droit de la concurrence, et en particulier l'article 5 du Règlement 1/2003, qu'il peut se baser sur le chiffre d'affaires des membres de l'Ordre des pharmaciens pour établir la base de calcul et la plafond de l'amende.

ii) Le chiffre d'affaires pertinent est celui réalisé par les pharmacies belges sur l'ensemble du territoire de la Belgique

106. Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens conteste en outre que le chiffre d'affaires utilisé par l'auditeur soit celui des pharmacies belges et non des pharmaciens belges. Le Collège estime que le développement opéré ci-dessus peut être repris : l'effectivité du droit européen s'oppose à ce que le chiffre d'affaires utilisé soit celui des pharmaciens et non des pharmacies. A cet égard, l'auditeur note que, si la position du Conseil national de l'OP devait être retenue, il serait aisé pour les associations d'entreprises de réduire leur responsabilité vis-à-vis du droit de la concurrence en imposant ou suggérant à leurs membres de s'organiser d'une manière déterminée afin de limiter leur responsabilité. Par ailleurs, le droit de la concurrence cible les entités économiques et non les constructions juridiques. Ainsi, du point de vue du droit de la concurrence, le Collège constate que les pharmaciens exercent leurs activités professionnelles dans le cadre d'une pharmacie. Les pharmaciens et pharmacies sont donc assimilables et constituent une seule et même entité économique.

107. En ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte, il est renvoyé aux considérations de l'auditeur concernant la définition géographique du marché[828]. Dans celles-ci, l'auditeur a considéré que le marché géographique pertinent était national. Ainsi, le chiffre d'affaires à prendre en compte est bien celui de l'ensemble des pharmacies présentes sur le territoire belge. Les pharmacies présentes pourraient en effet décider de faire concurrence aux pharmacies du groupe MediCare-Market en développant de nouveaux services, en modifiant leurs canaux de distribution ou en intensifiant la concurrence par les prix.

iii) L'Autorité belge de la concurrence n'est pas liée par la pratique décisionnelle de la Commission en ce qui concerne le facteur de gravité

108. Quant au facteur de gravité proposé, l'Autorité belge de la concurrence est libre de mener sa propre politique en matière d'amendes et n'est pas obligée de suivre la pratique décisionnelle de la Commission sur ce point. L'auditeur réitère en outre que, contrairement à ce qu'affirme le Conseil national de l'OP, les

[827] Voy. CJUE, FNCBV, T-217/03 et T-245/03,13.12.2006, §318.
[828] Voy. *supra* §§ 218-220

infractions en cause sont des infractions graves, dont la jurisprudence a considéré qu'elles constituaient des restrictions de concurrence par objet.

iv) Il n'existe aucune circonstance atténuante dans le chef du Conseil national de l'OP

109. Le Collège ne peut suivre l'argumentation du Conseil national de l'OP en ce qui concerne les circonstances atténuantes. Concernant le fait que le Conseil national de l'OP n'aurait toujours été strictement dicté que par son obligation légale de maintien du respect de la loi et de la déontologie, le Collège estime qu'il a été démontré à suffisance de droit que tel n'est pas le cas. A part émettre des considérations générales, le Conseil national de l'OP n'invoque d'ailleurs aucun élément de preuve à l'appui de sa position. Quant au fait qu'il a donné suite aux demandes de renseignements de manière complète, le Collège note qu'il s'agit uniquement du respect d'une obligation légale fixée par l'article IV.41 du Code de droit économique. Cela ne peut donc pas constituer une circonstance atténuante. S'il est vrai que le Conseil national de l'OP est actuellement occupé à réformer son Code de déontologie, la communication des griefs ne porte pas sur le Code de déontologie comme relevé à plusieurs reprises par le Conseil national de l'OP dans sa réponse à la communication des griefs. La réforme du Code est dès lors étrangère à la présente affaire et ne peut, par conséquent, justifier aucune circonstance atténuante dans ce cadre.

v) Les critères qui pourraient être pris en compte pour le calcul de l'amende en l'espèce

110. Le point 37 des lignes directrices de la Commission permet de s'écarter de la méthodologie de fixation des amendes citée ci-dessus au vu des particularités d'une affaire donnée[829].

111. Le Collège estime qu'il serait opportun, dans le cadre de la présente affaire, de s'appuyer sur cette possibilité. En effet, l'application de la méthodologie de fixation des amendes conduirait à une amende telle que l'Ordre des pharmaciens devrait faire intervenir la responsabilité financière de ses membres afin de garantir le paiement de celle-ci. La présente affaire constituant un cas de répercussion possible d'une amende auprès des membres d'une association d'entreprises en Belgique, il serait justifié de recourir au point 37 des lignes directrices de la Commission.

112. Le Collège estime que, dans la fixation du montant de l'amende, une série d'éléments doivent être pris en compte pour déterminer celle-ci.

113. Quant à la nature de l'infraction, le comportement anticoncurrentiel du Conseil national de l'OP s'est manifesté par une stratégie d'éviction globale, ciblée et publique du Conseil national de l'OP ayant pour objet d'évincer le concept MediCare-Market et de dissuader des initiatives de nouveaux entrants ou concurrents potentiels s'inspirant de ce concept basé sur la mise en œuvre d'une concurrence effective notamment sur les prix. Cette infraction constitue une infraction manifeste et grave au droit de la concurrence. Elle doit dès lors être sanctionnée par des amendes suffisamment dissuasives.

114. Ensuite, des pratiques similaires ont été condamnées dès 2010 par la décision de la Commission dans l'affaire *ONP/Labco*, décision qui a été confirmée par le Tribunal en 2014.

---

[829] § 37 des lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

115. Troisièmement, le marché des services prestés par les pharmaciens est un marché fortement régulé dans lequel la concurrence est réduite et est de dimension nationale.

116. Quatrièmement, l'infraction a duré un an et trois mois. Malgré sa durée réduite, il y a lieu de tenir compte du fait que la stratégie d'éviction du Conseil national de l'OP est intervenue dans la phase de développement d'un modèle de distribution innovant.

117. Cinquièmement, l'infraction en cause ne constitue pas un cas typique d'accord horizontal de fixation des prix.

118. Sixièmement, l'infraction a été commise par une association d'entreprises à laquelle l'affiliation est obligatoire pour les pharmaciens.

119. Enfin, le Conseil national de l'OP a agi publiquement et non en secret.

120. Les calculs de l'amende proposés par l'auditeur conduisent à une fourchette comprise entre [cinq cents mille et deux millions cinq cents mille] euros. Le Collège rejoint la méthodologie ainsi développée et estime qu'une amende d'un million d'euros suffit à tenir compte de la gravité de l'infraction constatée et à présenter un effet dissuasif, sans présenter un caractère excessif. Le Collège relève, aux seules fins de fournir ici une mise en perspective, que ce montant correspond au chiffre d'affaires moyen annuel réalisé par une seule pharmacie sur un total de quelque 5000 pharmacies.

121. Etant donné ce qui précède et notamment les similarités du présent cas avec l'affaire *ONP/Labco*, le Collège décide de fixer une amende d'un million d'euros.

vi) Une amende dans le cas d'espèce ne viole pas les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge

122. L'argument du Conseil national de l'OP consistant à dire que l'amende suggérée violerait les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge qui prévoient le principe « *nulla poena sine lege certa* » ne peut être suivi. En effet, dans son arrêt Telefonica du 10 juillet 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé : « *Il convient de rappeler que les principes de légalité des peines et de sécurité juridique ne sauraient être interprétés comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale, mais peuvent s'opposer à l'application rétroactive d'une nouvelle interprétation d'une norme établissant une infraction (arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, EU:C:2005:408, point 217). 148 Tel est en particulier le cas s'il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause (voir arrêt Dansk Rørindustri e.a./Commission, EU:C:2005:408, point 218 et jurisprudence citée). 149 En l'espèce, force est de constater que l'interprétation retenue par la Commission dans la décision litigieuse, selon laquelle une pratique de compression des marges est contraire à l'article 102 TFUE, était raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise. Cette prévisibilité découlait des décisions 88/518 (Napier Brown) et Deutsche*

Telekom ainsi que des effets négatifs prévisibles d'une pratique de compression des marges sur la concurrence, comme le souligne à bon droit le Tribunal aux points 358 à 362 de l'arrêt attaqué »[830].

123. Les infractions au droit de la concurrence présentes en l'espèce, à savoir évincer un concurrent et/ou empêcher son développement et imposer un prix minimum ont, comme démontré par l'auditeur, été à plusieurs reprises considérées comme des restrictions de concurrence par objet par la pratique décisionnelle et la jurisprudence. Dès lors, une amende dans le présent cas ne pourrait violer les articles 7 de la CEDH et 14 de la Constitution belge[831].

vii) Calcul du montant maximum de l'amende

124. Conformément à l'article IV.70 du Code de droit économique, le montant de l'amende ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires.

125. Pour des raisons d'application effective du droit de la concurrence de l'Union, le montant maximum de l'amende doit également être déterminé à partir de montant total du chiffre d'affaires des membres de l'Ordre des pharmaciens.

126. Il s'ensuit que le montant de l'amende décidé par le Collège n'excède pas la limite de 10%.

VI.4 Décision du Collège

PAR CES MOTIFS,

Le Collège de la concurrence, par application de l'article IV.45, § 6, CDE :

- constate que les comportements tels que décrits dans le projet de décision et attribués à l'Ordre des pharmaciens, dont le siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles, sont des décisions d'association d'entreprises ayant pour objet d'évincer du marché des services délivrés par les pharmaciens et/ou d'empêcher le développement du modèle MediCare-Market et sont constitutives d'une infraction unique et continue ayant débuté le 22 octobre 2015 et ayant pris fin le 26 janvier 2017 à l'article IV.1 CDE et à l'article 101 TFUE.
- impose une amende d'un million d'euros à l'Ordre des pharmaciens en application de l'article IV.70 CDE.

Ainsi décidé le 28 mai 2019 par le Collège de la concurrence composé de David Szafran, Président du Collège de la concurrence, Elisabeth De Ghellinck et Nicolas Petit, assesseurs à l'Autorité belge de la concurrence.

Pour le Collège,

David Szafran
Président

[830] CJUE, arrêt du 10 juillet 2014, Telefonica, C-295/12 P, §§ 147-149.
[831] Voy. également TUE, arrêt du 29 mars 2012, Telefonica, T-336/07, § 319.