Autorité belge de la Concurrence

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

Décision n° ABC-2023-I/O-33 du 23 octobre 2023 en application de l'article IV. 52, §1, 2°/1 CDE

Version publique

Affaire n° CONC-I/O-16/0034

Grossistes en produits pharmaceutiques

I. PROCÉDURE **3**

II. PROJET DE DÉCISION **6**

IV. SECTEUR CONCERNÉ **6**

IV.1 LES PRINCIPAUX ACTEURS POUR LA MISE SUR LE MARCHÉ DES PRODUITS PHARMACEUTIQUES 6

IV.2 MARCHÉ DE LA DISTRIBUTION EN GROS FULL LINE DE PRODUITS PHARMACEUTIQUES 7

IV.2.1 Définition *7*

IV.2.2 Caractéristiques du marché *8*

- *Transparence ;* *8*
- *Homogénéité des services ;* *8*
- *Stabilité du marché ;* *8*
- *Absence d'innovation ;* *8*
- *Existence de barrière à l'entrée.* *8*

IV.2.3 La position des parties sur le marché *8*

IV.3 CADRE RÉGLEMENTAIRE 8

IV.3.1 Les obligations légales *8*

IV.3.2 Tarification et rémunération *9*

V. LES PRATIQUES CONCERNÉES **12**

V.1 LA PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE RELATIVE AUX TRANSFER ORDERS («TO ») 13

V.1.1 Les produits et services concernés *13*

V.1.2 Les griefs *17*

D L'application par les parties du contenu de la concertation *42*

V.1.3 Les éléments de preuve *43*

V.1.4 La durée de l'infraction *70*

V.1.5 Etendue géographique de l'infraction *78*

V.2 LA PRATIQUE RELATIVE AUX VACCINS CONTRE LA GRIPPE 78

V.2.1 Les produits et services concernés *78*
V.2.2 Les griefs *78*
V.2.3 Les éléments de preuve *88*
V.2.4 La durée de l'infraction *104*
V.2.5 Etendue géographique de l'infraction *111*

VI. ANALYSE JURIDIQUE **112**

VI.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs 112
VI.1.1 Application de l'article 101 (1) TFUE et de l'article IV.1 §1er CDE *112*
VI.1.2 Non-applicabilité de l'article 101 (3) TFUE et/ou de l'article IV.1§3 CDE *119*
VI.2 Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs 120
VI.2.1 Sur l'objet de la pratique relative aux TO *120*
VI.2.2 Sur l'effet de la pratique relative aux TO *121*
VI.2.3 Sur l'applicabilité de l'article 101(3) TFUE et / ou de l'article IV.1§3 CDE à la pratique relative aux TO . *122*
VI.3 Analyse de l'auditeur 122
VI.3.1 Sur l'objet de la pratique relative aux TO *122*
VI.3.2 Sur l'effet de la pratique relative aux TO *126*
VI.3.3 Sur l'applicabilité de l'article 101(3) TFUE et / ou de l'article IV.1§3 CDE pour la pratique relative aux TO *128*
VI.4 Conclusion de l'auditeur 129

VII. ELÉMENTS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION DANS LE CALCUL DE L'AMENDE **130**

VII.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs 130
VII.1.1 Lignes directrices applicables *130*
VII.1.2 Détermination du montant des amendes *130*
VII.2 Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs 135
VII.2.1 Sur l'amende concernant la pratique relative aux TO *135*
VII.2.2 Sur l'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe *137*
VII.3 Analyse de l'auditeur 138
VII.3.1 Sur l'amende concernant la pratique relative aux TO *138*
VII.3.2 Sur l'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe *155*
VII.4 Conclusions de l'auditeur 160

VIII. PROPOSITION **161**

III. OBSERVATIONS ÉCRITES DE CERP **162**

IV. L'ANALYSE PAR LE COLLÈGE DE LA CONCURRENCE **163**

IV.1 Entreprise visée 163
IV.2 Evaluation du Collège concernant le marché pertinent pour les activités des grossistes répartiteurs 163
IV.2.1 Les TO *163*
IV.2.2 Distribution de vaccins *166*
IV.3 Le grief. Description des pratiques et analyse de leur qualification : les pratiques incriminées sont-elles une infraction à l'article IV.1 CDE et à l'article 101 TFUE ? 166
IV.3.1 LES TO *166*
IV.3.2 Vaccins *174*
IV.4 Calcul de l'amende pour la pratique des TO. 182
IV.4.1 Assiette de l'amende *182*
IV.4.2 Calcul de l'amende *185*
IV.4.3 La clémence *186*

I. Procédure

1. Le 13 octobre 2016, sur base de l'ancien article IV.41 §1er al 2 CDE, une instruction a été ouverte d'office sous la référence CONC-I/O-16/0034 concernant les conditions commerciales appliquées par les grossistes répartiteurs dans le cadre de leur gestion des Transfer Orders.

2. Conformément à l'ancien article IV.27, §§2 et 3 CDE, l'auditeur général a désigné Monsieur Benjamin Matagne comme auditeur en charge de la direction journalière de l'instruction de l'affaire et Mesdames Catherine Godin, Nathalie Defossé, Anne-Charlotte Prévot et Aurélie Tapia Rodriguez, ainsi que Monsieur Pierre Stanner, comme membres de l'équipe d'instruction.

3. Le 14 octobre 2016, une première demande de renseignements relative aux Transfer Orders a été envoyée à CERP et aux autres parties.

4. Du [CONFIDENTIEL], une demande de renseignements relative aux Transfer Orders a été envoyée à plusieurs laboratoires pharmaceutiques.

5. Le [CONFIDENTIEL], une demande d'exonération totale des sanctions pécuniaires pour la société Febelco CVBA (ci-après « Febelco ») et certaines de ses filiales a été introduite. La demande de clémence de Febelco dénonçait plusieurs pratiques.

6. Les 21, 22 et 23 novembre 2016, des perquisitions ont été menées dans les locaux notamment de CERP SA (ci-après « CERP »).

7. Le [CONFIDENTIEL], plusieurs employés de Febelco ont introduit une demande d'immunités des poursuites.

8. Le[CONFIDENTIEL], CERP a introduit une demande d'exonération partielle d'amendes et Messieurs [CONFIDENTIEL], directeur des achats ; [CONFIDENTIEL], directeur commercial et [CONFIDENTIEL], administrateur délégué ont déposé une demande d'immunité des poursuites. La demande de clémence de CERP dénonçait plusieurs pratiques.

9. Le [CONFIDENTIEL], l'auditeur général a déposé sa demande d'avis de clémence au Collège de la concurrence concernant la demande de clémence de Febelco et certaines de ses filiales et les demandes d'immunités des poursuites.

10. Le [CONFIDENTIEL] , le Collège de la concurrence en application de l'ancien article IV.46 §§1er et 2 CDE a rendu un avis de clémence positif conditionnel concernant la demande de clémence introduite par Febelco et certaines de ses filiales et la demande d'immunité des poursuites introduites par les employés de Febelco.

11. La loi du 2 mai 2019 intitulée « Loi portant modification du livre Ier « Définitions » du livre XV « Application de la loi » et remplacement du livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique » a été publiée au Moniteur Belge le 24 mai 2019 et est entrée en vigueur dix jours après sa publication.

12. Les dispositions transitoires de l'article 6 §1er de la loi du 2 mai 2019 prévoient que « les dispositions des livres I et IV du Code de droit économique, telles que remplacées par la présente loi, sont d'application

immédiate à toutes les instructions et les procédures pendantes devant l'Autorité de la concurrence belge. »

13. Le[CONFIDENTIEL], l'auditeur général a déposé une proposition de décision auprès du Président de l'Autorité belge de la concurrence concernant la demande de clémence de CERP et les demandes d'immunité des poursuites.

14. Le[CONFIDENTIEL], le Président en application de l'ancien article IV.54 §§ 1 et 2 CDE, a rendu sa décision de clémence concernant la demande d'exonération partielle d'amendes de CERP et la demande d'immunité des poursuites pour Messieurs [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]. Le Président a accordé à CERP le bénéfice sous conditions d'une exonération partielle comprise entre 30 et 50% en ce qui concerne uniquement la pratique relative aux Transfer Orders et a accordé sous conditions l'immunité des poursuites aux demandeurs d'immunité pour cette même pratique.

15. Des demandes de renseignements ont été envoyées à CERP et aux autres parties en septembre et octobre 2019 et en décembre 2020.

16. Le [CONFIDENTIEL], en application de l'article IV.55 CDE, l'Auditeur général a invité CERP, Febelco, Pharma Belgium-Belmedis SA et McKesson Corporation à indiquer si elles étaient disposées à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction.

17. CERP et les autres parties ont confirmé, entre le [CONFIDENTIEL], qu'elles étaient disposées à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction.

18. Le [CONFIDENTIEL], en application de l'article IV.56 CDE, l'Auditeur général a ouvert une procédure de transaction à leur égard.

19. Le [CONFIDENTIEL], la communication des griefs visée à l'article IV.56 CDE a été communiquée à CERP et aux autres parties. Conformément à l'article IV.56 CDE, le montant de l'amende qu'il est envisagé de proposer au Collège de la concurrence a également été transmis. Enfin, il leur a été donné accès aux pièces auxquelles se réfère la communication des griefs ainsi qu'à une version non-confidentielle de toutes les autres pièces accessibles du dossier d'instruction.

20. Les discussions relatives à la procédure de transaction se sont déroulées du mois [CONFIDENTIEL].

21. Parallèlement à la procédure de transaction, deux demandes d'exonération d'amende et une demande d'immunité des poursuites ont été introduites.

22. Le [CONFIDENTIEL], CERP a fait une demande d'exonération partielle d'amendes et Messieurs [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] ont déposé des demandes d'immunité des poursuites. Ces demandes concernent la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

23. Le [CONFIDENTIEL], Pharma Belgium-Belmedis SA et McKesson Corporation ont déposé une demande d'exonération totale ou partielle d'amendes pour les pratiques relatives aux Transfer Orders et aux vaccins contre la grippe.

24. Le [CONFIDENTIEL], l'auditeur général a déposé une proposition de décision auprès du Président de l'Autorité belge de la concurrence concernant la demande de clémence de CERP et les demandes d'immunité des poursuites [CONFIDENTIEL].

25. Le [CONFIDENTIEL], l'auditeur général a déposé une proposition de décision auprès du Président de l'Autorité belge de la concurrence concernant la demande de clémence de Pharma Belgium-Belmedis SA et McKesson Corporation du [CONFIDENTIEL].

26. Le [CONFIDENTIEL], le Président, en application de l'ancien article IV.54 §§1 et 2 CDE, a rendu sa décision de clémence concernant la demande d'exonération partielle d'amendes de CERP et les demandes d'immunité des poursuites pour Messieurs [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]. Le Président a accordé à CERP le bénéfice sous conditions d'une exonération partielle comprise entre 30 et 50% en ce qui concerne la pratique relative aux vaccins contre la grippe et a accordé sous conditions l'immunité des poursuites aux demandeurs d'immunité.

27. Dans cette décision, le Président a également précisé que pour la pratique relative aux Transfer Orders, l'exonération partielle de CERP et les demandes d'immunité des poursuites de Messieurs [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] accordées sous conditions dans la décision de clémence du [CONFIDENTIEL] couvrent également la période du 4 avril 2003 au 31 décembre 2005.

28. Le [CONFIDENTIEL], le Président en application de l'ancien article IV.54 §1 CDE, a rendu sa décision de clémence concernant la demande d'exonération totale ou partielle d'amendes de Pharma Belgium-Belmedis SA et McKesson Corporation. Le Président a accordé à Pharma Belgium-Belmedis SA et McKesson Corporation le bénéfice sous conditions d'une exonération partielle comprise entre 20 et 40% en ce qui concerne les pratiques relatives aux Transfer Orders et aux vaccins contre la grippe.

29. Dans le cadre de la procédure de transaction, le [CONFIDENTIEL], l'auditeur a communiqué à CERP, Febelco et Pharma Belgium-Belmedis SA le projet de décision de transaction conformément à l'article IV.58 et a fixé le délai dans lequel les déclarations de transaction devaient être déposées.

30. Le [CONFIDENTIEL], CERP a informé l'Auditorat qu'il ne déposerait pas de déclaration de transaction. CERP a refusé la transaction de sa propre initiative et, pour ce qui la concerne, la procédure n'a donc pas abouti à une décision de transaction. En vertu de l'article IV.61 CDE, les documents et données échangés entre l'auditorat et CERP pendant la procédure de transaction sont confidentiels et n'ont été ajoutés ni au dossier de procédure ni au dossier d'instruction.

31. Le [CONFIDENTIEL], Pharma Belgium-Belmedis SA et Febelco ont déposé leur déclaration de transaction conformément à l'article IV.58 CDE.

32. Le 3 février 2022, Madame Vasiliki Mitrias a été désignée comme auditeur-conseiller, conformément à l'article IV.27, § 4 CDE.

33. Le 18 février 2022, conformément à l'article IV.59 §1er al.1er CDE, l'Auditorat a, après avis de l'auditeur-conseiller, pris une décision de transaction à l'égard de Febelco et Pharma Belgium Belmedis SA. Dans cette décision, l'Auditorat a constaté que les parties ayant transigé, par leur comportement respectif dans les pratiques en cause, avaient violé les articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

34. La décision de transaction est fondée sur les éléments de fait et de droit acceptés par les entreprises ayant transigé et ne s'est donc pas prononcée sur la question de la violation par CERP des articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

35. La loi du 28 février 2022 intitulée « Loi transposant la Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en oeuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur » a été publiée au Moniteur Belge le 7 mars 2022 et est entrée en vigueur 10 jours après sa publication.

36. En [CONFIDENTIEL], des demandes de renseignements ont été envoyées à plusieurs laboratoires pharmaceutiques, ainsi qu'à CERP.

37. Le 2 août 2022, conformément à l'article IV.46 §1er al. 1er CDE, l'auditeur a, après avis de l'auditeur-conseiller, informé CERP des griefs retenus contre elle.

38. CERP a déposé ses observations à la communication des griefs retenus contre elle en date du 10 octobre 2022.

39. Le 4 novembre 2022, Madame Catherine Godin, a été désignée comme nouvel auditeur dans le cadre de cette affaire.

40. L'auditeur a déposé la présente proposition de décision datée du 9 décembre 2022 auprès du président, conformément à l'article IV.46, § 4 CDE.

41. Le 20 février 2023, CERP a déposé ses observations au sujet de la proposition motivée de décision du 9 décembre 2022.

42. Le 4 avril 2023, le Collège de la concurrence a entendu CERP et l'Auditorat en présence du directeur des affaires juridiques et du directeur des affaires économiques. CERP et l'auditeur ont utilisé des présentations PowerPoint à l'appui de leurs plaidoiries, également distribuées sur support papier. La présente décision ne repose pas sur le contenu de ces deux présentations PowerPoint.

II. Projet de décision

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

IV. Secteur concerné

59. La présente affaire concerne le secteur des grossistes en produits pharmaceutiques.

IV.1 Les principaux acteurs pour la mise sur le marché des produits pharmaceutiques

60. Pour la mise sur le marché des produits pharmaceutiques, trois principaux types d'acteurs sont en relation :

- *les laboratoires pharmaceutiques qui fabriquent les produits pharmaceutiques.*

- *les entreprises de logistique qui selon leur compétence se chargent du stockage et/ou du transport et/ou de la distribution des produits pharmaceutiques aux pharmaciens. Parmi ces entreprises figurent une catégorie particulière de logisticiens : les grossistes en produits pharmaceutiques qui vendent et livrent régulièrement aux pharmaciens une large gamme de produits pharmaceutiques.*
- *les pharmaciens qui vendent les produits pharmaceutiques aux patients.*

61. Pour s'approvisionner en produits pharmaceutiques, les pharmaciens s'adressent principalement aux grossistes en produits pharmaceutiques.

62. Le grossiste en produits pharmaceutiques achète les produits aux laboratoires et les stocke dans ses dépôts. Il revend les produits aux pharmaciens ; il détermine les remises accordées aux pharmaciens[1] et gère le suivi, le règlement ainsi que la logistique de ses ventes.

63. Certaines des ventes du grossiste aux pharmaciens se font dans le cadre des Transfer Orders[2]. Elles concernent en général de grosses quantités de produits pharmaceutiques.

64. Dans certains cas, il arrive que les pharmaciens achètent certains produits directement auprès du laboratoire (« les ventes directes »).

65. Lors de ces ventes directes, le laboratoire pharmaceutique vend à ses conditions et assume tant la logistique que l'aspect financier, notamment la facturation, des livraisons aux pharmaciens. Il peut sous-traiter une partie de la logistique à un pré-wholesaler ou un transporteur. Les ventes directes concernent en général des ventes en grosses quantités.

IV.2 Marché de la distribution en gros full line de produits pharmaceutiques

IV.2.1 Définition

66. L'activité principale des grossistes en produits pharmaceutiques consiste à vendre et distribuer régulièrement une large gamme de produits pharmaceutiques aux pharmaciens. Elle correspond au marché de la distribution en gros full line tel que retenu par le Collège de la concurrence dans sa décision n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017.[3]

67. Le marché de la distribution en gros full line est constitué de la gamme complète des produits pharmaceutiques qui nécessitent une livraison journalière de la part des grossistes, en ce compris les produits pharmaceutiques en vente libre, ceux qui requièrent un stockage et une manipulation particulière, et les produits de parapharmacie.[4] Le Collège de la concurrence a décidé que les Transfer orders font partie de ce marché.

1 Voir réponse de CERP à la DDR du 25 mars 2022 , question 4.
2 Voir infra pour une description des Transfer Orders.
3 Points 72 à 91 et point 33 de la section VII de la décision du Collège de la concurrence.
4 Définition de la Commission européenne dans les affaires COMP/M. 7323 – Nordic Capital/GHD Verwaltung, décision du 14/08/14, note subpaginale 16 et COMP/M.6040 – Allainac Boots/Andreae – Noris Zahn, décision du 16/12/10 §14.

68. Une particularité en Belgique réside dans le fait que dans la mesure où un grossiste full line assume des missions de service public conférées par la loi[5], il est également grossiste répartiteur.[6]

69. CERP et les autres parties sont toutes à la fois grossistes full line et grossistes répartiteurs.

IV.2.2 Caractéristiques du marché

70. Le marché de la distribution en gros full line présente les caractéristiques suivantes :

- *Transparence ;*
- *Homogénéité des services ;*
- *Stabilité du marché ;*
- *Absence d'innovation ;*
- *Existence de barrière à l'entrée.[7]*

IV.2.3 La position des parties sur le marché

71. CERP et les autres parties constituaient la très grande partie du marché puisque leurs parts de marché respectives étaient les suivantes :

Part de marchés nationales (ventes) [8]

%	Pharma Belgium	Belmedis	Febelco	CERP
déc-11	[10-20]%	[15-25]%	[40-50]%	[5-15]%
déc-12	[10-20]%	[20-30]%	[40-50]%	[5-15]%
déc-13	[10-20]%	[15-25]%	[50-60]%	[5-15]%
déc-14	[10-20]%	[15-25]%	[50-60]%	[5-15]%
déc-15	[10-20]%	[15-25]%	[50-60]%	[5-15]%
déc-16	[10-20]%	[15-25]%	[50-60]%	[5-15]%

IV.3 Cadre réglementaire

IV.3.1 Les obligations légales

72. Un cadre réglementaire existe pour l'activité de grossiste afin de s'assurer de la sécurité des produits pharmaceutiques. Les exigences légales entourant la distribution en gros de médicaments sont essentiellement contenues dans la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments (« Loi sur les médicaments ») et l'arrêté royal du 14 décembre 2006 (« AR 2006 »).

5 Voir Infra section IV.1.3 « Le cadre réglementaire».
6 Voir décision du Collège de la concurrence n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017 dans l'affaire CONC–C/C–16/0038, point 81.
7 Voir décision du Collège de la concurrence n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017 dans l'affaire CONC–C/C–16/0038, point 50 de la section VII.
8 Voir décision du Collège de la concurrence n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017 dans l'affaire CONC–C/C–16/0038, point 212.

73. La Loi sur les médicaments prévoit qu'une autorisation auprès de l'AFMPS (Agence Fédérale des Médicaments et des Produits de Santé) est requise pour la distribution en gros de médicaments.[9] Afin d'obtenir une telle autorisation, le respect de certaines conditions est requis, notamment la nécessité de disposer d'une infrastructure assurant la conservation et la distribution de médicaments, le respect de certaines obligations d'approvisionnement, ainsi que d'autres exigences (telles que l'obligation de disposer d'un personnel qualifié, etc.).

74. Des dispositions légales sont par ailleurs prévues spécifiquement pour les grossistes répartiteurs. En effet, la Loi sur les médicaments le définit comme « le distributeur en gros chargé d'obligations de service public en ce qui concerne les médicaments à usage humain et/ou à usage vétérinaire ». [10] Il s'agit donc d'une catégorie particulière de distributeur en gros, en ce que le grossiste répartiteur est investi d'une mission d'intérêt général.

75. La règlementation applicable aux grossistes répartiteurs leur impose les obligations suivantes.

76. Le grossiste répartiteur a l'obligation de garantir en permanence un assortiment de médicaments capable de répondre aux exigences d'un territoire géographiquement déterminé et d'assurer la livraison des commandes demandées dans de très brefs délais sur l'ensemble dudit territoire[11].

77. Ainsi, le grossiste répartiteur a l'obligation de posséder de façon permanente un stock de médicaments lui permettant d'approvisionner journellement la région qu'il dessert. Ce stock doit satisfaire à des exigences de volume et de valeur, soit correspondre :

- *d'une part, aux deux tiers du nombre de médicaments mis sur le marché en Belgique, et*
- *d'autre part, à la valeur moyenne des chiffres d'affaires mensuels de l'année précédente par médicament.*

78. Pour pouvoir assurer un approvisionnement journalier de la région desservie, le grossiste répartiteur doit disposer du personnel, des services de vente et d'exécution ainsi que des moyens de transport nécessaires.[12]

79. Il est également tenu de « prendre toutes les dispositions utiles » pour assurer la livraison d'urgence des médicaments sur le marché, dans les cas qui le requièrent.[13]

80. Le grossiste répartiteur est tenu de participer à un rôle de garde pour la région que ce dernier dessert.[14]

IV.3.2 Tarification et rémunération

81. En ce qui concerne la fixation des prix des médicaments, celle-ci doit faire l'objet d'une approbation préalable du Ministre. Le Ministre fixe les prix ex usine[15] des médicaments et le prix public maximum[16].

9 Voir Loi sur les médicaments, article 12 ter.
10 Voir Loi sur les médicaments, article 1, point 20.
11 Voir Loi sur les médicaments, article 1, point 19.
12 Voir AR 2006, article 101, points 1 et 4.
13 Voir AR 2006, article 101, point 5.
14 Voir AR 2006, article 101, points 2, 6 et 7.
15 Le prix ex-usine est le prix de vente HTVA appliqué au grossiste.
16 Voir les articles V.10 § 1er et V.12 § 2 CDE.

82. La rémunération des grossistes sont des marges de distribution. Celles-ci sont légalement régulées et sont toujours des marges maximales[17].

83. Dans le secteur, il est également fait usage, à côté des concepts légaux de prix ex-usine et de prix public maximum du concept de « prix pharmacien ». Le prix pharmacien est le prix auquel le pharmacien achète le médicament auprès du grossiste ou du fabricant et se compose du prix ex-usine + marge légalement régulée des grossistes[18]. En pratique, ce sont toujours les maxima de la marge qui sont utilisées pour définir le prix pharmacien.[19]

84. La réglementation prévoit donc une marge maximale de distribution, qui varie en fonction du prix du médicament et du type de médicament (remboursable, non remboursable, et en plus, avant 2006, générique). Cette réglementation permet donc une concurrence par les prix entre grossistes répartiteurs puisqu'elle n'impose qu'une marge maximale à ne pas dépasser et leur laisse la possibilité d'accorder des remises aux pharmaciens.

85. Cette rémunération maximale a évolué avec le temps.

IV.3.2.a De 2003 jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel du 17 juin 2014

86. Le système de rémunération maximale pour la distribution en gros des médicaments remboursables, non remboursables et des génériques était réglementé par les arrêtés ministériels du 29 décembre 1989, du 2 avril 1996 et du 5 mai 2006.[20]

i) Les médicaments remboursables

87. Par un arrêté ministériel du 20 mars 2001[21], entré en vigueur le 1er juin 2001, l'article 7 de l'arrêté du 29 décembre 1989 relatif notamment à la marge des grossistes pour les médicaments remboursables a été modifié comme suit « Pour les médicaments vendus au public par les pharmaciens d'officine et par les médecins tenant dépôt, les marges ne peuvent être supérieures aux montants qui résultent des règles suivantes :

1. pour le grossiste :

13,1 % de son prix de vente, T.V.A. non comprise, avec un maximum de 2,18 EUR par présentation[22];

2. pour le pharmacien ou le médecin tenant dépôt :

31 % de son prix de vente, T.V.A. non comprise, avec un maximum de 7,44 EUR par présentation ;

3. lorsque, en application des marges telles que prévues sous 1 et 2, le prix de vente au public, T.V.A. non comprise est supérieur à 38,97 EUR, les maxima susmentionnés peuvent être augmentés d'un

17 Voir l'article V.12 § 2 CDE.
18[CONFIDENTIEL] .
19 Voir par exempledoc AK 22, Annexes 20 et 23 réponse du 12 novembre 2019 de Belmedis, AK 33 et AK 34.
20 Arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables, Arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments non remboursables, Arrêté ministériel du 5 mai 2006 fixant les prix maxima et les marges maximales pour la distribution en gros et la dispensation des médicaments à usage humain enregistrés comme génériques ou sur base de la littérature scientifique publiée; Arrêté ministériel du 2 avril 1996 fixant les prix de vente maxima et les marges maxima pour la distribution en gros et la dispensation des médicaments à usage humain non remboursables dont aucune forme n'est soumise à prescription médicale.
21 Arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables.
22 Ce terme fait référence au conditionnement.

montant qui est calculé comme étant un pourcentage de la différence entre le prix de vente au public, T.V.A. non comprise, ainsi obtenu et 24 EUR.

Ce pourcentage s'élève à 0,68 % pour le grossiste et à 2,32 % pour le pharmacien et le médecins tenant dépôt ».

88. En vigueur au 1er janvier 2006, l'arrêté ministériel du 12 août 2005[23] a modifié le calcul des marges maximales des grossistes :

89. La marge maximale du grossiste était de 13.1% de son prix de vente HTVA avec un maximum de 2.18€ par présentation.

*90. Pour les médicaments dont le prix de vente au public HTVA était compris entre 38.97€ et 62.98€, la marge maxima des grossistes pouvaient être augmentés de 0.68% * (prix de vente au public HTVA – 24€).*

*91. Pour les médicaments dont le prix de vente au public HTVA était supérieur à 62.98€, la marge maximale des grossistes pouvait être augmentée de 0.77% * (prix de vente au public HTVA – 24€).*

92. L'arrêté ministériel du 18 mars 2010[24], en vigueur au 1er avril 2010, a une nouvelle fois adapté les marges des grossistes.

93. Les marges pour la distribution en gros ne peuvent être supérieures aux montants qui résultent des règles suivantes pour le grossiste :

0,35 euro, si le prix de vente ex-usine, T.V.A. non comprise, du médicament, est inférieur à 2,33 euros ;

15 % du prix de vente ex-usine, T.V.A. non comprise du médicament, si ce prix est supérieur ou égal à 2,33 euros et inférieur ou égal à 15,33 euros ;

2,30 euros + 0,9 % de la partie du prix de vente ex-usine, T.V.A. non comprise, du médicament dépassant 15,33 euros, si ce prix est supérieur à 15,33 euros.

ii) Les médicaments non remboursables

94. La tarification des grossistes n'a pas évolué pour les médicaments non remboursables :

95. Pour les médicaments non remboursables, la marge maximale du grossiste était de 13,1%. de son prix de vente, T.V.A. non comprise, avec un maximum de 2.18€ par présentation (88 BEF avant le 1er janvier 2002)[25].

iii) Les médicaments génériques

96. L'arrêté ministériel du 5 mai 2006 a prévu que les marges des médicaments génériques remboursables ou non ne pouvaient pas être supérieures en valeur absolue à celles de leur spécialité de référence.

---

23 Arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables.

24 Arrêté ministériel modifiant l'arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif aux prix des médicaments remboursables et modifiant l'arrêté ministériel du 5 mai 2006 fixant les prix maxima et les marges maximales pour la distribution en gros et la dispensation des médicaments à usage humain enregistrés comme génériques ou sur la base de la littérature scientifique publiée.

25 Arrêté ministériel du 29 décembre 1989 relatif au prix des médicaments non remboursables, article 12.

IV.3.2.b Pour la période depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel du 17 juin 2014 jusqu'à présent

97. Les marges maximales actuelles ont été fixées dans un arrêté ministériel du 17 juin 2014 désignant les objets, appareils et substances assimilés à des médicaments, visés dans le livre V du Code de droit économique et fixant les prix maxima et marges maxima des médicaments et des objets, appareils et substances assimilés à des médicaments, modifié par l'Arrêté ministériel du 17 février 2016 [26].

98. Les médicaments génériques suivent les mêmes marges, en fonction de leur caractère remboursable ou non.

99. Dans le système actuel de rémunération de la distribution, pour les médicaments non remboursables, les marges maximales et les prix maxima ont été fixés comme suit par l'article 7 de l'AM du 17 juin 2014 :

- *13,1 % de son prix de vente HTVA dès lors que le prix public HTVA est inférieur à 25,43€;*
- *Un forfait de 2,18€ par conditionnement dès lors que le prix public HTVA est supérieur à 25,43€.*

100. Pour les médicaments remboursables, les prix et les marges de distribution maximales ont été fixées comme suit par l'article 5 de l'AM du 17 juin 2014:

- *0,35€, si le prix de vente ex-usine HTVA du médicament est inférieur à 2,33€;*
- *15% du prix de vente ex-usine HTVA du médicament si ce prix est supérieur ou égal à 2,33€ et inférieur ou égal à 15,33€;*
- *2,30 € + 0,9% de la partie du prix de vente ex-usine HTVA du médicament dépassant 15,33€, si ce prix est supérieur à 15,33€.*

101. Ces marges ont été modifiées par l'article 1er de l'AM du 17 février 2016 comme suit :

- *0,35€, si le prix de vente ex-usine HTVA du médicament est inférieur à 2,33€;*
- *15% du prix de vente ex-usine HTVA du médicament si ce prix est supérieur ou égal à 2,33€ et inférieur ou égal à 13,33€;*
- *2,00 € + 0,9% de la partie du prix de vente ex-usine HTVA du médicament dépassant 13,33€, si ce prix est supérieur à 13,33€.*

V. Les pratiques concernées

Remarque : Pour un accès aisé dans le dossier d'instruction à certains documents référencés dans les parties suivantes de la présente proposition motivée de décision, veuillez noter que : [CONFIDENTIEL]

102. CERP a participé à deux pratiques distinctes : la première concernant les Transfer Orders et la deuxième concernant les vaccins contre la grippe.

26 Arrêté Ministériel du 17 Février 2016 modifiant l'arrêté ministériel du 17 juin 2014 désignant les objets, appareils et substances assimilés à des médicaments, visés dans le livre V du Code de droit économique et fixant les prix maxima et marges maxima des médicaments et des objets, appareils et substances assimilés à des médicaments, en vigueur le 1er mars 2016.

V.1 La pratique restrictive de concurrence relative aux Transfer Orders («TO »)

V.1.1 Les produits et services concernés

V.1.1.a Position de l'auditeur dans la communication des griefs

103. Les produits et services concernés sont les produits pharmaceutiques vendus et l'ensemble des prestations effectuées par le grossiste répartiteur dans le cadre des Transfer Orders.

104. Dans le cadre des Transfer Orders, les pharmaciens commandent directement aux laboratoires pharmaceutiques les produits mais la vente et la distribution aux pharmaciens sont assurées par les grossistes répartiteurs[27].

105. Ce système de Transfer Orders fonctionne de la façon suivante :

106. Pour promouvoir leurs produits[28], de nombreux laboratoires pharmaceutiques visitent les pharmacies, via notamment leurs délégués commerciaux, et proposent aux pharmaciens d'acheter des quantités importantes de certains de leurs produits pharmaceutiques. Les laboratoires prennent les commandes des pharmaciens. Il s'agit de l'essentiel de leur intervention dans le cadre des TO.

107. Pour ces commandes, les laboratoires pharmaceutiques accordent très fréquemment aux pharmaciens une remise.[29] Cette remise est un pourcentage de réduction calculée sur le « prix pharmacien » des produits commandés.

108. Le laboratoire pharmaceutique, après avoir pris les commandes des pharmaciens, les transfère, via un système informatique dédié à celles-ci, au grossiste répartiteur choisi par les pharmaciens, pour leur gestion.

109. Une fois la commande du pharmacien reçue par le grossiste répartiteur, ce dernier assume et est seul responsable de l'ensemble des opérations et prestations liées à la gestion de ces commandes et au suivi de celles-ci.

110. Le grossiste prélève les produits commandés de son stock dont il est propriétaire, les produits commandés dans le cadre des TO ne faisant pas l'objet d'un approvisionnement spécifique.

111. Il prépare la commande et la livre au pharmacien lors de ses tournées dans le cadre habituel de ses activités de grossiste répartiteur.

112. Le grossiste répartiteur facture[30] les Transfer Orders aux pharmaciens en prenant en compte la remise accordée par le laboratoire sur le prix pharmacien.

113. Le grossiste répartiteur perçoit, pour son propre compte, le paiement pour ces Transfer Orders.

114. Le grossiste répartiteur assume le service après-vente de ces Transfer Orders.

---

27 Voir réponse de CERP du 22 avril 2022, question 2b, CERP *« conserve la propriété des biens vendus jusqu'au paiement effectif de l'intégralité du prix en principal et accessoires ». En cas de non-paiement par un pharmacien, CERP demeure donc en mesure de récupérer les biens livrés (et non payés) dans le stock du pharmacien ».* , [CONFIDENTIEL]Voir la réponse des laboratoires pharmaceutiques suivants à la DDR 2 : Nutricia (question 4), Mylan (question 4b), Omega pharma (question 4b), Eurogénérics (question 4b), Sandoz (questions 4 a et b), BDF (question 4b), Axone (question 1).

28 Voir les réponses des laboratoires pharmaceutiques à la DDR 2, question 5.

29 Voir les réponses des laboratoires pharmaceutiques à la DDR 2, question 3 a.

30 Chez CERP, la facturation des produits commandés en TO n'est pas individualisée mais est commune à la facturation de tous les produits commandés directement par le pharmacien auprès de lui.

V.1.1.b Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

115. CERP considère que les TO sont en réalité des ventes directes des laboratoires pharmaceutiques aux pharmaciens et que dans ce cadre, le laboratoire pharmaceutique détermine sans intervention du grossiste, le prix payé par le pharmacien pour les produits distribués, à savoir le prix « All in ».

116. CERP soutient que l'activité des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO, de manière générale, consiste à livrer et facturer les produits commandés par les pharmaciens aux laboratoires pharmaceutiques[31]. Par ailleurs, CERP indique que « La concertation s'est limitée à définir les grandes lignes de ce nouveau service de sous-traitance. »[32]

V.1.1.c Analyse de l'auditeur

i) La distinction TO et ventes directes ; deux activités sur deux marchés distincts

117. Dans le secteur pharmaceutique, les TO ne correspondent pas aux ventes directes des laboratoires.

118. L'auditeur considère qu'il est important d'utiliser les termes « vente directe » et « Transfer Order » de manière adéquate pour éviter toute confusion.

119. Les TO[33] consistent en des ventes des grossistes répartiteurs aux pharmaciens dont la commande a été passée auprès du laboratoire pharmaceutique, suite à la visite du représentant de ce laboratoire dans le cadre de la promotion de ses produits.

120. Les ventes directes ont été décrites dans la communication des griefs[34] comme étant des ventes réalisées par le laboratoire pharmaceutique qui « vend à ses conditions et assume tant la logistique que l'aspect financier, notamment la facturation, les livraisons aux pharmaciens. Dans ce cas, le laboratoire peut sous-traiter une partie de la logistique à un pré-wholesaler ou un transporteur, ces derniers n'étant pas propriétaire des produits livrés[35]. Les ventes directes concernent en général de grosse quantité de produit »

121. L'auditeur a, en effet, dans sa communication des griefs, établi une distinction entre les TO et les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques en se basant sur le fonctionnement des TO. Cette distinction avait toutefois déjà été reconnue dans la décision de concentration McKesson Belmedis[36] qui a permis de constater, suite à l'interrogation des laboratoires mais aussi des grossistes répartiteurs (dont CERP[37]), que les ventes directes faisaient partie du marché du pré-wholesale tandis que les Transfer Orders appartiennent au marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques.

---

31 Voir point 15 des observations de CERP à la communication des griefs.

32 Voir point 40 des observations de CERP à la communication des griefs.

33 Voir les §§ 58 et 59 de la communication des griefs et réponse de Sandoz du 28 octobre 2016, question 2 "*De vertegenwoordigers van Sandoz promoten dus de producten van Sandoz bij apothekers en geven aan dat zij deze producten kunnen bestellen bij de groothandelaars, waarbij zij kunnen genieten van directe aantrekkelijke kortingen die zullen worden doorgegeven door en via de groothandelaars.*" Traduction libre *« Les représentants de Sandoz font donc la promotion des produits Sandoz auprès des pharmaciens et leur indiquent qu'ils peuvent commander ces produits auprès des grossistes, en bénéficiant directement de remises intéressantes qui seront répercutées par et via les grossistes ».*

34 Voir § 61 de la communication des griefs.

35 Voir Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017, § 50 *« Les fournisseurs de service de pré-wholesale ne deviennent pas propriétaires des produits pharmaceutiques qu'ils entreposent, le fabricant restant propriétaire jusqu'à la livraison ».*

36 Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017, §§ 65 et 66 et §§ 90 et 92.

37 Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017, § 59 et nbp 31 *« la majorité des acteur du marché (laboratoires et grossistes full-line confirment que les services de préwholesale et de grossistes full-line appartiennent à des marchés distincts ».*

122. Dans le cadre de la présente procédure, les informations supplémentaires relatives aux TO obtenues par l'auditeur n'ont pas remis en question cette distinction.

123. L'auditeur a constaté que le grossiste répartiteur, dans le cadre des TO, assume non seulement l'ensemble des opérations et prestations liées à la gestion de ces commandes et le suivi de celles-ci mais aussi en est le seul responsable[38], la raison principale étant que, tant pour ses activités de répartition classique, que pour celles dans le cadre des TO, le grossiste répartiteur prélève les produits commandés de son stock dont il est propriétaire[39].

124. En effet, le grossiste répartiteur prépare la commande et la livre au pharmacien lors de ses tournées dans le cadre habituel de ses activités de grossiste répartiteur. Le grossiste répartiteur facture[40] les Transfer Orders aux pharmaciens en prenant en compte la remise accordée par le laboratoire sur le prix pharmacien. Le grossiste répartiteur perçoit, pour son propre compte, le paiement pour ces Transfer Orders. Le grossiste répartiteur assume enfin le service après-vente de ces Transfer Orders.

ii) Sur le prix des produits dans le cadre des TO

125. L'auditeur conteste que, dans le cadre des TO, le laboratoire pharmaceutique détermine « sans intervention du grossiste répartiteur » le prix payé par le pharmacien pour les produits distribués via les TO, à savoir le prix « All in ».

126. En premier lieu, il est nécessaire de rappeler que le prix des produits pharmaceutiques (prix ex-usine et prix de vente) sont des prix fixés par les pouvoirs publics, après dépôt d'une proposition de prix du laboratoire pharmaceutique aux autorités compétentes.

127. Le laboratoire pharmaceutique ne détermine donc pas librement le prix de ses produits, soit il applique les prix ex usine aux grossistes répartiteurs lors de leurs achats, soit il applique les prix pharmacien (prix ex usine + marge légalement régulée) lors des commandes des pharmaciens directement auprès du laboratoire, dans le cadre des TO.

128. Le laboratoire pharmaceutique, dans le cadre des TO, définit donc uniquement la remise qu'il consent à accorder au pharmacien[41].

129. Si cette remise accordée par le laboratoire pharmaceutique au pharmacien n'est pas impactée directement par la pratique relative au TO, elle l'est néanmoins de manière indirecte, et c'est en ce sens que l'auditeur considère que les grossistes répartiteurs interviennent dans le prix All-In des TO indiqué par les laboratoires pharmaceutiques aux pharmaciens.

---

38 Voir les réponses des laboratoires à la DDR 2, questions 1 et 2. A titre d'exemple, la réponse de Eurogénérics du 7 avril 2022 à la question 2 *« EG supportait très peu de risques liés aux « transfer orders », y compris des risques financiers. Afin de maintenir leurs stocks, les grossistes passaient leurs commandes de médicaments auprès de EG, et EG se chargeait de facturer les grossistes immédiatement après. EG était donc payé pour les produits avant et indépendamment des commandes de médicaments des pharmaciens. Les commandes des pharmaciens étaient remplies depuis le stock des grossistes, et non pas par le biais d'une livraison spécifique par EG. ».*

39 Les produits commandés dans le cadre des TO ne font pas l'objet d'un approvisionnement spécifique.

40 Chez CERP, la facturation des produits commandés en TO n'est pas individualisée mais est commune à la facturation de tous les produits commandés directement par le pharmacien auprès de lui.

41 Voir la communication des griefs point 103 et les réponses des laboratoires pharmaceutiques à la DDR2.

130. En effet, sur base des déclarations de [CONFIDENTIEL][42], l'auditeur a constaté dans sa communication des griefs[43] que « La coordination des conditions tarifaires devait permettre au laboratoire pharmaceutique d'indiquer systématiquement au pharmacien un prix « All In » (tout compris) similaire quel que soit le grossiste répartiteur choisi par ce dernier pour la gestion de sa commande. »

131. Il faut également souligner que cette position est reprise par CERP au point 29 de ses observations « La coordination des conditions tarifaires devait aussi permettre aux laboratoires pharmaceutiques d'indiquer systématiquement aux pharmaciens un prix « all-in » identique quel que soit le grossiste répartiteur choisi par ce dernier ».

132. Par ailleurs, les laboratoires pharmaceutiques sont des entreprises commerciales et il n'est pas concevable que l'ensemble des coûts que supporteraient ces dernières ne soient pas pris en compte dans la marge qu'elles souhaitent obtenir pour ce produit.

133. Cette position a été confirmée par Eurogénérics dans sa réponse à la question de l'auditorat «Tenez-vous compte de la rémunération payée au grossiste dans la fixation de vos éventuelles remises accordées aux pharmaciens? », qui a déclaré que « EG tenait compte de ce coût indirectement, dans le sens que toute vente se faisait avec l'objectif de réaliser un certain BAIIA (EBITDA). »[44]

iii) Les activités des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO

134. Les activités des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO vont bien au-delà de ce que laisse supposer CERP. Il est incorrect de considérer les grossistes répartiteurs comme des sous-traitants des laboratoires pharmaceutiques, lorsque les grossistes exercent leurs activités dans le cadre des TO.

135. L'auditeur renvoie aux points 119 à 124, supra, sur la distinction TO et vente directe ainsi qu'aux points 105 à 114 supra, qui reprennent l'ensemble des activités et responsabilités du grossiste répartiteur dans le cadre des TO.

136. A titre d'exemple, l'auditeur rapporte la réponse de Eurogénérics du 7 avril 2022 qui illustre les tâches du grossiste répartiteur, ses responsabilités et les risques qu'il supporte dans le cadre des TO « Les grossistes portaient la plupart du risque lié au suivi des commandes. Une fois que EG informait un grossiste d'une commande, le grossiste était chargé de la livraison, la facturation, le paiement, ainsi que d'informer EG que la commande avait effectivement été livrée », « Les grossistes portaient le risque de défaut de paiement par les pharmaciens», « Une commande d'un pharmacien ne déclenchait pas un approvisionnement spécifique de EG au grossiste. Ce dernier effectuait les livraisons sur son stock, qu'il était obligé de maintenir en vertu du cadre réglementaire en vigueur », « Les grossistes détenaient la propriété des produits stockés et portaient donc le risque lié à ceux-ci », « EG supportait très peu de risques liés aux « transfer orders », y compris des risques financiers », « Afin de maintenir leurs stocks, les grossistes passaient leurs commandes de médicaments auprès de EG, et EG se chargeait de facturer les grossistes immédiatement après. EG était donc payé pour les produits avant et indépendamment des commandes de médicaments des pharmaciens. Les commandes des pharmaciens étaient remplies depuis le stock des grossistes, et non pas par le biais d'une livraison spécifique par EG ».

---

[42][CONFIDENTIEL].

43 Voir § 122 de la communication des griefs.

44 Réponse de Eurogenerics du 7 avril 2022 à la demande de renseignements, question 3c.

137. Il y a lieu par ailleurs de rappeler, une nouvelle fois, la distinction établie entre les activités du grossiste répartiteur dans le cadre des TO et les activités des entreprises sur le marché du pré-wholesale dans le cadre de la décision McKesson/Belmedis[45]. Sur le marché du pré-wholesale, les entreprises qui assurent la logistique des ventes des laboratoires sont, elles, des sous-traitants des laboratoires pharmaceutiques[46].

138. L'auditeur considère que les TO sont une variante du système de distribution classique mais ne sont pas un nouveau service de sous-traitance.

V.1.1.d Conclusion de l'auditeur

139. L'auditeur maintient sa position et considère que les produits et les services concernés sont les produits pharmaceutiques vendus et l'ensemble des prestations effectuées par le grossiste répartiteur dans le cadre des Transfer Orders.

V.1.2 Les griefs

V.1.2.a Position de l'auditeur dans la communication des griefs

140. L'auditeur retient comme grief l'existence d'une concertation entre CERP et les autres parties ayant pour objet de mettre en place conjointement une méthode uniforme de gestion des commandes spécifiques passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis non seulement les conditions commerciales applicables (notamment la marge que CERP et les autres parties souhaitaient obtenir pour cette activité), mais aussi le contenu des prestations effectuées dans ce cadre.

141. Cette concertation a débuté le 4 avril 2003.

142. Les termes de la concertation ont été appliqués par CERP et les autres parties pendant toute la période infractionnelle retenue à leur égard. Pour ce qui concerne CERP, la fin de cette période a été établie au 21 novembre 2016.

143. Par ailleurs, cette concertation a consisté également en des discussions entre CERP et les autres parties concernant des laboratoires souhaitant recourir aux Transfer Orders.

144. La portée de la pratique était large car, d'une part elle concernait indistinctement tous les pharmaciens et tous les laboratoires recourant aux Transfer Orders[47], et d'autre part, les parties représentaient une très grande partie du marché belge.[48]

---

45 Dans cette décision, est repris d'une part la pratique décisionnelle de la Commission qui indique que le marché du pré-wholesale comprend *« la fourniture de services logistiques à des fabricants pharmaceutiques, consistant principalement en l'entreposage et le transport des produits pharmaceutiques du fabricant »*, que ce marché est distinct du marché des services des grossistes « full line » et d'autre part la conclusion du Collège qui constate que le marché du pre-wholesale ne contient pas les Transfer orders, en raisons des services proposés très différents. décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017 – McKesson/Belmedis, §§50, 52, 62 et 66.

46 *« Les fournisseurs de service de pr-wholesale ne deviennent pas propriétaires des produits pharmaceutiques qu'ils entreposent, le fabricant restant propriétaire jusqu'à la livraison. Les pré-wholesalers n'ont pas une relation de client avec le destinataire des produits mais avec des fabricants qui leur paient une rémunération ou une commission pour le service »*, décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017 – McKesson/Belmedis, §50.

47 Voir liste des laboratoires recourant au TO avec CERP, réponse de CERP [CONFIDENTIEL]

48 Voir supra section IV.1.2.c.

A . Introduction

145. A la fin des années 90, les grossistes répartiteurs qui jusqu'alors étaient les principaux interlocuteurs des pharmaciens pour les commandes et les livraisons de produits pharmaceutiques, ont vu un accroissement des ventes directes des laboratoires pharmaceutiques.

146. Une réflexion sur les réponses à apporter pour limiter le déclin de leur activité a donc été entamée par les grossistes répartiteurs:

[CONFIDENTIEL][49]

« A la fin des années 1990, le marché a été confronté à la volonté des laboratoires de se passer des services de la répartition pharmaceutique, notamment pour les produits à forte rotation ».[50]

147. Une des pistes de réflexion a abouti au concept conjoint du système des Transfer Orders. En août 2002, un document rédigé par [CONFIDENTIEL] [51]*. Le mail précise que le document PowerPoint*[52]*reprend les différentes discussions que ces grossistes répartiteurs ont déjà eues entre eux concernant les Transfer Orders : [CONFIDENTIEL]*

Traduction libre :

[CONFIDENTIEL]

148. La réflexion commune des parties s'est, à partir de 2003, concentrée plus particulièrement sur le développement du système des TO afin de réagir aux ventes des produits pharmaceutiques qui leur échapppaient et de les récupérer :

[CONFIDENTIEL][53]

[CONFIDENTIEL].[54]

149. CERP confirme que l'objectif des TO a été de « [CONFIDENTIEL]*».*[55]

150. C'est donc dans ce contexte que CERP et les autres parties ont eu des discussions relatives aux conditions commerciales des TO, plus particulièrement leur tarification, et au contenu des prestations effectuées dans ce cadre[56] *[CONFIDENTIEL]* [57]*, afin de développer ce système des TO et de maintenir, le volume de leur chiffre d'affaires.*

151. La coordination des conditions tarifaires devait permettre au laboratoire pharmaceutique d'indiquer systématiquement au pharmacien un prix « All In » (tout compris) similaire quel que soit le grossiste répartiteur choisi par ce dernier pour la gestion de sa commande.

« [CONFIDENTIEL]»[58]

49*[CONFIDENTIEL]*.
50 Réponse de [CONFIDENTIEL]du 19 octobre 2016, question 4c.
51. [CONFIDENTIEL]
52 Document non disponible.
53 [CONFIDENTIEL]
54 Voir également document [CONFIDENTIEL]
55 Réponse à la question 11 a de [CONFIDENTIEL]
56 Declaration de clémence *[CONFIDENTIEL]*
57Déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]*.
58 Déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]*

152. Cette concertation a surtout eu lieu les premières années de la pratique afin d'établir les principaux aspects du système des Transfer Orders.[59] Ce système n'a pas subi de modification pendant la période infractionnelle, à l'exception de l'adaptation de la tarification de 2006.

153. Par la suite, les échanges entre les parties ont été plus sporadiques car ils n'étaient pas indispensables à l'application des termes de la concertation.[60]

154. La concertation entre les parties a eu lieu soit lors de réunions, dont des comptes rendus ont été rédigés, soit via des échanges de mails multilatéraux ou bilatéraux.

155. Cette concertation a par ailleurs donné lieu à la rédaction, à différentes périodes, de documents de synthèse[61], de documents explicatifs et de documents de présentation[62]. Ces documents circulaient parmi les parties. Les documents de présentation avaient pour objectif de fournir un aperçu clair du système des Tranfer Orders en particulier des conditions commerciales applicables. Ils ont été utilisés par CERP et par les autres parties principalement lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires.[63]

B. Les différentes réunions et échanges pour la concertation

156. Il ressort de l'instruction que la concertation a été réalisée par des échanges entre les parties qui ont eu lieu en différentes occasions et sous diverses formes :

- *échanges bilatéraux et multilatéraux par mail ;*
- *réunions entre les responsables des achats des parties ;*
- *réunions du conseil d'administration de l'Association nationale des grossistes répartiteurs (ci-après ANGR);*
- *réunions du groupe de travail TO dans le cadre de l'ANGR.*

157. Ces réunions ont été les principaux fora de la concertation.

158. Même si toutes les parties ont participé à la concertation telle que décrite infra, elles ne sont pas systématiquement intervenues dans l'ensemble des échanges/ réunions.

159. Les principaux intervenants à la concertation relative aux Transfer Orders étaient les responsables des achats des parties.[64]

a) Les réunions entre les responsables des achats

160. Ces réunions entre les responsables des achats des parties, dénommées « réunions d'acheteurs », se sont déroulées assez régulièrement à partir de 2003 jusqu'en 2010.

« [CONFIDENTIEL] »[65]
« [CONFIDENTIEL]»[66]

---

59 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL].*
60 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL].*
61 Voir par exemple document [CONFIDENTIEL]
62 Voir par exemple document II-012 et *[CONFIDENTIEL].*
63 « » *[CONFIDENTIEL]*déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]* et « *[CONFIDENTIEL]* » déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
64 « *[CONFIDENTIEL]»,* document [CONFIDENTIEL] et *« [CONFIDENTIEL] »* Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
65 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
66 Déclaration de *[CONFIDENTIEL]*

161. L'objet de ces réunions d'acheteurs était de discuter des problématiques rencontrées par CERP et les autres parties sur le marché et de leurs relations avec les laboratoires pharmaceutiques. C'est dans ce cadre qu'ont débuté et ont eu principalement lieu les discussions relatives à la concertation pour les TO et notamment la détermination de la rémunération des parties :[67]

«[CONFIDENTIEL]» [68]

162. CERP a également reconnu que les directeurs des achats se réunissaient «[CONFIDENTIEL] » [69] *et que «[CONFIDENTIEL]».*[70]

163. Ces réunions d'acheteurs avaient lieu principalement chez l'une des parties.[71] *De manière générale, l'hôte de la réunion rédigeait un rapport de la réunion, et le transmettait aux acheteurs des parties :*

« [CONFIDENTIEL]».[72]

164. La première réunion d'acheteurs qui concerne la pratique des TO a eu lieu le 4 avril 2003. CERP a reconnu avoir participé à ces réunions d'acheteurs depuis cette date.[73] *L'instruction a permis d'établir que des réunions d'acheteurs, au cours desquelles les parties ou certaines d'entre-elles se sont concertées sur les TO, se sont déroulées aux dates suivantes :*

- *le 4 avril 2003* [CONFIDENTIEL]*;*
- *le 7 décembre 2004* [CONFIDENTIEL] *;*
- *le 18 mai 2005*[CONFIDENTIEL] *;*
- *le 9 septembre 2005* [CONFIDENTIEL] *;*[74]
- *le 6 décembre 2005 (*[CONFIDENTIEL] *et I-273) ;*
- *le 4 septembre 2006 (I-274) ;*[75]
- *le 16 juin 2008 [*CONFIDENTIEL] *;*
- *le 21 avril 2009 (I-006) ;*
- *le 19 mars 2014 (I-030,*[CONFIDENTIEL]*).*

b) Les réunions ANGR et le groupe de travail TO

165. Parallèlement aux réunions d'acheteurs, certaines discussions concernant le système des TO se sont également déroulées au sein de l'ANGR, association qui regroupe l'ensemble des grossistes répartiteurs, soit lors des réunions du Conseil d'administration de cette association, soit lors des réunions du groupe de travail TO, groupe créé dans le cadre de l'ANGR.

166. CERP est de manière ininterrompue membre de l'ANGR depuis très longtemps.[76]

167. Le groupe de travail TO est un groupe ad hoc qui a été mis en place fin 2003.[77]

---

67 Voir par exemple docs [CONFIDENTIEL]
68 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
69 Réponse [CONFIDENTIEL], question 14d.
70 Réponse [CONFIDENTIEL], question 14d.
71 Doc [CONFIDENTIEL] Réunion Chez [CONFIDENTIEL]; doc [CONFIDENTIEL], Réunion chez [CONFIDENTIEL et document [CONFIDENTIEL], Réunion chez .*[CONFIDENTIEL]*
72 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL]
73 Réponse [CONFIDENTIEL] question 8 a «[CONFIDENTIEL] ».
74 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
75 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
76 Réponse de [CONFIDENTIEL] , questions 20 et 21.
77 Voir réponse [CONFIDENTIEL], question 2.

168. CERP et les parties ayant transigé ont participé à ce groupe de travail.

169. Les travaux réalisés par ce groupe de travail étaient supervisés par le Conseil d'administration de l'ANGR.[78]

170. Les travaux du groupe de travail TO ont principalement portés sur la tarification commune des Transfer Orders applicable pour la période avant le 1er juin 2006.[79]

171. C'est dans le cadre de l'ANGR et du groupe de travail TO qu'ont été décidés certains points relatifs à la tarification des TO.[80]

172. Ce groupe de travail a fonctionné au minimum jusqu'au 11 octobre 2005. [81]

173. Il ressort de l'instruction que des réunions de l'ANGR /du groupe de travail TO relatives à la concertation ont eu lieu aux dates suivantes :

- *le 9 décembre 2003*[82] *;*
- *12 janvier 2004*[83] *;*
- *13 janvier 2004*[84] *;*
- *10 février 2004*[85] *;*
- *le 11 octobre 2005*[86] *.*

c) Les autres réunions « grossistes »

174. Des discussions relatives aux TO ont également eu lieu dans le cadre d'autres réunions où étaient présentes les parties ou certaines d'entre-elles et un laboratoire pharmaceutique.

175. Il ressort en effet de l'instruction que lors de ces réunions, une présentation au laboratoire du système concerté des TO était faite par les parties[87] *et que les discussions portaient sur le calcul de la rémunération des parties*[88] [89] [90]*.*

---

78 Voir [CONFIDENTIEL] et I-321 et certaines positions avalisées par le Conseil d'administration de l'ANGR (voir document[CONFIDENTIEL], point 2).
« [CONFIDENTIEL]», réponse de [CONFIDENTIEL] à la DDR, question 3
« *[CONFIDENTIEL]*», déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
« [CONFIDENTIEL]», document [CONFIDENTIEL].
79 Voir les documents [CONFIDENTIEL] et I-321
«*[CONFIDENTIEL]*», voir déclaration de clémence de. *[CONFIDENTIEL]*
80 Voir doc [CONFIDENTIEL] qui constitue le discours de Monsieur [CONFIDENTIEL] lors de l'assemblée générale de l'ANGR de 2004 et qui stipule qu'un accord formel relatif aux TO a été pris et appliqué par les grossistes répartiteurs : *«* [CONFIDENTIEL]*»*
Cet accord au sein de l'ANGR est explicitement mentionné dans une proposition d'offre de prix datée du 28 mai 2004 d'Alpha répartition pour la distribution de médicaments : « *les ventes « via grossistes » se font avec une marge Alpha de 5.1% en conformité avec l'accord cadre de l'ANGR*», document I-314.
81 Il semble probable que ce groupe de travail ait encore perduré après cette date. Le rapport de la réunion du Conseil d'administration de l'ANGR du 11 octobre 2005 fait en effet référence à des travaux futurs du groupe de travail TO, travaux dont Monsieur [CONFIDENTIEL] va assurer le suivi. voir déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]* et document [CONFIDENTIEL].
82 Annexe 1 réponse de [CONFIDENTIEL].
83 Doc [CONFIDENTIEL].
84 Doc [CONFIDENTIEL].
85 Doc I-321.
86 Doc [CONFIDENTIEL].
87 Déclaration de *[CONFIDENTIEL],* Doc. [CONFIDENTIEL]
88 « [CONFIDENTIEL] *»* doc [CONFIDENTIEL]; voir doc.[CONFIDENTIEL].
89 Voir docs [CONFIDENTIEL], II-12 et I-284.
90 Docs [CONFIDENTIEL] et I-38, et [CONFIDENTIEL]

176. Des réunions grossistes durant lesquelles la pratique des TO a été discutée ont eu lieu aux dates suivantes :

- *le 10 mars 2006[91] ;*
- *le 2 octobre 2007[92 93];*
- *le 28 avril 2008[94] ;*
- *le 15 janvier 2013[95 96].*

d) Les autres discussions multilatérales ou bilatérales

177. L'instruction a relevé des échanges de mails (bilatéraux et multilatéraux) entre les parties[97] concernant divers aspects de la pratique des TO, en dehors des différentes réunions citées supra.

178. Ceux-ci ont porté sur l'application de la tarification des TO[98], sur la mise en place de la tarification post 2006[99] et sur des explications pratiques de la méthode de calcul[100].

179. Des échanges ont également porté sur la position adoptée par les parties suite à des demandes de Transfer Orders faites par les laboratoires pharmaceutiques[101].

V.1.2.b Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

180. Dans ses observations aux points 12, 13, 26 et 27, CERP déclare que les grossistes répartiteurs à l'origine de la pratique relative aux TO seraient Febelco, Belmedis et Pharma Belgium[102].

181. Selon CERP, les modalités de ce système de TO[103] mais aussi de la pratique relative aux TO[104] auraient été discutées en collaboration avec certains laboratoires pharmaceutiques[105].

182. CERP considère que les réunions entre les grossistes répartiteurs avant 2006 ne sont que des réunions préparatoires et que les TO n'ont été proposés aux laboratoires pharmaceutiques qu'en 2006, après la

---

91 Doc [CONFIDENTIEL].
92 Doc [CONFIDENTIEL].
93 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
94 Docs [CONFIDENTIEL].
95 Docs [CONFIDENTIEL], 1-034 et 1-038.
96 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
97 Docs Doc [CONFIDENTIEL], KDV3,[CONFIDENTIEL].
98 Docs [CONFIDENTIEL] et I-185.
99 Docs [CONFIDENTIEL] et KDV 5.
100 Docs [CONFIDENTIEL]
101 Docs KDV 3, AK 22 et I-190.
102 *« Ce développement a conduit Febelco, Belmedis (ex-Alpha Répartition) et Pharma Belgium à envisager la création d'un nouveau service, les Transfer Orders ou « TO », consistant à assurer le suivi logistique et comptable des ventes directes pour le compte des laboratoires pharmaceutiques. Febelco, Belmedis et Pharma Belgium pensaient que les TO pourraient constituer une alternative particulièrement attrayante à la livraison/facturation des ventes directes par les laboratoires pharmaceutiques eux-mêmes dans la mesure où ce nouveau service exploiterait l'infrastructure logistique déjà utilisée pour les activités de répartition et pourrait dès lors être fourni à un tarif très bas. »* point 12 des observations de CERP à la communication des griefs et *« Telles sont les considérations qui ont amené Febelco, Belmedis et Pharma Belgium à développer l'initiative qui a conduit les grossistes-répartiteurs à définir conjointement : (i) les paramètres du service TO fourni par chaque grossiste-répartiteur ; et (ii) une marge maximale pour la rémunération du service TO. »,* point 26 des observations de CERP à la communication des griefs.
103 Voir le point 13 des observations de CERP à la communication des griefs.
104 Voir le point 27 i des observations de CERP à la communications des griefs.
105 *« Les modalités de ce nouveau service ont été discutées, à partir de 2003, au sein d'un groupe de travail constitué au sein de l'Association Nationale des Grossistes-Répartiteurs (l'ANGR) en collaboration avec certains laboratoires pharmaceutiques qui étaient conscients de l'intérêt que pourrait représenter un tel service»*, point 13 des observations de CERP à la communication des griefs et *« il était nécessaire de déterminer précisément le contenu du service offert. Celui-ci a été déterminé en concertation avec les laboratoires pharmaceutiques et correspond aux attentes de ces derniers, à savoir la prise en charge de l'ensemble de la logistique y compris la facturation, distribution de displays, livraisons qui doivent être faites en une fois et absence de retour »,* point 27 i des observations de CERP à la communication des griefs.

mise en place de l'outil informatique, le protocole FTP[106] [107]. Les TO réalisés par les grossistes répartiteurs avant cette date par les grossistes répartiteurs étaient donc réalisés sur base de leurs propres conditions commerciales[108]. CERP estime donc que la pratique relative aux TO n'a débuté qu'en 2006.

183. CERP soutient qu'une démarche collective des grossistes répartiteurs était nécessaire pour définir les « modalités du service des TO ». CERP indique aux points 21 à 26 de ses observations qu'un grossiste répartiteur seul était, et est toujours, dans l'incapacité d'approvisionner l'ensemble des pharmacies en Belgique qui recourent aux TO. Selon CERP, un système de TO dans lequel un seul grossiste répartiteur agirait, ne permettrait pas de proposer un « tarif concurrentiel » aux laboratoires pharmaceutiques, et les laboratoires n'accepteraient pas de travailler avec des TO puisque « le suivi logistique de l'intégralité des ventes directes de ce laboratoire pharmaceutique » ne pourrait pas être assuré.

184. CERP, au point 27 de ses observations, déclare encore que le contenu du service TO devait être standardisé, afin de réduire les coûts de transactions, éviter la confusion et les retards générés par des négociations individuelles sur les modalités du service.

185. Selon CERP, le système des TO présente des avantages particulièrement pour les laboratoires pharmaceutiques (coût des TO moindre que les ventes directes, incapacité des laboratoires pharmaceutiques (sauf lourd investissements de ceux-ci) d'atteindre la capacité logistique et le niveau d'infrastructure des grossistes répartiteur pour développer leurs ventes directes.

V.1.2.c Analyse de l'auditeur

186. D'une manière générale, l'auditeur remarque que, dans sa demande de clémence [CONFIDENTIEL]*, CERP a fourni les éléments factuels lui permettant d'obtenir une exonération partielle d'amende, en vertu de l'ancien article IV.54 §§1er et 2 CDE et des Lignes directrices sur la clémence de 2016, tels que la description de la pratique, sa durée, les participants et son étendue géographique. La description de la pratique faite par CERP est toutefois assez sommaire, notamment concernant le fonctionnement de celle-ci.*

187. CERP a, au cours de la procédure d'instruction de sa demande de clémence, expliqué ne pouvoir se baser que sur les souvenirs d'un seul demandeur d'immunité, Monsieur [CONFIDENTIEL]*, pour tenter de fournir des détails sur le fonctionnement de l'entente. En effet, les principaux intervenants représentant CERP dans le cadre des contacts avec les autres grossistes répartiteurs ne travaillent plus au sein de CERP, et Monsieur* [CONFIDENTIEL] *n'aurait suivi que de loin la pratique relative aux TO[109].*

188. Après avoir obtenu l'accès au dossier d'instruction, CERP utilise les pièces de ce dossier (ce qui n'est pas condamnable) mais CERP les interprète dans un sens qui, soit ne reflète pas la réalité, soit ne saurait être déduit en tant que tel du document.

---

106 *« ce n'est toutefois qu'en 2006 que les modalités de ce nouveau service ont été finalisées et que Febelco a mis au point un outil informatique, le protocole FTP, visant à faciliter la gestion et le suivi des commandes livrées et facturées via le système TO. C'est alors que les grossistes-répartiteurs ont cherché à populariser ce nouveau service auprès des laboratoires pharmaceutiques en organisant des réunions mettant en évidence l'intérêt économique et pratique des TO.[…] Le service TO était ainsi proposé aux laboratoires pharmaceutiques mais sans obligation pour eux d'y avoir recours» et « Les modalités du service TO, tel qu'il a été présenté aux laboratoires pharmaceutiques à partir de 2006, sont les suivantes : […] »*, points 13 et 14 des observations de CERP à la communication des griefs.

107 Voir également les points 30 et 86 des observations de CERP à la communication des griefs.

108 Voir points 86, 87 et 29 des observations de CERP à la communication des griefs.

109 Voir la réponse de [CONFIDENTIEL] , question 3.a.

i) Le système des TO

189. Dans sa communication des griefs, l'auditeur a expliqué les raisons de la création sur le marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques[110], d'une variante dans le système de la répartition classique des grossistes répartiteurs, à savoir le système des TO.

190. C'est, en effet, en réponse à une augmentation des ventes directes de laboratoires pharmaceutiques à la fin des années 90 et donc du déclin de l'activité des grossistes répartiteurs que le système des TO a été envisagé par ces derniers. Ceci a d'ailleurs été confirmé par CERP dans sa demande de clémence[111].

191. Il est important de préciser que l'auditeur n'a jamais remis en cause la création de cette nouvelle variante qu'étaient les TO en tant que tels[112]. Ce sont les conditions commerciales et le contenu détaillé des prestations fournies, élaborés en concertation entre CERP et les autres parties, qui font l'objet d'une appréciation au regard du droit de la concurrence, dans la présente affaire[113] et que l'auditeur reprend sous les termes « pratique relative aux TO ».

ii) La pratique relative aux TO

1) Sur la participation de CERP à la concertation concernant les TO depuis 2003

192. Pour l'ensemble des parties, le début de la période infractionnelle a été fixée au 4 avril 2003, date de la première preuve d'une concertation entre les grossistes répartiteurs.

193. L'auditeur ne disposait pas de preuve formelle avant cette date bien que la communication des griefs[114], fasse référence à un mail d'août 2002[115], [CONFIDENTIEL] où l'on peut constater qu'il existe des discussions relatives aux TO. Il n'est toutefois pas possible de déterminer si les discussions portaient sur les conditions commerciales ou le contenu des prestations, ou s'il s'agissait de discussions plus générales sur l'intérêt de la mise en place du système des TO, en vue de limiter voire de contrer les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques. Comme l'indique le contenu du mail[116], les discussions semblaient d'ailleurs loin d'être abouties. Le contenu précis de ces discussions figurait dans une annexe, annexe qui n'a pu être fournie pendant l'instruction. Ce document ne pouvait donc pas être utilisé comme une preuve en vue de la délimitation de la période infractionnelle.

194. Il n'est donc pas correct de considérer sur base de ce document que seuls Febelco, Pharma Belgium et Belmedis seraient à l'origine de la pratique relative au TO qui est en cause dans la présente affaire.

195. La première preuve de discussions entre les parties concernant la tarification des TO est un compte rendu d'une réunion d'acheteurs du 4 avril 2003 (voir doc [CONFIDENTIEL]. *CERP était présent à cette réunion et ce document démontre qu'un accord entre parties, sur une tarification relative aux TO*

---

110 Le marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques est défini supra dans la partie « Secteur concerné » du présent document et est conforme à la définition retenue par le collège de la concurrence dans la cadre de la décision McKesson/ Belmedis (décision n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017).

111 CERP dans sa demande de clémence du [CONFIDENTIEL], point 3.1 a déclaré que [CONFIDENTIEL]. *».*

Dans cette même demande de clémence au point 3.3, CERP avait déclaré que cette pratique avait débuté en 2006. Mais CERP s'est ensuite ravisée dans sa déclaration de clémence complémentaire du [CONFIDENTIEL], puisque dans cette dernière, CERP a précisé que s'agissant de la pratique des TO, la demande de clémence soumise le [CONFIDENTIEL]*«*[CONFIDENTIEL]*».*

112 L'auditeur ne remet pas en question la création du système des TO.

113 Voir notamment §151 de la communication des griefs.

114 § 118 de la communication des griefs.

115 Doc [CONFIDENTIEL].

116 «[CONFIDENTIEL] . *»,* doc.[CONFIDENTIEL].

correspondant à une marge de 5.1% du prix pharmacien, a été conclu. Cette tarification a fait l'objet de discussions, les parties souhaitaient éventuellement l'adapter en fonction des prestations qui en découlaient.[117] Il ne s'agit pas d'une réunion où les parties pour un futur « lointain » évoqueraient une possible tarification.

196. D'autres documents[118] montrent que CERP à partir de 2003 participe à des réunions avec les autres parties concernant les TO, ce que CERP ne conteste d'ailleurs pas dans ses observations[119] , au travers de réunions d'acheteurs et des réunions ANGR et du groupe de travail TO.

197. L'auditeur rappelle que c'est au cours de ces diverses réunions que la concertation concernant la pratique relative TO a eu lieu, comme l'ont déclaré l'ensemble des demandeurs de clémences[120], y compris CERP[121].

198. L'auditeur tient à souligner particulièrement la présence de CERP au sein du Groupe de travail TO, groupe qui a été créé dans le cadre de l'ANGR. Les travaux de ce groupe de travail ont principalement porté sur la tarification commune des Transfer Orders[122] . Dans le compte rendu d'une réunion du groupe de travail du 12 janvier 2004[123], est mentionné que les notes de crédit des laboratoires pharmaceutiques sont envoyées en retard par les laboratoires pharmaceutiques, les parties s'accordent donc pour que ces notes soient transmises dans un délai de 30 jours après la fin du mois. Ce document montre donc également que la pratique relative aux TO est bien une pratique en cours.

2) Sur la mise en œuvre de la pratique relative aux TO à partir d'avril 2003

199. S'agissant du début de la pratique relative aux TO, l'affirmation de CERP, considérant que cette pratique aurait débuté en 2006, ne saurait être suivie, et l'auditeur la conteste pour les raisons qui suivent.

200. Aux §§ 111, 112 et 113 de sa communication des griefs, l'auditeur a retenu comme grief à l'encontre de CERP « l'existence d'une concertation entre CERP et les autres parties ayant pour objet de mettre en place conjointement une méthode uniforme de gestion des commandes spécifiques passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis non seulement les conditions commerciales applicables (notamment la marge que CERP et les autres parties souhaitaient obtenir pour cette activité), mais aussi le contenu des prestations effectuées dans ce cadre» et a constaté que cette concertation avait débuté le 4 avril 2003 et que les termes de celle-ci avait été «appliqués par CERP et les autres parties pendant toute la période infractionnelle retenue à leur égard. Pour ce qui concerne CERP, la fin de cette période a été établie au 21 novembre 2016 ».

201. Pour établir ce grief, l'auditeur s'est appuyé sur les preuves décrites à la section V.1.3.c de la communication des griefs[124] qui reprend les déclarations de CERP réalisées dans le cadre de sa demande de clémence, les déclarations des autres demandeurs de clémence et les preuves documentaires.

---

117 « [CONFIDENTIEL]».
118 Voir par exemple les documents [CONFIDENTIEL], I-273,I-321, [CONFIDENTIEL].
119 *« Quoique CERP a participé à un certain nombre de réunions au sujet des TO avec les autres grossistes- répartiteurs pendant la période 2003-2005, ce n'est que le 6 décembre 2005 que CERP a confirmé formellement son accord à participer à la pratique des TO »* , point 26 des observations de CERP à la communication des griefs ».
120 Voir les points 160, 161 et 162 supra.
121 Voir réponse de [CONFIDENTIEL], question 14 d.
122 Voir § 141.
123 Voir [CONFIDENTIEL].
124 Section V.1.3.c : les éléments de preuve relatifs à l'application par CERP des termes de la concertation.

202. L'auditeur constate que dans sa demande de clémence, CERP a déclaré qu'elle «[CONFIDENTIEL]*»*[125] *et «*[CONFIDENTIEL]*»*[126]*. Pour ces deux citations, il y a lieu de prendre en compte la déclaration complémentaire de CERP du* [CONFIDENTIEL] *dans laquelle CERP a déclaré «* [CONFIDENTIEL]*».*

203. L'auditeur reprend les déclarations de clémence de [CONFIDENTIEL]*et de* [CONFIDENTIEL] *indiquant l'application par l'ensemble des parties de la pratique relative aux TO, et renvoie spécifiquement à des preuves documentaires montrant une application de la tarification par CERP, ainsi qu'une utilisation par CERP du protocole FTP*[127]*, antérieures à 2006.*

- ✓ [CONFIDENTIEL]*a déclaré que « [CONFIDENTIEL]»*
- ✓ *Pharma Belgium-Belmedis a également déclaré que « [CONFIDENTIEL] »*[128]
- ✓ *Enfin, les preuves documentaires obtenues dans le cadre de l'instruction mentionnées aux §§ 328 à 330*[129] *de la communication des griefs relèvent que la pratique relative aux TO a été mise en œuvre par CERP avant 2006.*
- ✓ *On peut également citer le document TO 22 qui montre que le protocole FTP a été mis en place avant 2006 et que CERP l'utilisait déjà également avant 2006*[130]*.*
- ✓ [CONFIDENTIEL] *a par ailleurs déclaré que la mise en place du protocole FTP date de 2003*[131]*, que ce dernier n'est utilisé que dans le cadre des TO*[132] *et qu'à sa connaissance CERP l'utilise*[133]*.*

3) Sur les participants à la concertation concernant la pratique relative aux TO

204. Il ne ressort d'aucune pièce récoltée lors de l'instruction, ni d'aucune déclaration des demandeurs de clémence, que certains laboratoires pharmaceutiques auraient participé d'une manière quelconque à la concertation relative à la pratique des TO.

205. Au contraire l'ensemble des demandeurs de clémence[134]*, y compris CERP, ont déclaré que tant les conditions commerciales relatives aux TO que le contenu des prestations avaient fait l'objet d'une concertation entre CERP,*[CONFIDENTIEL].

206. CERP, dans ses observations[135]*, ne s'appuie d'ailleurs sur aucun document pertinent pour soutenir l'affirmation de cette participation des laboratoires pharmaceutiques. CERP fait uniquement une référence aux document AK 16 et*[CONFIDENTIEL] [136]*. Ces deux documents n'indiquent aucunement une concertation*

---

125 Réponse de CERP [CONFIDENTIEL], question 14 c.
126 Demande de clémence de CONFIDENTIEL], section 3.3.
127 Au sujet du protocole FTP, CERP dans ses observations, point 13, explique que «*Ce n'est toutefois qu'en 2006 […] que Febelco a mis au point un outil informatique, le protocole FTP, visant à faciliter la gestion et le suivi des commandes livrées et facturées via le système TO. ».*
128 Déclaration de clémence de . *[CONFIDENTIEL]*
129 Voir les documents [CONFIDENTIEL] et I-294.
130 Il s'agit d'un mail du 21 juin 2005 d'Omega Pharma qui demande à l'ensemble des grossistes répartiteurs, dont CERP, les codes nécessaires pour les TO qui sont envisagés par le laboratoire.
131 *«* [CONFIDENTIEL]*»* réponse de [CONFIDENTIEL], section B question 2.
132 *«* . [CONFIDENTIEL] *»* réponse de [CONFIDENTIEL], section B question 7.
133[CONFIDENTIEL]*»,* réponse de [CONFIDENTIEL], section B question 3.
134 *«* [CONFIDENTIEL]*», déclaration de clémence de CERP du* [CONFIDENTIEL]*, point 16a. S'agissant de la pratique relative aux TO, CERP a précisé par* [CONFIDENTIEL]*que «*[CONFIDENTIEL].*»; « [CONFIDENTIEL]» demande de clémence de [CONFIDENTIEL] et « [CONFIDENTIEL]»* demande de clémence de *[CONFIDENTIEL]*; *« [CONFIDENTIEL]»* Demande de clémence de . *[CONFIDENTIEL]*
135 Point 13 des observations de CERP à la communication des griefs.
136 Voir point 27 i des observations de CERP à la communication des griefs.

entre les parties et le laboratoire concerné. Ils montrent uniquement que le laboratoire concerné demande que les commandes TO soient livrées en une seule fois[137].

207. Dans le cadre de l'examen des circonstances atténuantes au § 614 de sa communication des griefs, comme le relève CERP, l'auditeur a considéré que le comportement de certains laboratoires avait facilité l'application de l'accord (à savoir la pratique relative aux TO). L'auditeur a en effet relevé que certains laboratoires avaient pris l'initiative de réunir les parties en vue de se faire expliquer cette pratique[138].

208. Il ne peut être déduit de cette constatation que les laboratoires auraient collaboré avec les parties et auraient participé à la détermination des termes de la concertation.

209. Il est intéressant de remarquer que CERP, en note de bas de page 7 de ses observations[139], cite un certain nombre de pièces de l'instruction ainsi que des déclarations de Febelco dans le cadre de sa demande de clémence qui démontreraient que les laboratoires ont régulièrement pris l'initiative de telles réunions, laissant supposer que le dossier d'instruction comporte de nombreuses pièces impliquant les laboratoires pharmaceutiques dans la pratique relative aux TO.

210. L'auditeur est d'avis que ces références ne démontrent pas que laboratoires ont régulièrement pris l'initiative de réunions visant à se faire expliquer la pratique des TO. Il en est ainsi pour :

- ✓ *Les documents*[CONFIDENTIEL]*, AK 7, AK 8, AK 9, AK 13,* [CONFIDENTIEL] *concernent le fait que certains laboratoires ont établi des contrats avec certains grossistes répartiteurs dans lesquels est reprise notamment la tarification des TO.*
- ✓ *Le document* [CONFIDENTIEL] *est une demande écrite du laboratoire Omega, commune à CERP,* [CONFIDENTIEL]*, afin d'obtenir les codes grossistes répartiteurs nécessaires[140] pour l'utilisation du protocole FTP en vue d'inscrire les commandes des pharmaciens dans le cadre des TO.*
- ✓ *Le document* [CONFIDENTIEL] *est un Powerpoint de Sandoz de 2011 qui reprend le modèle de calcul des coûts concernant les TO proposés par les grossistes répartiteurs et qui selon Sandoz est accepté par l'industrie pharmaceutique.*
- ✓ *Le document* [CONFIDENTIEL] *est une lettre du laboratoire pharmaceutique Kela Pharma qui confirme qu'il réalisera à partir de janvier 2011 des TO et transmet à CERP dans ce cadre, un contrat*

---

137 Pour le document AK 16 , cela fait suite à des rumeurs rapportant que le laboratoire pharmaceutique aurait convenu avec les pharmaciens de faire des livraisons échelonnés. Pour le document [CONFIDENTIEL], il s'agit du contrat conclu entre Kela Pharma et CERP concernant les TO de ce laboratoire pharmaceutique, contrat dans lequel est mentionné que les TO ne feront pas l'objet de livraison échelonnée.

138 Voir par exemple les document [CONFIDENTIEL] qui concerne le laboratoire pharmaceutique Wyeth et les documents liés [CONFIDENTIEL] qui concernent les laboratoires Certa et Fragon.

139 *« Communication des griefs, para. 614. Voir, à titre d'exemple le Document*[CONFIDENTIEL]*. CERP note que* [CONFIDENTIEL] *confirme que «*[CONFIDENTIEL]*» (Demande de clémence de* [CONFIDENTIEL]*, p. 15). Dans cette même demande de clémence,* [CONFIDENTIEL]*note que «*[CONFIDENTIEL]*» (p. 15). Ces éléments sont également corroborés par de nombreuses pièces du dossier: voir notamment la présentation Powerpoint de Sandoz (laboratoire pharmaceutique) à CERP du mois de mai 2011 (Document*[CONFIDENTIEL]*). Sandoz y explique sa politique et ses conditions en matière de TO et indique que le nouveau modèle de calcul proposé par les grossistes-répartiteurs a été accepté par l'industrie pharmaceutique (« new calculation method proposed by the wholesalers and in agreement with the pharmaceutical industry » (nous soulignons). Voir également les Documents* [CONFIDENTIEL] *ou* [CONFIDENTIEL] *qui montrent que les laboratoires pharmaceutiques avaient une approche active et prenaient l'initiative d'organiser des réunions avec les grossistes-répartiteurs pour discuter des TO. Certains laboratoires pharmaceutiques avaient même conclu des contrats avec les grossistes-répartiteurs pour formaliser le système TO (voir par exemple les Documents*[CONFIDENTIEL]*, AK-7, AK-8, AK-9, AK-13,*[CONFIDENTIEL]*). »* note de bas de page 7 des observations de CERP à la communication des griefs.

140 Voir réponse de [CONFIDENTIEL] question 13 a sur le fonctionnement du protocole FTP : *«* [CONFIDENTIEL]*»*

reprenant les conditions que CERP devra respecter dans le cadre des Transfer Orders (livraison des TO dans un délai de 48 h, constitution d'un stock suffisant des produits Kela…)

- ✓ *Le document* [CONFIDENTIEL] *de novembre 2005 est une réponse du laboratoire Sandoz à une proposition faite par* [CONFIDENTIEL] *en concertation avec CERP,* [CONFIDENTIEL]*, en vue d'appliquer pour les TO relatifs aux médicament génériques une tarification de 5.1% du prix pharmacien.*[141]
- ✓ *Les déclarations de [CONFIDENTIEL]* [142] *concernent le fait que la pratique relative aux TO n'était pas un secret pour les laboratoires pharmaceutiques, voire que quelques laboratoires pharmaceutiques étaient en demande d'un système de TO.*

211. Par ailleurs, les discussions communes entre parties et un laboratoire pharmaceutique dans le cadre, par exemple, des présentations du système des TO[143]*, mais aussi les présentations du système faites de manière individuelle par un grossiste répartiteur*[144]*, ou encore les questions d'un laboratoire pharmaceutique posées directement par ce dernier dans le cadre d'une réunion d'acheteurs*[145]*, ou par l'intermédiaire d'un grossiste répartiteur*[146]*, semblent logiques et ne doivent pas être considérées comme une preuve d'une participation à la concertation et donc à la pratique des TO*[147]*. En effet, il ne s'agissait pas pour les laboratoires pharmaceutiques de participer à la concertation avec parties mais, soit de prendre connaissance des conditions commerciales appliquées dans le cadre des TO, soit de s'informer et questionner les parties sur le système, dès lors que les laboratoires souhaitaient travailler avec le système des TO*[148]*.*

212. Enfin, même dans le cas où un laboratoire pharmaceutique était demandeur d'une tarification unique pour les TO[149]*, cela ne peut permettre de déclarer que ce dernier a participé à la concertation avec les parties en vue définir les conditions commerciales et le contenu des prestations liés aux TO, comme le laisse entendre CERP aux points 27 et 40 de ses observations, et encore moins de généraliser cette position à l'ensemble des laboratoires pharmaceutiques ayant recours aux TO.*

iii) Sur la démarche collective entre les grossistes répartiteurs concernant la pratique relative aux TO

213. L'auditeur ne disconvient pas que la mise en place d'une variante à la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques, à savoir les TO, présentait, et cela est probablement toujours le cas, particulièrement pour les laboratoires pharmaceutiques, un intérêt plus important si tous les grossistes répartiteurs y participaient. C'est d'ailleurs ce qu'exprime la réponse de Sandoz, largement citée par CERP,

---

141 voir le § 249 de la communication des griefs.
142 *«[CONFIDENTIEL]»* (Demande de clémence de[CONFIDENTIEL], p. 15).
«[CONFIDENTIEL]», demande de clémence de [CONFIDENTIEL], page 15.
143 Voir par exemple les documents [CONFIDENTIEL].
144 Voir par exemple le document II-012 et [CONFIDENTIEL].
145 Voir le mail de Patch Pharma du 22 août 2006 à Febelco, CERP, et Belmedis *« Il semble qu'il y ait actuellement entre les grossistes des discussions au sujet d'une nouvelle méthodologie de calcul du « all in » . Il est important dans le cadre de notre collaboration que vous puissiez trouver une méthodologie commune à tous les grossistes (Mauroy, Febelco, Pharma Belgium, Flandria, Aprophar, Cerp) »* Document KDV 6.
146 Voir par exemple le document KDV 8.
147 Voir par exemple le document I-006.
148 Voir demande de clémence de [CONFIDENTIEL] qui déclare par exemple *« [CONFIDENTIEL] .».*
149 Voir le document KDV 6.

au point 25 de ses observations. C'est la raison pour laquelle, comme déjà rappelé, l'auditeur n'a jamais remis en cause le système des TO en tant que tel, mais bien la participation de CERP et des autres parties à une entente visant à « mettre en place conjointement une méthode uniforme de gestion des commandes spécifiques passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis non seulement les conditions commerciales applicables (notamment la marge que CERP et les autres parties souhaitaient obtenir pour cette activité), mais aussi le contenu des prestations effectuées dans ce cadre »[150].

214. Il ne faut cependant pas voir, dans cet intérêt pour un système de TO incluant l'ensemble des grossistes répartiteurs, l'indispensabilité d'une démarche collective, et encore moins la justification à la mise en place de la pratique relative aux TO[151].

215. De plus, même si l'auditeur a constaté dans le cadre de la concentration McKesson/Belmedis que les pharmaciens étaient assez fidèles à leur(s) grossiste(s) répartiteur(s)[152]*, donc que ces derniers peuvent être un frein à des TO qui seraient confiés exclusivement à un grossiste répartiteur, l'auditeur souhaite rappeler qu'en 2014, certains laboratoires pharmaceutiques ont décidé d'accorder une exclusivité ou une semi-exclusivité pour la distribution de leurs produits via les TO à certains grossistes*[153]*. Ces éléments montrent donc qu'un système de TO dans lequel l'ensemble des grossistes répartiteurs participent n'est pas une condition sine qua non.*

216. Ceci était d'ailleurs confirmé par CERP dans le cadre de sa demande de clémence, comme suit :« [CONFIDENTIEL] *»*[154]

217. Dans ses observations, pour illustrer la nécessité d'une démarche collective du système de TO, donc une position contraire, CERP insiste sur le fait qu' [CONFIDENTIEL] *n'aurait pas accordé à* [CONFIDENTIEL] *une exclusivité*[155] *en raison du fait que* [CONFIDENTIEL] *. En effet,* [CONFIDENTIEL] *a finalement accordé une semi-exclusivité pour la distribution* [CONFIDENTIEL] *, parce que* [CONFIDENTIEL] *a fait face au mécontentement des pharmaciens*[156]*. (Le refus d'exclusivité n'est pas lié à* [CONFIDENTIEL] *).*

218. Ce fait ne permet pas pour autant de soutenir que la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques, via les TO, dans laquelle tous les grossistes répartiteurs participent, est une nécessité, comme le laisse entendre CERP au point 24 de ses observations : «En d'autres termes, les avantages manifestes, tant sur le plan pratique que sur le plan économique, du service TO ne se matérialisent pleinement que lorsque celui-ci est fourni par tous les grossistes-répartiteurs du pays ». Au contraire, en accordant la semi-exclusivité, à l'époque, seuls [CONFIDENTIEL] *des quatre grossistes répartiteurs participent aux TO de ce laboratoire pharmaceutique.*

---

150 Voir §111 de la communication des griefs.

151 CERP après avoir mentionné les raison de la démarche collective déclare point 26 de ses observations *« Telles sont les considérations qui ont amené Febelco, Belmedis et Pharma Belgium à développer l'initiative qui a conduit les grossistes-répartiteurs à définir conjointement : (i) les paramètres du service TO fourni par chaque grossiste-répartiteur ; et (ii) une marge maximale pour la rémunération du service TO. ».*

152 Voir Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017, §§ 344 à 351.

153 Voir Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017, § 329.

154 Demande de clémence [CONFIDENTIEL], point 6.1.

155 Voir le point 23 des observations de CERP à la communication des griefs.

156 Voir demande de clémence de [CONFIDENTIEL] , page 18.

219. S'agissant de l'explication relative au contenu standardisé des prestations du grossiste répartiteur dans le cadre des TO qui permettrait de réduire les coûts de transaction et d'éviter une confusion et des retards par des négociations individuelles sur les modalités du service, l'argument ne peut être suivi.

220. D'une part, CERP n'apporte aucune justification. CERP se base sur un seul document indiquant la préférence d'un laboratoire pour un système simple et commun notamment pour la tarification des TO à l'ensemble des grossistes répartiteurs.

221. Mais surtout, suivre cet argument signifierait que l'application d'une politique commerciale propre à chaque entreprise n'est pas bénéfique aux clients, alors que l'objet des règles de concurrence en matière de cartel est justement de s'assurer que chaque entreprise détermine librement sa politique commerciale.

222. L'auditeur considère donc que CERP ne peut, sur base des préférences d'un seul laboratoire pharmaceutique, prétendre à la nécessité d'un contenu du système des TO commun à l'ensemble des grossistes répartiteurs.

iv) Sur les avantages du système des TO pour les laboratoires pharmaceutiques

223. CERP, pour expliquer les avantages du système des TO, notamment ceux bénéficiant aux laboratoires pharmaceutiques, se base sur l'analyse réalisée dans le cadre de la concertation McKesson/ Belmedis et de la réponse de laboratoires pharmaceutiques[157].

224. Il convient dans un premier temps de rappeler une nouvelle fois que l'auditeur n'a jamais remis en cause la création de la nouvelle variante dans la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques, qu'était le système des TO en tant que tel.

225. Pour mettre en avant les avantages dégagés par la pratique relative aux TO, CERP utilise les arguments avancés dans la décision de concentration McKesson/Belmedis[158], arguments développés par l'auditeur afin de montrer que les TO et les ventes directes appartiennent à des marchés distincts.

226. L'auditeur souhaite remettre les arguments développés dans la décision MCKesson /Belmedis concernant la définition des marchés de produits, dans le contexte dans lequel ils ont été formulés. L'auditeur ne remet donc pas en cause les coûts des TO pour les laboratoires pharmaceutiques moindres que si ces derniers pratiquent des ventes directes et ont recours à des pré-wholesalers. Ce n'est pas ce point dont il est question dans cette pratique relative aux TO, mais le fait que les parties se sont entendus sur une tarification et sur des services dans le cadre des TO. Or dans cette perspective, rien ne montre que les laboratoires pharmaceutiques ont bénéficié via cette pratique relative aux TO de la meilleure tarification et des meilleurs services que ceux qu'ils auraient pu obtenir si chaque grossiste répartiteur avait proposé une tarification et des services propres pour les TO.

227. CERP s'appuie ensuite sur les réponses de différents laboratoires qui expliquent effectivement leur intérêt pour les TO, soit en considérant que ces derniers présentent des coûts moindres que si les laboratoires devaient eux-mêmes gérer la logistique des ventes directes, soit parce que le laboratoire n'avait pas les ressources logistiques pour s'occuper des commandes des pharmaciens passées directement auprès de lui.

157 Voir point 18 des observations de CERP à la communication des griefs.
158 Voir point 18 des observations de CERP à la communication des griefs.

228. L'auditeur considère à nouveau que ces réponses ne font que montrer l'intérêt de certains laboratoires pharmaceutiques pour les TO en eux-mêmes, notamment au regard des ventes directes. Celles-ci ne signifient pas que la pratique relative aux TO en cause, in casu, la mise en place d'une méthode uniforme de gestion des commandes passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis non seulement les conditions commerciales applicables (notamment la marge que les parties souhaitaient obtenir pour cette activité), mais aussi le contenu des prestations effectuées par les parties dans ce cadre, présente les avantages qui y sont cités.

229. L'auditeur est d'avis que CERP ne démontre pas que la concertation sur la tarification et sur les prestations fournies par les parties a entrainé pour les laboratoires pharmaceutiques des avantages dont ils n'auraient pas pu bénéficier en l'absence de la concertation.

V.1.2.d Conclusion de l'auditeur

230. L'auditeur, sur base de l'instruction et de ce qui est développé dans la section supra V.1.2.c, maintient qu'une concertation entre CERP et les autres parties dans le cadre de la pratique relative au TO a débuté le 4 avril 2003, que la mise en œuvre de cette concertation est démontrée dès le 4 avril 2003, et que l'intérêt des laboratoires pharmaceutiques pour une participation de l'ensemble des grossistes répartiteurs au système des TO ainsi que les avantages de ce système des TO ne permettent pas à CERP de s'exonérer de sa participation à la mise en place d'une méthode uniforme de gestion des commandes passées par les pharmaciens dans le cadre des TO.

231. L'auditeur maintient sa position sur le fait que seuls CERP et les autres parties ont participé à la concertation concernant la pratique relative aux TO.

232. L'auditeur confirme que la pratique relative aux TO a débuté dès le 4 avril 2003.

233. Enfin l'auditeur considère que si la démarche collective pour mettre en place une variante dans le système de la répartition classique présentait pour les laboratoires pharmaceutiques et les grossistes répartiteurs un certain intérêt, elle n'était pas indispensable et ne pouvait aucunement servir de base à une justification de la pratique relative aux TO. De mêmes, les prétendus avantages pour les laboratoires pharmaceutiques qui résulteraient de la pratique relative aux TO ne sont pas démontrés.

C. L'objet de la concertation

a) Position de l'auditeur dans la communication des griefs

234. CERP a participé à une concertation avec les autres parties ayant pour objet de mettre en place conjointement une méthode uniforme de gestion des commandes passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis non seulement les conditions commerciales applicables (notamment la marge que les parties souhaitaient obtenir pour cette activité), mais aussi le contenu des prestations effectuées par les parties dans ce cadre.

235. Cette concertation visait à limiter les pertes de volumes de ventes que CERP et les autres parties subissaient ou risquaient de subir dans le cadre de leur activité de répartition classique vu la croissance des ventes directes aux pharmaciens réalisées par les laboratoires pharmaceutiques, voire à récupérer des volumes de ventes perdus.

236. Cette concertation entre les parties a été surtout active dans les premières années de la pratique afin d'établir les principes qui régissaient le système des Transfer Orders.

237. Par la suite, les échanges entre les parties ont été plus sporadiques car ils n'étaient pas nécessaires, puisque les termes de la concertation sont demeurés inchangés.

i) Tarification des Transfer Orders

238. CERP et les autres parties se sont concertées pour proposer une méthode commune de calcul de leur rémunération pour les prestations réalisées dans le cadre du système de TO.

239. CERP et les autres parties ont décidé que le coût du système des TO devait être identique pour les pharmaciens, quel que soit le grossiste répartiteur qui intervenait,[159] dans la mesure où, les pharmaciens choisissaient librement le grossiste qui gérait ces TO, le laboratoire pharmaceutique n'imposant pas au pharmacien le recours à un grossiste répartiteur déterminé.

240. La tarification déterminée de manière commune par les parties pour les prestations effectuées permettait aux laboratoires pharmaceutiques de communiquer aux pharmaciens un même prix du produit pharmaceutique (prix All IN), quel que soit le grossiste répartiteur choisi par ces derniers.

« [CONFIDENTIEL]» [160].

241. De manière générale, la tarification concertée entre les parties correspondait à la marge que CERP et les autres parties voulaient obtenir et qui était calculée sur le prix pharmacien des produits pharmaceutiques concernés.

242. CERP confirme que l'accord « [CONFIDENTIEL]*».[161]*

243. Les principales discussions ont donc porté sur la marge que CERP et les autres parties souhaitaient obtenir pour la vente des produits pharmaceutiques via le système des TO. L'objectif des discussions était de trouver une tarification commune, afin de récupérer ensemble une partie des activités perdues via les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques.

244. A partir de 2003, une première tarification générale a donc été déterminée par CERP et les autres parties.

245. Cette tarification a fait l'objet de discussions en 2005-2006 et a été adaptée en 2006. Elle n'a plus par la suite subi de changement pendant la période infractionnelle retenue[162].

➢ *Période de 2003 à 2006*

246. Lors de la mise en place du système concerté des Transfer Orders[163], parallèlement à des discussions et décisions prises pour des cas individuels, une première tarification générale uniforme a été convenue. A cette fin, CERP et les autres parties se sont mis d'accord sur la manière dont leur marge serait calculée.

---

159 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] point 3.1 age 3 *«[CONFIDENTIEL]»* .
160 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page 11.
161 Réponse de [CONFIDENTIEL], question 16 a.
162« *[CONFIDENTIEL]*», PV de la réunion [CONFIDENTIEL], page 2.
« [CONFIDENTIEL]». Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] *point 3.1 page 2.*
.

247. CERP a pris part à la concertation concernant l'élaboration de cette tarification adaptée.[164]

248. Plus précisément, CERP et les autres parties ont convenu que le calcul de la tarification des TO dépendait des facteurs suivants :[165]

- *la marge applicable était déterminée sur base du nombre de pièces par ligne de commandes ;*[166]
- *les marges applicables étaient différentes selon le type de médicaments.*

249. Pour les médicaments en général[167]*, il a été décidé par CERP et les autres parties que si la majorité des commandes étaient des lignes de 5 pièces ou plus, le taux de 5,1% du prix pharmacien serait appliqué à l'ensemble des commandes pour ce type de médicaments. La formule de calcul était donc : 5,1% * quantité de produits commandés * prix pharmacien.*

*250. Par contre si la majorité des commandes étaient des lignes de moins de 5 pièces, alors le taux de 8,1% du prix pharmacien serait appliqué à l'ensemble des commandes pour ce type de médicaments. La formule de calcul était dans ce cas : 8,1% * quantité de produits commandés * prix pharmacien.*

251. Pour la plupart des commandes via les Transfer Orders , une marge de 5,1% était appliquée car le but des commandes TO était de réaliser des volumes de commandes importants.[168]

«[CONFIDENTIEL]».[169]

252. Par contre, pour les médicaments génériques, il a été décidé par les parties que les marges seraient différentes selon qu'il s'agit d'un produit générique coûteux ou non coûteux. Afin de préserver dans le cadre du système des TO, les avantages dont les grossistes répartiteurs disposaient sur la distribution classique de ces produits génériques[170]*, les parties ont convenu d'une rémunération spécifique.*

253. La rémunération pour les produits génériques non coûteux se base sur la marge moyenne pondérée[171] *des ventes des produits de chaque laboratoire pharmaceutique. La marge moyenne obtenue était*

---

164 Voir réponse [CONFIDENTIEL] question 8 a .

165 Voir documents [CONFIDENTIEL] et PV de la réunion avec [CONFIDENTIEL].

166 Une ligne (de commande) est composée du nombre de pièces du même produit commandé, voir PV de la réunion [CONFIDENTIEL], question 4a .

167 Voir la déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL]page 13 et document [CONFIDENTIEL]; Voir également le PV de la réunion avec [CONFIDENTIEL] lors de laquelle, [CONFIDENTIEL] a expliqué qu' [CONFIDENTIEL] *»* [CONFIDENTIEL] *a toutefois ajouté que «* [CONFIDENTIEL]*».* Les documents [CONFIDENTIEL], KDV 5 et KDV 7 et annexe [CONFIDENTIEL] (pour la partie « Ancienne situation / vroegere situatie») ne mentionnent ainsi que les médicaments OTC.

168 PV de la réunion avec [CONFIDENTIEL], page 2.

169 Déclaration de [CONFIDENTIEL], page 11.

170 Concernant les médicaments génériques, la marge classique du grossiste était, d'un point de vue pourcentage, supérieure à la marge d'un autre produit. La raison est que le grossiste reçoit la marge absolue du produit de référence. Par exemple, la marge réglementaire étant de 13,1%, le grossiste reçoit 13,1€ sur un produit de référence vendu à un prix pharmacien de 100€. Le fait que le grossiste reçoive la marge absolue du produit de référence signifie en pratique que la marge pour le médicament générique correspondant est toujours de 13,1€ et ce même si ce médicament générique est vendu à un prix inférieur à 100€. Afin de ne pas perdre cet avantage, la rémunération des TO convenue entre les grossistes répartiteurs pour les médicaments génériques était donc initialement différente de celles des médicaments en général, voir PV Réunion avec [CONFIDENTIEL].

171 Le calcul de la marge moyenne pondérée en % est le suivant :
(Valeur totale des ventes PGNC au prix pharmaciens) – (Valeur totale des achats PGNC au prix grossistes) / (Valeur totale des ventes PGNC au prix pharmaciens) * 100
NB : Produits génériques non coûteux =PGNC
En règle générale, la marge moyenne pondérée était de 7%, voir documents [CONFIDENTIEL].

multipliée ensuite par un coefficient (5,1/13,1). Le résultat ainsi obtenu constituait le pourcentage à appliquer pour la rémunération des parties (voir l'exemple dans le document[CONFIDENTIEL]*).*[172]

254. Pour les produits génériques coûteux, à l'origine CERP et les autres parties ont convenu d'appliquer la marge absolue du médicament de référence. Cette tarification a ensuite été adaptée et les parties ont convenu[173] *d'accorder une remise de 0,75€ ou de 1€ selon le nombre de pièces commandées.*[174]

255. Dans la pratique, pendant la période avant 2006, le système des Transfer Orders aurait été très peu appliqué aux médicaments génériques.[175]

256. Concernant les matières premières, CERP et les autres parties ont convenu que la marge serait de 9%.[176]

257. Enfin, il est arrivé également pendant cette période que des rémunérations ad hoc pour des produits spécifiques aient été proposées de manière concertée par les parties à certains laboratoires.[177]

- ***Période de 2006 à 2016***

258. Dans le courant de l'année 2005, les parties ont estimé utile de moduler ce système de rémunération afin de développer davantage leurs activités de Transfer Orders.

259. Les discussions entre les parties[178] *ont abouti à une tarification des Transfer Orders plus affinée, et d'application à partir de juin 2006*[179]*:*

« [CONFIDENTIEL]».[180]

260. Cette tarification n'a plus fait l'objet de modifications pendant le reste de la durée de la pratique.

261. CERP a pris part à la concertation concernant l'élaboration de cette tarification adaptée.[181]

262. Cette tarification adaptée valait tant pour les médicaments vendus sous ordonnance que pour ceux vendus en vente libre et concernait tant les spécialités que les médicaments génériques.

263. Le principe selon lequel la marge dont bénéficie CERP et les autres parties est différente en fonction du nombre de pièces par lignes de commandes a été préservé. Par contre, des formules de calcul plus affinées ont été décidées dans certains cas.[182]

264. Pour les commandes ayant une majorité de lignes de commande inférieures à cinq pièces par ligne, la marge pour CERP et les autres parties restait donc fixée à 8,1% du prix pharmacien.

---

172 Voir l'exemple dans le document [CONFIDENTIEL].
173 Voir doc I-321, Compte rendu du CA de l'ANGR du 10 février 2004.
174 Voir docs [CONFIDENTIEL], KDV 5 et[CONFIDENTIEL].
175 PV réunion, réponse à la question 1 et déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL]point 3.1 page 3 *« [CONFIDENTIEL]».*
176 Voir KDV 7 point « Ancienne situation » et doc TO 7, point « *Huidige situatie* ».
177 Voir le document[CONFIDENTIEL], pour les Nicotinelle patch 21, et pour Omega.
178 Voir par exemple les documents [CONFIDENTIEL] , document [CONFIDENTIEL] et le document [CONFIDENTIEL] et KDV 5.
179 Voir le doc [CONFIDENTIEL], partie « *Nieuwe werkwijze (vanaf 1 juni)*» ; déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page 14 et PV de la réunion avec [CONFIDENTIEL] ; déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] point 3.1 *« [CONFIDENTIEL] ».*
180 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page 14.
181 Voir Réponse de [CONFIDENTIEL], question 8 a .
182 Voir Docs [CONFIDENTIEL], II-012, [CONFIDENTIEL], DVW 12, KDV 5,KDV 7, I-284.

265. Si par contre la majorité des lignes de commande se composait de cinq pièces et plus par ligne, la formule générale de calcul de la rémunération de CERP et des autres parties restait donc fixée à 5.1% du prix pharmacien.[183]

266. Dans le cadre des commandes de 5 pièces et plus par ligne, des formules de calcul complémentaires ont été élaborées pour établir une marge plafonnée.

267. Une distinction était opérée entre produit coûteux et non coûteux,[184] *la règle générale étant que, tant pour les produits coûteux que non coûteux, la marge des parties ne pouvait excéder 5,1% du prix pharmacien.* [185]

268. Pour les produits non coûteux, les formules de calcul du plafond étaient les suivantes :

Pour un volume de commandes compris entre 5 et 10 pièces par ligne, le plafond est calculé de la manière suivante : [CONFIDENTIEL]

Pour un volume de commandes de plus de 10 pièces par ligne, le plafond est calculé de la manière suivante : [CONFIDENTIEL]

269. Pour les produits coûteux, les formules de calcul du plafond étaient les suivantes :

Pour un volume de commandes compris entre 5 et 10 pièces par ligne, le plafond est calculé de la manière suivante : [186] [187][CONFIDENTIEL]

Pour un volume de commandes de plus de 10 pièces par ligne, le plafond est calculé de la manière suivante : [CONFIDENTIEL]

270. Enfin, pour ce qui concerne les matières premières, CERP et les autres parties ont conservé la marge de 9% sur le prix pharmacien.

271. Par la suite, des discussions ou des échanges ponctuels ont eu lieu. Ils ont porté en particulier sur la manière concrète de calculer les marges.

272. Ainsi, dans un document daté du 18 juin 2006, des simulations ont été fournies, par d'autres parties, à CERP indiquant que le prix de base à prendre en compte pour le calcul de la marge de 5,1% des grossistes répartiteurs, était le prix pharmacien.[188]

273. De même, on constate que les parties se sont réunies avec le laboratoire pharmaceutique Arseus. Lors de cette réunion, des discussions concernant les modalités de calcul de la rémunération des TO ont eu lieu.[189]

---

183 «[CONFIDENTIEL]» Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], p.8.

184 La distinction entre produits coûteux et non coûteux suivait celle mise en place par des Arrêtés ministériels de 20 mars 2001 et 12 aout 2005 qui étaient en vigueur en 2006. Au moment de la création des formules décrites, les « produits coûteux » étaient ceux dont le prix grossiste (prix ex usine) dépassait 16,56€ tandis que les « produits non coûteux » étaient ceux dont le prix se situait en deçà.

185 Docs [CONFIDENTIEL] et II-012.

186 [CONFIDENTIEL]

187 [CONFIDENTIEL] Doc KDV5

188 Voir doc [CONFIDENTIEL].

189 Voir p.15 du doc [CONFIDENTIEL], document de présentation pour une Réunion Grossistes le 28 avril 2008 et réponse [CONFIDENTIEL] question 40b2.

ii) Autres conditions commerciales

274. CERP et les autres parties se sont également concertées sur la compensation qui leur était due par les laboratoires pharmaceutiques.

275. Il existe en effet une particularité dans le système des TO. Le laboratoire accorde régulièrement une remise aux pharmaciens calculée sur le prix pharmacien.

276. Or, dans le cadre des TO, pour livrer ces produits au pharmacien, le grossiste répartiteur doit les prélever dans le stock qu'il a constitué dans le cadre de son activité classique de grossiste répartiteur. Aucun achat spécifique n'est effectué par les grossistes pour les TO qui prendrait en compte les remises accordées par les laboratoires.

277. Comme il arrive que le prix après l'éventuelle remise accordée par le laboratoire pharmaceutique soit inférieur au prix de gros auquel les parties avaient acheté ces produits, le manque à gagner devait donc être compensé[190].

278. Cette spécificité a fait l'objet de discussions entre parties qui se sont concertées pour retenir la note de crédit comme moyen de remboursement à utiliser ainsi que sur les différents aspects pratiques de ce choix.

279. CERP et les autres parties ont ainsi décidé que la compensation se ferait via des notes de crédit des laboratoires dans les 30 jours suivant la fin du mois de la livraison des produits pharmaceutiques :[191]

« [CONFIDENTIEL]*"* [192][193]

280. Les modalités pratiques des notes de crédit, telles que la méthodologie de calcul[194], faisaient également l'objet de la concertation entre les parties:[195]

«[CONFIDENTIEL]». [196]

Traduction libre :

« [CONFIDENTIEL] »

iii) Contenu des prestations dans le cadre des Transfer Orders

281. La concertation entre CERP et les autres parties concernant le système des Transfer Orders a également porté sur les prestations effectuées dans le cadre des TO.

282. [CONFIDENTIEL][197] [198] *ont précisé que les prestations dans le cadre des TO ont été déterminées de manière commune. CERP et les autres parties ont ainsi décidé de prendre en charge l'ensemble de la*

---

190 « *[CONFIDENTIEL]*», déclaration de clémence de[CONFIDENTIEL], page 10.
191 Voir les docs [CONFIDENTIEL], AK 14, [CONFIDENTIEL], DVW 23, DVW14, II-12, I-284.
192 Document du Groupe de travail Transfer Orders du 12 janvier 2004 (date écrite en manuscrit), doc [CONFIDENTIEL]
193 *«* [CONFIDENTIEL] *».*
Traduction libre *: «* [CONFIDENTIEL]*»*, PV du conseil d'administration de l'ANRG du *13* janvier 2004, doc. [CONFIDENTIEL]
194 La manière de calculer les notes de crédit est mentionné dans les documents de présentation des services de TO :
« *Note de crédit*
*Le Coût + (Quantité*Prix grossiste)-(Quantité*prix facturé)* », [CONFIDENTIEL], I-284, II-012, [CONFIDENTIEL] .
195 « [CONFIDENTIEL] » déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] point 3.1 page 4
196 Mail du 1 septembre 2005 de [CONFIDENTIEL]à [CONFIDENTIEL] et CONFIDENTIEL], doc [CONFIDENTIEL].
197 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] p. 13.
198 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] point 2.1 et point 3.1».

logistique nécessaire à la gestion des commandes des produits pharmaceutiques concernés, y compris la facturation.

«[CONFIDENTIEL]»[199]

«[CONFIDENTIEL]»[200]

283. De même, les parties ont décidé qu'en plus des produits pharmaceutiques, elles prendraient également en charge la distribution de displays[201] *dans le cadre des Tranfer Orders.*[202]

284. Les parties, dans la mesure où le système des transfer Orders reposait sur la volonté d'avoir des commandes importantes, ont également convenu de ne pas faire de livraison échelonnée : [203]

[CONFIDENTIEL]». [204] [205]

285. Enfin, les parties ont convenu d'une politique de non-retour des produits pharmaceutiques.

286. Ceci a été rappelé dans le cadre d'une réunion ANGR du 10 février 2004 : « Rappel : les grossistes n'acceptent pas de retours des « Transfer orders ».[206]

iv) Les échanges entre les parties concernant les laboratoires souhaitant recourir au système de Transfer Orders

287. Lors des réunions d'acheteurs, des informations relatives aux démarches des laboratoires souhaitant passer par le système des TO étaient échangées entre les parties, dont CERP.[207]

288. CERP et les autres parties s'informaient de la date à partir de laquelle les TO avec le laboratoire débuteraient.[208]

289. La décision d'accepter un laboratoire dans le système des TO était une décision commune des parties.[209]

b) Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

290. CERP fait valoir aux paragraphes 29, 43 et 46 de ses observations que la marge de 5.1% sur laquelle les grossistes répartiteurs se sont entendus est une marge maximale qui permet à chaque grossiste répartiteur de librement convenir avec le laboratoire d'une marge dans la limite de cette marge maximale : « Il a aussi été convenu de limiter la marge du grossiste-répartiteur à un niveau maximum de 5,1%, significativement inférieur à la marge maximale légale de 13.1%. Il s'agissait d'une marge maximale. Chaque grossiste-répartiteur était libre de convenir avec le laboratoire pharmaceutique d'une marge inférieure », « les marges pour les prestations

---

199 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] p. 14 et rapport du groupe de travail TO du 12 janvier 2004 ([CONFIDENTIEL])qui stipule « [CONFIDENTIEL]» ainsi que des présentations du service des TO (docs [CONFIDENTIEL], I-284, II-012) qui mentionnent que les coûts des TO concernent *« les stocks dans tous les points de vente (niveau de stock supérieur à 1.5 mois), le transport dans les 24 heures, la facturation et le suivi ».*

200 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] point 2.1.

201 Les displays sont des présentoirs ou de la publicité, réponse de [CONFIDENTIEL], question 8.

202 KDV 3 et Voir compte rendu de la réunion de grossistes du 2 octobre 2007, doc[CONFIDENTIEL] .

203 Voir document du 28 juin 2006[CONFIDENTIEL]) transmis à [CONFIDENTIEL]dans lequel est précisé [CONFIDENTIEL]», doc KDV 5.

204 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], p 8.

205 Voir documents KDV5 et [CONFIDENTIEL].

206 Doc I-321.

207 Voir [CONFIDENTIEL] concernant le point 3 ; annexe B et le point 6 « ACA Pharma » et annexe D ; [CONFIDENTIEL], point 12 ; doc I-273 concernant les laboratoires Heel en VSM, voir aussi déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] concerant la réunion d'acheteurs du 4/4/03 ([CONFIDENTIEL]) *« [CONFIDENTIEL] ».*

208 Voir par exemple les docs I-274 et I-273, perquisition [CONFIDENTIEL].

209 Voir le doc [CONFIDENTIEL] concernant Patch Pharma .

TO convenues entre les grossistes-répartiteurs étaient des marges maximales », « la marge de 5.1% était uniquement une marge maximale qui permettait aux parties de convenir d'une marge plus faible » et « le taux de 5.1 n'est qu'un maximum et que les grossistes-répartiteurs sont libres d'appliquer un taux inférieur ».

291. CERP déclare également que la marge de 5.1% perçue par les grossistes répartiteurs pour la vente des produits TO est calculée à partir du prix « All in ».

c) Analyse de l'auditeur

- *Sur le caractère plafonné de la marge des grossistes répartiteurs relative aux TO*

292. L'auditeur conteste formellement la tarification des TO telle que présentée par CERP.

293. L'auditeur renvoie aux points 238 à 270 supra qui reprennent l'explication détaillée de la tarification convenue entre les parties relative aux TO pour la période d'avril 2003 à juin 2006 et pour la période post juin 2006.

294. L'auditeur rappelle toutefois que la tarification applicable jusqu'en juin 2006 était une tarification où n'ont été définis que des pourcentages sur le prix pharmacien. Ces pourcentages ont été définis à partir des marges maximales des grossistes répartiteurs telles que définies par les pouvoirs publics dans le cadre de la répartition classique. La marge légale maximale de 13.1% appliquée en 2003 pour les produits remboursables dans le cadre de la répartition classique a servi de point de départ pour définir le pourcentage dans le cadre des TO. Ainsi, pour les médicaments en général, un pourcentage fixe a été défini selon le nombre de produits par ligne de commande (8.1% ou 5.1% sur le prix pharmacien).

295. Pour les matières premières, ce pourcentage a été fixé à 9 % du prix pharmacien (la marge légale maximale pour ces produits en répartition classique était de 18 %).

296. Enfin, pour les médicaments génériques, une tarification particulière a été mise en place et a varié selon qu'il s'agissait de produits coûteux ou non, mais un pourcentage fixe a été défini pour les produits non coûteux[210]. La seule exception à l'application d'un pourcentage concerne les médicaments génériques coûteux pour lesquels un montant forfaitaire a été convenu entre les grossistes répartiteurs.

297. Pour la tarification post juin 2006, les adaptations de la tarification de 2003 ont été décidées par les parties, suite à des pertes de laboratoires pharmaceutiques travaillant avec les TO, ou pour convaincre des laboratoires pharmaceutiques de travailler avec les TO. Cette adaptation de la tarification a nécessité un certain nombre d'échanges entre les parties.

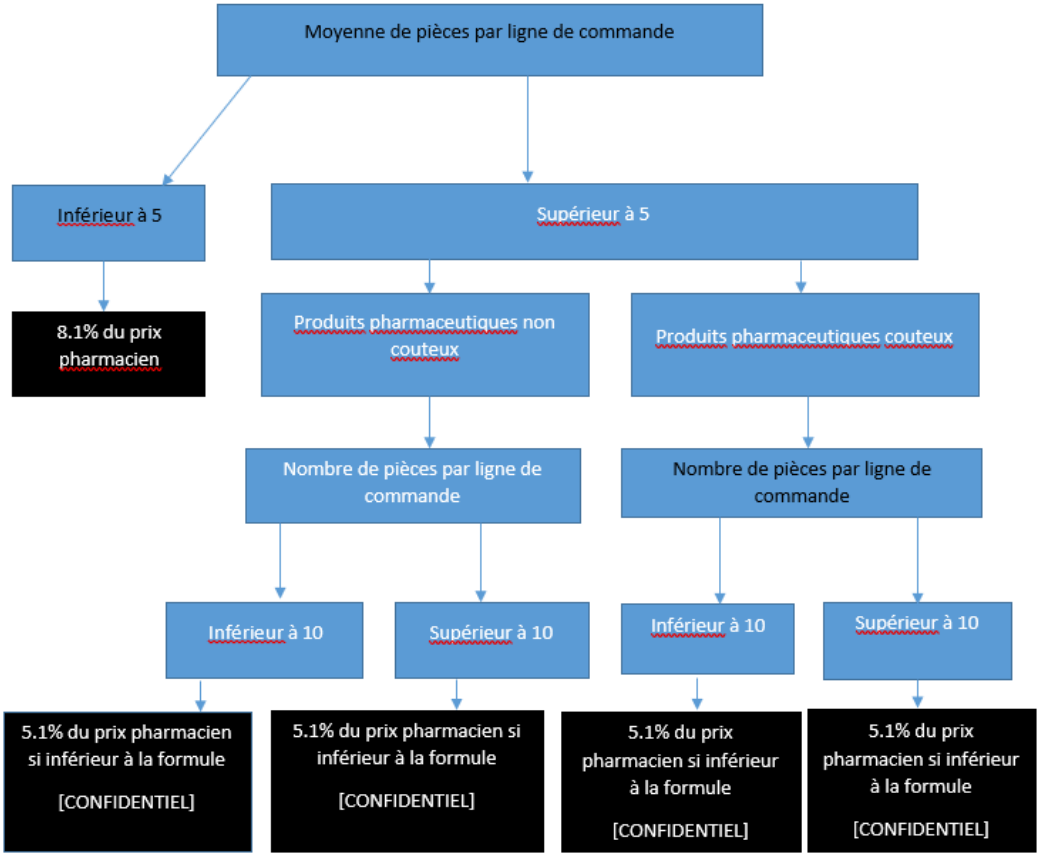
298. Le schéma[211] ci-dessous reprend les principes de la tarification pour l'ensemble des produits pharmaceutiques, à l'exception des matières premières pour lesquelles le pourcentage de 9 % a été conservé. Les formules sont des formules très précises et les éléments de ces formules ressortent soit de données issues de la réglementation pour la répartition classique (comme pour la tarification avant juin

210 Le pourcentage à appliquer s'est basé sur la marge moyenne pondérée des ventes des produits de chaque laboratoire pharmaceutique.

211 Comme le montre ce schéma, la tarification adaptée en 2006 a effectivement prévu que, lors du calcul de la rémunération des grossistes répartiteurs pour les TO, il y avait lieu d'appliquer la formule correspondant au cas de figure concerné par la commande, pour autant que l'application de cette dernière ne donne pas une rémunération qui soit supérieure à 5.1% sur le prix pharmacien. Dans un tel cas de figure, c'est le pourcentage de 5.1% sur le prix pharmacien qui est appliqué.

2006), ou de calculs également réalisés dans le cadre de la répartition classique et appliqués dans le cadre des TO (voir point 268 supra).

299.



300. L'auditeur reconnait (et renvoie d'ailleurs au point 266 supra) que, de manière générale, dans le cadre des commandes supérieures à 5 produits par ligne, la marge des parties ne peut excéder 5.1% du prix pharmacien. C'est donc une marge, certes plafonnée, que les parties ont convenu, mais le choix du grossiste répartiteur est strictement limité soit à l'application de la formule adéquate, soit à l'application de ce taux maximum de 5.1%, si l'application de la formule entraine une rémunération supérieure à 5.1% du prix pharmacien.

301. En effet, il ressort de la déclaration faite par [CONFIDENTIEL]*dans le cadre de sa demande de clémence mais aussi des documents transmis par [CONFIDENTIEL] et* [CONFIDENTIEL][212] *dans le cadre de leur demande de clémence, que la tarification concertée entre les parties a consisté à définir soit un pourcentage, soit une formule (sur base de la quantité commandée et du prix des produits). Seul ce pourcentage ou cette formule devaient être appliqués « [CONFIDENTIEL] »[213] [214].*

212 Voir le doc ALL-in qui sont les slides de présentation de la tarification post juin 2006, telle qu'expliquée supra dans le schéma.
213 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page 11.
214 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page 14.

302. La tarification des TO est donc un système complexe dans le sens où ce dernier est basé sur le type de produits concernés et sur le nombre de produits qui sont commandés. Ce sont ces éléments qui déterminent la formule à utiliser. L'auditeur rappelle une nouvelle fois la règle établie dans la tarification des TO qui est la suivante : Le maximum de 5.1% du prix pharmacien est un plafond qui ne s'applique que si la formule adéquate à la commande TO concernée fournit un résultat qui va au-delà du plafond des 5.1% du prix pharmacien.

303. Le pourcentage maximal de 5.1% ne correspond donc absolument pas à un pourcentage qui peut varier au fil du temps ou au gré des « envies » des parties, comme le prétend CERP.

304. C'est d'ailleurs ce qui ressort des documents de présentation, utilisés par les parties pour présenter les conditions commerciales et le contenu des prestations dans le cadre des TO, qui suivent.

305. Ainsi les documents [CONFIDENTIEL] *ou II-012 mentionnent la règle générale applicable dans le cadre des commandes supérieures à 5 pièces par ligne, tant pour les produits coûteux que non coûteux : la marge ne peut excéder 5.1% du prix pharmacien. Est spécifiquement indiqué dans le document II-012 dans un premier slide :*

« Majorité des lignes ≥5 Pcs/ligne

Max. 5,1 % sur prix Ph.

- *Prix Ph. < 16,56 €*
- *Prix Ph. ≥16,56 € » .*

Aux slides suivants, sont reprises les formules (pour les produits coûteux et non coûteux et selon les commandes supérieures à 10 produits ou comprises entre 5 et 10 produits par ligne de commande) qui s'appliquent (pour autant que l'application de la formule adéquate n'entraine pas une marge supérieure à 5.1% du prix pharmacien).

306. Au surplus, comme l'auditeur l'a relevé au §206 de sa communication des griefs, l'instruction a montré que c'est ce pourcentage de 5.1% qui a été généralement appliqué (voir l'ensemble des preuves d'application de la tarification convenue mentionnées à section V.1.3.c A de la communication des griefs).

307. L'auditeur tient à faire remarquer que CERP n'a jamais déclaré, que cela soit dans sa demande de clémence [CONFIDENTIEL] *ou au cours de l'instruction, que la marge de 5.1% du prix pharmacien pour les TO constituait une marge maximale permettant aux grossistes répartiteurs d'appliquer librement un pourcentage dans cette limite maximale. CERP a au contraire déclaré «*[CONFIDENTIEL]*» et «*[CONFIDENTIEL]*».*

308. Prétendre, comme le fait CERP, qu'en raison de la règle générale de la tarification maximale de 5.1% du prix pharmacien, la tarification en deçà de cette limite est à l'entière discrétion de chaque grossiste répartiteur, est faux et remet en cause les faits tels que CERP les a décrits et transmis dans sa demande de clémence[215].

309. Pour finir, au point 46 de ses observations, CERP, pour démonter la liberté pour les grossistes répartiteurs d'appliquer une marge inférieure à celle convenue, déclare, sur base d'un mail interne de

215 Voir la section VII.3.1.f de la présente proposition de décision motivée.

CERP, que Febelco et Pharma Belgium auraient proposé de redistribuer une partie de leur marge relative aux TO « aux grands comptes ».

310. En plus de ce que l'auditeur a développé dans ce point sur la portée de la tarification convenue, l'auditeur souligne que CERP se fonde sur un document[216] n'évoquant que des rumeurs sur une éventuelle application par Febelco et Pharma Belgium d'une tarification pour les TO différente de celle déterminée par la concertation entre les parties. L'auditeur considère qu'il ne s'agit donc pas d'un document établissant la preuve que la tarification convenue permettait aux parties de déterminer librement une marge inférieure à celle convenue. Ceci n'est par ailleurs pas de nature à remettre en cause pour autant ni l'existence de l'infraction, ni la participation des autres parties à celle-ci.

- *Sur le montant utilisé pour calculer la marge de 5.1%*

311. L'auditeur conteste le fait que la marge de 5.1% perçue par les parties pour la vente des produits TO soit calculée à partir du prix « All in ».

312. Dans sa communication des griefs, l'auditeur a constaté que « De manière générale, la tarification concertée entre les parties correspondait à la marge que CERP et les autres parties voulaient obtenir et qui était calculée sur le prix pharmacien[217] des produits pharmaceutiques concernés »[218]. L'auditeur s'est notamment basé sur le document DVW 23[219]. A la ligne «marge à garder par le grossiste » de ce document, est effectivement repris comme montant sur lequel est appliqué le 5.1%, le chiffre d'affaires brut qui correspond au « prix pharmacien » multiplié par la quantité. Les montants utilisés montrent que ce prix pharmacien correspond bien au concept de « prix pharmacien » utilisé dans le secteur (cfr supra) et pas le prix payé All in (prix payé par le pharmacien, compte tenu de la remise du laboratoire).

313. L'auditeur souligne que cette méthode de calcul est celle qui a été expliquée par[CONFIDENTIEL][220] *mais aussi par CERP lui-même dans*[CONFIDENTIEL]. *En effet, à la question 9a de cette réponse, concernant des explications sur le document DVW 11, copié lors des perquisitions chez CERP, CERP a déclaré que la marge grossiste (qui correspond à la marge perçue par CERP à l'issue de la transaction TO) est calculée en appliquant le pourcentage de 5.1% sur le chiffre d'affaires brut. Ce chiffre d'affaires brut est défini par CERP comme étant le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé par CERP si l'opération s'était déroulée dans le cadre de l'activité traditionnelle de répartition et qui est calculé sur base du prix pharmacien multiplié par la quantité.*

d). Conclusion de l'auditeur

314. L'auditeur constate que la tarification convenue de manière concertée entre CERP et les autres parties correspond à une tarification qui fixait précisément la marge que ces dernières pouvaient obtenir dans le cadre des TO, et qui était plafonnée à 5.1% du prix pharmacien (et qu'il ne s'agit pas d'une tarification libre mais plafonnée à 5.1%).

---

216 Document II-003.

217 Dans le secteur pharmaceutique, à côté des concepts légaux de prix ex-usine et de prix public maximum, il est également fait usage du concept de « prix pharmacien ». Le prix pharmacien est le prix auquel le pharmacien achète le médicament auprès du grossiste ou du fabricant et se compose du prix ex-usine + marge légalement régulée des grossistes.

218 Voir le § 158 de la communication des griefs.

219 Document copié lors des perquisition chez CERP.

220 « [CONFIDENTIEL]», PV de la réunion [CONFIDENTIEL], point A.

315. L'auditeur conclut par ailleurs, que le calcul de cette tarification se base sur le « prix pharmacien » (au sens usuel du secteur) et pas sur le prix « All in ».

D L'application par les parties du contenu de la concertation

a) Position de l'auditeur dans la communication des griefs

316. Il ressort de l'instruction qu'une fois que CERP et les parties ayant transigé se sont mises d'accord sur les différents aspects décrits supra du système des Transfer Orders, elles ont appliqué pendant toute la durée de la pratique les termes de leur concertation.

317. Cela s'est en particulier traduit en pratique par une application assez généralisée par CERP et les autres parties d'une rémunération de 5,1% pour les Transfer Orders

318. Comme il a été décrit supra, l'application par les parties des conditions commerciales convenues a donné lieu à des échanges ponctuels entre elles.

319. Elle a également donné lieu à des présentations du système des TO par les parties.

320. Un document de présentation a été rédigé à cet effet par[CONFIDENTIEL] [221]. Ce document a été transmis aux autres participants à la pratique dont CERP. Les parties ont utilisé cette présentation, après des adaptations formelles[222] éventuelles, notamment lors de leurs échanges avec les laboratoires pharmaceutiques.[223]

« [CONFIDENTIEL] .»[224]

« [CONFIDENTIEL]*»[225]*

321. Les documents de présentation avaient pour objectif de fournir aux laboratoires pharmaceutiques un aperçu clair du système des Transfer Orders, en particulier des conditions commerciales.[226] Ils ont été utilisés par les parties lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires.[227]

b) Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

322. CERP est d'avis que les termes de la concertation n'auraient plus été appliqués systématiquement après 2010[228]. CERP s'appuie sur le contenu de la décision de concentration McKesson/Belmedis[229] qui évoque les accords d'exclusivité accordés par certains laboratoires pharmaceutiques à un grossiste répartiteur et sur des pièces du dossier d'instruction qui mentionnent une tarification différente de celle prévue dans le cadre de la concertation.

221*[CONFIDENTIEL]* .

222 Les adaptations ne concernent pas les termes de la concertation. Les adaptations apportées ont consisté par exemple en des précisions sur le contenu des services, ou à supprimer le logo du grossiste répartiteur concurrent (voir document II-012 et doc I-284).

223 Voir [CONFIDENTIEL] et la déclaration de cette dernière concernant *cette annexe, point 3.1 «[CONFIDENTIEL] ».*

224 *[CONFIDENTIEL]* ; déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]* et document TO 8.

225 Réponse de [CONFIDENTIEL], question 16.c.1.

226 « *Ce document [I-284 qui est une présentation du système des TO et principalement de ses conditions commerciales] visait à offrir aux laboratoires pharmaceutiques un aperçu clair et transparent du fonctionnement du système des ordres de transfert* », réponse de [CONFIDENTIEL]du 28 octobre 2019 à la demande de renseignements, question 18.
«*[CONFIDENTIEL]* »,. *[CONFIDENTIEL]*

227 « *[CONFIDENTIEL]* », déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
Voir aussi document II-012, et réponse de [CONFIDENTIEL] question 35 c relative au document [CONFIDENTIEL] : «[CONFIDENTIEL]*».*

228 Voir les points 32 et 46 des observations de CERP à la communication des griefs.

229 Décision n° ABC-2017-CC-13 du Collège de l'Autorité belge de la Concurrence du 20 avril 2017 – McKesson/Belmedis, §§ 329-330.

c) Analyse de l'auditeur

323. L'auditeur constate, d'une part, que les quelques éléments apportés par CERP pour soutenir que la pratique relative aux TO ne serait plus systématiquement appliquée après 2010 ne sont guère convaincants et, d'autre part, qu'ils ne suffisent pas à écarter une participation des parties à la pratique jusqu'au 21 novembre 2016 pour CERP et [CONFIDENTIEL] *et jusqu'au 19 octobre 2016 pour*[CONFIDENTIEL].

324. S'agissant de la tarification plancher [CONFIDENTIEL] par [CONFIDENTIEL] *pour les commandes inférieure à 100 euros, CERP déclare lui-même dans le document (mail interne de CERP) être sceptique concernant la généralisation de cette tarification par [CONFIDENTIEL]. Il est par ailleurs utile de mentionner que ce mail de CERP date de 2014.*

325. S'agissant d'un montant de [CONFIDENTIEL]

326. Enfin, s'agissant des exclusivités ou semi exclusivités accordées par Omega et Sandoz, il ne s'agit que de l'initiative de deux laboratoires et cela ne démontre pas que CERP ou les autres parties n'appliquent plus aux autres laboratoires pharmaceutiques recourant aux TO, la tarification convenue. Par ailleurs, la mise en place de ces exclusivités ou semi exclusivités par ces deux laboratoires pharmaceutiques date respectivement de 2013 et 2014.

327. Enfin, la référence de CERP à l'un de ses mails internes[230] n'évoque, comme déjà indiqué supra, que des rumeurs sur une éventuelle application par Febelco et Pharma Belgium d'une tarification pour les TO différente de celle déterminée par la concertation entre les grossistes répartiteurs et uniquement pour ce qui concerne les « grands comptes ».

328. Ces éléments ne démontrent pas que CERP et les autres parties n'appliquent plus la tarification qui a été convenue de manière générale. Au mieux, cela montre que certains grossistes répartiteurs ont pu tricher, en ne respectant pas les termes convenus dans le cadre de la pratique relative aux TO pour en tirer un profit personnel [231].

d) Conclusion de l'auditeur

329. L'auditeur maintient sa position et considère que CERP et les autres parties ont appliqué pendant toute la durée de l'infraction les termes de leur concertation concernant la pratique relative auxTO.

V.1.3 Les éléments de preuve

330. Certains éléments de preuve ne concernent pas directement la participation de CERP. Ils ont été inclus parce qu'ils sont pertinents pour la présentation de l'entente à laquelle CERP a participé.

331. Comme décrit supra, la concertation entre CERP et les autres parties a eu lieu soit lors de réunions, soit lors d'échanges de mails. Des comptes rendus de ces réunions ont été établis. De même, des documents

---

230 Voir point 46 des observations de CERP à la communication des griefs.

231 Voir en ce sens la jurisprudence européenne , par exemple l'arrêt du Tribunal du 11 juillet 2019, Huhtamäki Oyj, Huhtamaki Flexible Packaging Germany GmbH & Co.KG contre Commission européenne, affaire T-530/15, point 118 *« Par ailleurs, une tricherie entre les membres d'une entente ne saurait infirmer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, même à supposer établi le fait que certains participants à l'entente parvenaient à tromper d'autres participants en transmettant des informations incorrectes et à utiliser l'entente à leur profit, en ne la respectant pas, l'infraction commise n'est pas éliminée par ce simple fait (voir arrêt du 8 juillet 2008, Knauf Gips/Commission, T-52/03 »*.

de synthèse des discussions, des documents explicatifs et des documents de présentation ont été rédigés à différentes périodes de la concertation.

V.1.3.a Les éléments de preuve relatifs aux réunions entre les grossistes répartiteurs

332. Comme il a été décrit supra et afin de coordonner la mise en œuvre du système des Transfer Orders, les parties se sont réunies à différentes reprises et dans diverses circonstances.

333. Les éléments de preuve des réunions sont les suivants:

334. ([CONFIDENTIEL]*) Le 4 avril 2003, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez[CONFIDENTIEL] . Lors de cette réunion la rémunération relative aux TO a notamment été discutée.*

335. ([CONFIDENTIEL]*) Le 12 janvier 2004, des représentants de CERP, [CONFIDENTIEL] ont dans le cadre du groupe de travail TO discuté de la tarification des Transfer Orders et de certaines modalités de mise en œuvre (prise de décision commune par rapport au profil du laboratoire et donc du pourcentage (5,1 ou 8,1%) à appliquer pour les prestations dans le cadre des Transfer Orders).*

336. ([CONFIDENTIEL]*) Le 13 janvier 2004, des représentants de [CONFIDENTIEL] (le représentant de CERP est mentionné comme membre absent excusé) ont discuté du développement du système des Transfer Orders, de la tarification des Transfer Orders et des modalités pratiques relatives à la compensation à verser aux grossistes répartiteurs.*

337. (I-321) Le 10 février 2004, des représentants de CERP, [CONFIDENTIEL] ont discuté de la tarification des Transfer Orders et des prestations non inclues dans les Transfer Orders (pas de retour des médicaments).

338. ([CONFIDENTIEL]*) Le 7 décembre 2004, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis. Lors de cette réunion, la rémunération relative aux TO pour certains laboratoires a notamment été discutée.*

339. ([CONFIDENTIEL]*) Le 18 mai 2005, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez [CONFIDENTIEL] . Lors de cette réunion, une présentation d'une étude sur les TO a été présentée et des discussions portant sur la rémunération relative aux TO des médicaments génériques ont eu lieu.*

340. ([CONFIDENTIEL]*) Le 9 septembre 2005, les responsables des achats [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez [CONFIDENTIEL] . Lors de cette réunion, la rémunération relative aux TO a notamment été discutée.*

341. ([CONFIDENTIEL]*) Les 14 et le 19 septembre 2005, les responsables des achats de [CONFIDENTIEL] se sont rencontrés chez respectivement[CONFIDENTIEL] . L'objet des réunions avait trait à la tarification des Transfer Orders et à l'impact de cette tarification sur les laboratoires pharmaceutiques susceptibles de recourir ou non aux Transfer Orders.*

342. ([CONFIDENTIEL]*) Le 11 octobre 2005, des représentants de [CONFIDENTIEL] ont discuté de la tarification des Transfer Orders pour les médicaments génériques et les médicaments coûteux.*

343. ([CONFIDENTIEL] *et I-273) Le 6 décembre 2005, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez[CONFIDENTIEL] . Lors de cette réunion la rémunération relative aux TO de GSK a été discutée, ainsi que les dates à partir desquelles les laboratoires Sigma TAU et Viatris pourraient débuter les TO.*

344. ([CONFIDENTIEL]*) Le 10 mars 2006, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis au siège du laboratoire pharmaceutique Zambon et ont présenté au laboratoire pharmaceutique Topgen la méthode de calcul commune de leur rémunération pour les Transfer Orders afin d'établir les notes de crédit.*

345. (I-274) Le 4 septembre 2006, les responsables des achats de [CONFIDENTIEL] se sont réunis. Ils ont discuté du probable passage par le système des TO de GSK et de la date à partir de laquelle le laboratoire Versale débuterait les TO.

346. ([CONFIDENTIEL]*) Le 2 octobre 2007, les responsables achats de [CONFIDENTIEL] se sont réunis et ont présenté au Laboratoire Wyeth le système des Transfer Orders en y précisant les principes communs à l'ensemble des parties.*

347. ([CONFIDENTIEL]*) Le 28 avril 2008, CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis*[232] *avec les laboratoires Fagron, Aca Pharma et Certa. L'objet de la réunion concernait l'« optimisation de la méthodologie de calcul et de remboursement des remises suite aux Transfer Orders ».*

348. [CONFIDENTIEL]*) Le 16 juin 2008, les responsables achats de [CONFIDENTIEL] se sont réunis. Lors de cette réunion, des échanges relatifs à la future réunion avec Kela concernant les TO ont eu lieu.*

349. (I-006) Le 21 avril 2009, les responsables des achats de [CONFIDENTIEL] se sont réunis. Lors de cette réunion, des discussions relatives aux pourcentage de TO réalisés par plusieurs laboratoires pharmaceutiques (Will Pharma, Omega Pharma, et Aca Pharma) ont eu lieu.

350. ([CONFIDENTIEL]*, I-038 et I-034) Le 15 janvier 2013, des représentants de [CONFIDENTIEL] se sont réunis avec le laboratoire Mylan, pour une réunion dont l'objet était « Hoe samenwerken via Transferorders ».*

351. (I-030,[CONFIDENTIEL]*) Le 19 mars 2014, les responsables des achats de CERP, [CONFIDENTIEL] se sont réunis.*[233] *L'objet de la réunion concernait la rémunération des TO pour les commandes de moins de 5 pièces par ligne et la rémunération relative au display.*

V.1.3.b Les éléments de preuve de la concertation

A/ Concertation relative à la tarification concernant les Transfer Orders

i) Les déclarations dans le cadre de la clémence de CERP

352. Dans le cadre de sa demande de clémence du[CONFIDENTIEL]*,*[234] *CERP a déclaré à plusieurs reprises s'être concerté avec* [CONFIDENTIEL] *au sujet des Transfer Orders:*

- *«* [CONFIDENTIEL][235]*»*[236]
- *«* [CONFIDENTIEL]*»*[237]

232 Ces documents ont été transmis par [CONFIDENTIEL] dans le cadre de sa demande de clémence. Dans sa réponse [CONFIDENTIEL], à la question 40b, [CONFIDENTIEL] déclare qu'ont participé à cette réunion pour les grossistes répartiteurs « [CONFIDENTIEL]».

233 Monsieur *[CONFIDENTIEL]* a envoyé des invitations à Messieurs [*[CONFIDENTIEL]* (CERP) pour une réunion prévue le 19 mars 2014. Le 12 février 2014, Messieurs *[CONFIDENTIEL]* (CERP) et *[CONFIDENTIEL]* ont accepté de participer à cette réunion ; voir respectivement docs [CONFIDENTIEL].

234 Les documents joints à demande de clémence sont traitées dans les sections qui suivent.

235 CERP a précisé par un mail [CONFIDENTIEL] que «[CONFIDENTIEL] »

236 Réponse de CERP du [CONFIDENTIEL], point 16 a.

237 Réponse de CERP du *[CONFIDENTIEL*], point 1

- « [CONFIDENTIEL] »[238]
- « [CONFIDENTIEL]»[239]
- « [CONFIDENTIEL]»[240]

353. *Dans sa déclaration complémentaire du* [CONFIDENTIEL] *et dans sa réponse du*[CONFIDENTIEL]*, CERP a précisé que la concertation avait débuté en 2003.*

- «[CONFIDENTIEL]»[241]
- « [CONFIDENTIEL]»[242]

ii) Les déclarations dans le cadre de la clémence de [CONFIDENTIEL]

354. *Dans sa déclaration de clémence, comme dans ses réponses aux différentes demandes de renseignements de l'auditeur dans le cadre de la demande de clémence*[243]*,* [CONFIDENTIEL]*a déclaré à plusieurs reprises s'être concerté avec CERP,* [CONFIDENTIEL]*au sujet des Transfer Orders:*

« [CONFIDENTIEL]» [244]
« [CONFIDENTIEL »[245]

355. [CONFIDENTIEL]*précise que les parties impliquées dans la pratique en cause sont,* [CONFIDENTIEL] *CERP et*[CONFIDENTIEL]*.*[246]

iii) Les déclarations dans le cadre de la clémence de [CONFIDENTIEL]

356. *Dans sa déclaration de clémence,* [CONFIDENTIEL]*a déclaré à plusieurs reprises s'être concertée avec CERP et* [CONFIDENTIEL]*au sujet des Transfer Orders:*

« [CONFIDENTIEL] »[247]
« [CONFIDENTIEL] »[248]*.*

iv) Documents transmis par les parties ou copiés lors des perquisitions

a) Preuves de la concertation entre les parties sur la tarification des TO avant 2006

357. *([CONFIDENTIEL]) Le 4 avril 2003, les responsables des achats de CERP (*[CONFIDENTIEL]*),* [CONFIDENTIEL] *se sont réunis. Le compte rendu de la réunion fait état d'une discussion notamment sur la rémunération relative aux TO qui devrait être fonction des prestations effectuées.*

« [*[CONFIDENTIEL] »*

238 Déclaration de clémence de CERP [CONFIDENTIEL], point 3.2 page 9.
239 Réponse de CERPdu [CONFIDENTIEL], point 8.
240 Réponse de CERP du [CONFIDENTIEL], point 3.b.
241 Mail de CERP [CONFIDENTIEL].
242 Réponse de CERP du [CONFIDENTIEL] question 8.a.
243 Les documents joints à demande de clémence sont traitées dans les sections qui suivent.
244 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
245 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
246 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]* et éléments de preuve accompagnant la demande de clémence (voir par exemple le doc *[CONFIDENTIEL]*).
247 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
248 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

358. ([CONFIDENTIEL]) Un document interne de l'ANGR daté du 4 décembre 2003 mentionne différents points relatifs à la tarification des TO pour les médicaments non génériques, notamment une tarification différente (5,1% ou 8,1%) selon le nombre de pièces à distribuer:

« [CONFIDENTIEL]».

Ce document traite également du cas exceptionnel des médicaments génériques et plus précisément du mode de calcul de la rémunération des grossistes répartiteurs pour ce type de médicament:

«[CONFIDENTIEL]»

359. ([CONFIDENTIEL]) Le 12 janvier 2004, des représentants de CERP, ([CONFIDENTIEL]*), [CONFIDENTIEL] se sont rencontrés dans le cadre du groupe de travail TO.*

Le compte rendu du groupe de travail TO fait état de leurs discussions et de leur position sur la tarification des Transfer Orders d'une part pour les médicaments non génériques, (tarification qui varie selon le nombre de pièces par ligne), et d'autre part pour les médicaments génériques:

« [CONFIDENTIEL] »

360. (I-321) Le rapport du Conseil d'administration de l'ANGR du 10 février 2004 mentionne une discussion à propos d'une proposition du groupe de travail TO concernant une adaptation de la tarification applicable aux médicament génériques coûteux. Une proposition est faite qui accorderait une remise différente selon le nombre de produits commandés.

361. (I-314 à I-320) Les propositions d'offres de prix faites par [CONFIDENTIEL] aux pharmaciens entre le 28 mai 2004 et le 15 septembre 2004 reprennent la teneur de la concertation entre les parties concernant la tarification des TO. En effet, il est stipulé que pour les « commandes Labos»[249] « les ventes « via grossistes » se font avec une marge Alpha de 5.1% en conformité avec l'accord cadre de l'ANGR Association nationale des Grossistes Répartiteur »

362. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu d'une réunion des responsables des achats du 7 décembre 2004, à laquelle étaient présents CERP, [CONFIDENTIEL] , fait état d'une part de la décision unanime prise par les parties concernant la rémunération « provisoire » de Patch Pharma, à savoir l'application de la marge de 8,1% avec la possibilité d'adaptation, et d'autre part, de discussions concernant la rémunération ad hoc des TO dans le cadre de l'action spéciale du laboratoire Novartis et pour les TO relatif au thermomètre frontal d'Omega.

- *« [CONFIDENTIEL]» ;*
- *« [CONFIDENTIEL] »;*
- *« [CONFIDENTIEL] »*

Traduction libre:

- *« [CONFIDENTIEL]» ;*
- *« [CONFIDENTIEL]» ;*
- *« [CONFIDENTIEL]».*

249 « Les commandes Labos » correspondent aux Transfer Orders.

363. (I-294) Un document interne de [CONFIDENTIEL] intitulé « Comparatif des offres des grossistes répartiteurs » créé le 8 septembre 2003 et révisé la dernière fois le 30 juin 2005, fait état de l'accord sur la tarification des TO entre les parties, puisque pour la remise relative aux commandes déléguées (soit les TO), tant notamment pour CERP, [CONFIDENTIEL] , il est précisé que « Tous les grossistes s'entendent à accorder la même remise de 8% » soit donc une rémunération de 5,1% .[250]

364. ([CONFIDENTIEL]) Lors d'une réunion des responsables des achats du 18 mai 2005, réunissant [CONFIDENTIEL] *(CERP), [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] propose une étude relative aux Transfer Orders des médicaments génériques. Les parties envisagent, dans un premier temps, une rémunération des TO pour les médicaments génériques avec marge normale de 5,1% :*

« [CONFIDENTIEL]».

365. ([CONFIDENTIEL]) Un email du 22 août 2005 de [CONFIDENTIEL] *envoyé à* [CONFIDENTIEL] *[CONFIDENTIEL] ainsi qu'à* [CONFIDENTIEL] *du Laboratoire pharmaceutique Pannoc dans lequel est indiqué à ces grossistes répartiteurs que [CONFIDENTIEL] ont discuté avec Pannoc et se sont mis d'accord sur la rémunération pour les TO réalisés avec ce laboratoire, les grossistes limitant leur contribution (donc leur réduction par rapport à la marge maximale légale) à 5% (soit une rémunération de 8,1%)*[251]*. Il est indiqué que le laboratoire leur enverra tous les détails. Il est également mentionné qu'une évaluation sera faite après la période d'introduction (période de trois mois) et que la contribution pourrait être révisée à 8% :*

« [*[CONFIDENTIEL]»*

366. ([CONFIDENTIEL]) Un email du 1er septembre 2005 de [CONFIDENTIEL]*au laboratoire MSH par lequel [CONFIDENTIEL] transmet un fichier à titre d'exemple pour expliquer la manière de calculer les notes de crédit pour la rémunération des Transfer Orders. [CONFIDENTIEL] précise le coût à charge du grossiste soit 5% et donc une rémunération de 8,1%*[252] *qui est appliquée au laboratoire MSH.*

Ce mail est également envoyé en copie à [CONFIDENTIEL] , [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL]

367. ([CONFIDENTIEL]) Un compte rendu de la réunion du 9 septembre 2005 des responsables des achats à laquelle ont assisté [CONFIDENTIEL]*, dans lequel sont présentées:*

- *la tarification en vigueur pour les médicaments non génériques et génériques :*

  « [CONFIDENTIEL]»

- *ainsi que l'adaptation de la tarification pour les médicaments génériques :*

  « [CONFIDENTIEL]»

250 La marge légale des grossistes pour la distribution des médicaments non remboursables est de maximum 13.1% du prix pharmacien (voir supra section IV.1.3 Cadre réglementaire). La remise est la partie de la marge légale (13.1%) auquelle les grossistes renoncent. La différence entre la marge légale et la "remise" accordée par les grossistes répartiteurs constitue la rémunération de ces derniers pour la gestion des TO. En appliquant une remise de 8% de leur marge habituelle, la rémunération des grossistes répartiteurs s'élève donc à 5.1% du prix pharmacien.

251 La marge légale des grossistes pour la distribution des médicaments non remboursables est de maximum 13.1% du prix pharmacien. En appliquant une remise de 5% de leur marge habituelle, la rémunération des grossistes répartiteurs s'élève donc 8.1% du prix pharmacien.

252 La marge légale des grossistes pour la distribution des médicaments non remboursables est de maximum 13.1% du prix pharmacien. En appliquant une remise de 5% de leur marge habituelle, la rémunération des grossistes répartiteurs s'élève donc 8.1% du prix pharmacien.

368. *([CONFIDENTIEL]) Ce document du 28 octobre 2005 rédigé de manière commune par [CONFIDENTIEL] mentionne notamment la tarification commune actuelle pour la gestion des TO selon qu'il s'agit des produits OTC, des matières premières et des médicaments génériques chers ou non chers.*

369. *([CONFIDENTIEL]) et ([CONFIDENTIEL]) Il ressort de la suite d'emails de ces documents que des informations sur la future tarification des TO pour les médicaments génériques des laboratoires Sandoz et Bexal ont été échangées entre CERP, [CONFIDENTIEL] .*

Dans son email du 9 novembre 2005, [CONFIDENTIEL] *propose à* [CONFIDENTIEL]*, d'harmoniser la rémunération des TO pour les médicaments génériques de Sandoz et de Bexal.*
[CONFIDENTIEL] demande aux autres grossistes répartiteurs de confirmer s'ils sont d'accord avec cette proposition et précise que leur décision sera transmise à CERP :

«[CONFIDENTIEL]. »

En réponse, [CONFIDENTIEL] *propose d'appliquer directement la tarification adaptée pour les génériques soit 5,1% . Il précise qu'actuellement les laboratoires Bexal et Sandoz paient 7%.*

« [CONFIDENTIEL]»

Le 14 novembre, [CONFIDENTIEL] propose, si la nouvelle tarification s'applique à Sandoz, de l'étendre aussi à d'autres laboratoires :

«[CONFIDENTIEL] » ([CONFIDENTIEL])

L'email de Monsieur [CONFIDENTIEL] *de Sandoz du 24 novembre 2005 à* [CONFIDENTIEL] *montre que la rémunération à 5,1% a été acceptée de manière commune par les parties :*

« [CONFIDENTIEL]» ([CONFIDENTIEL])

370. *([CONFIDENTIEL]et I-273) L'email du 1 décembre 2005 adressé à Messieurs* [CONFIDENTIEL] [CONFIDENTIEL] *(CERP) et [CONFIDENTIEL] qui confirme la réunion des directeurs d'achats du 6 décembre 2005.*

Dans ce mail est mentionné que lors de la réunion, [CONFIDENTIEL] *fera un point concernant les remises pour les TO ([CONFIDENTIEL]).*
Lors de cette réunion où étaient présents [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL] *, et* [CONFIDENTIEL] *, a effectivement été abordée en pratique la manière de calculer la rémunération des parties pour les TO. Dans le cadre des TO, certains grossistes répartiteurs appliquaient le pourcentage sur le prix pharmacien et d'autres sur le prix réduit (après remise du laboratoire. Les parties voulaient uniformiser la méthode de calcul concernant les TO. (I-273)*

371. *([CONFIDENTIEL]) Dans son discours prononcé lors de l'Assemblée générale de l'ANGR de 2005, le* [CONFIDENTIEL] *indique avoir travaillé début 2004 dans le groupe de travail TO qu'il codirige et auquel participe CERP,[CONFIDENTIEL] . Il indique que les conditions concernant les Transfer Orders ont été « protocolisées » et précise que des discussions sont en cours entre les responsables des achats des grossistes répartiteurs afin de développer davantage le système des TO:*

«[CONFIDENTIEL]».

372. ([CONFIDENTIEL]et KDV 7) Ces documents rédigés par CERP et datés de 2006 sont des présentations concernant principalement la tarification des Transfer Orders, en distinguant celle avant le 1er juin 2006 et la tarification applicable ensuite. Concernant la référence à la tarification appliquée avant 2006 (point « Ancienne situation » du document), le document reprend la tarification des médicaments OTC, des matières premières et des génériques coûteux et non coûteux.

373. ([CONFIDENTIEL]) Au cours d'une réunion grossistes du 10 mars 2006, à laquelle étaient présents CERP, [CONFIDENTIEL] , ainsi que le laboratoire Zambon, des discussions entre les parties ont eu lieu concernant la tarification des TO pour les produits du laboratoire Topgen. [CONFIDENTIEL] a présenté notamment ce qui se fait actuellement :

« [CONFIDENTIEL]»

374. ([CONFIDENTIEL]et KDV 5) Le document [CONFIDENTIEL]daté du 28 juin 2006, et rédigé par [CONFIDENTIEL] *rappelle la tarification avant 2006 (point « Vroegere situatie » du document). Le document [CONFIDENTIEL]a été transmis à CERP puisqu'il a été copié lors des perquisitionschez ce dernier.*[253]

b) Preuves de la concertation entre les parties portant sur la tarification adaptée des Transfer Orders

375. ([CONFIDENTIEL]) Un email du 22 août 2005 de [CONFIDENTIEL] *à* [CONFIDENTIEL] *, [dans lequel [CONFIDENTIEL] confirme la réunion des responsables des achats et transmet l'ordre du jour de la réunion du 9 septembre 2005. Le point 2 de l'ordre du jour concerne les Transfer Orders des médicaments génériques. Deux solutions pour ce type de médicaments sont mentionnées:*

- *soit travailler sur une solution complète (y compris les produits coûteux) tout en conservant les règles existantes ;*
- *soit introduire de manière proactive une marge de 5,1% dans une première phase. Un renvoi est fait aux laboratoires Topgen et éventuellement Eurogenerics.*

376. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion du 9 septembre 2005 des responsables des achats à laquelle ont assisté [CONFIDENTIEL] *, dans lequel est mentionnée la tarification en vigueur et dans lequel est formulée une nouvelle proposition de tarification.*

Cette réunion lance le travail de réflexion des grossistes répartiteurs sur l'adaptation de la méthode de tarification.[254] *([CONFIDENTIEL])*

377. ([CONFIDENTIEL]) L'email de [CONFIDENTIEL] *du 13 septembre 2005 envoyé à* [CONFIDENTIEL] *qui évoque les discussions sur la tarification des prix des TO :*

« [CONFIDENTIEL]»

Il est également fait état de nouvelles discussions sur ce point lors d'une réunion le lendemain :

« [CONFIDENTIEL]».

253 Voir doc KDV 5.

254 *« [CONFIDENTIEL]* voir doc *[CONFIDENTIEL].*

378. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion du 14 septembre 2005 entre [CONFIDENTIEL] *relative au « pricing Transfer Orders » qui précise quelques principes, dont notamment que :*

- *les TO s'appliquent à partir de 5 pièces ; pour les commandes moindres, un prix plus cher n'est pas anormal,*
- *le coût des TO des produits non chers ne doit pas être supérieur au coût des TO des produits chers.*

La réunion suivante est fixée pour le 19 septembre. Il est également prévu des discussions au sein de l'ANGR.

379. ([CONFIDENTIEL]) Le rapport du Conseil d'administration de l'ANGR du 11 octobre 2005 qui acte 2 points importants concernant les Transfer Orders. D'une part, est mentionnée la marge dans le futur pour les parties de 5,1% pour les médicaments génériques et d'autre part, est précisé que pour ce qui concerne les médicaments chers, il existe un accord sur la tarification :

« [CONFIDENTIEL]»
Le rapport ajoute qu'il y a une proposition de règlement plus détaillée qui est en cours d'élaboration et que [CONFIDENTIEL] *continuera de suivre les travaux du groupe de travail.*

380. ([CONFIDENTIEL], KDV 5 et KDV 7) Le document [CONFIDENTIEL]du 28 octobre 2005, dont les auteurs sont notamment [CONFIDENTIEL] *concerne la proposition*[255] *de nouvelle tarification des Transfer Orders. Ce document décrit la méthode actuelle de tarification des TO pour les médicaments OTC, les matières premières et pour les médicaments génériques. Les problèmes tarifaires concernant ces produits sont mentionnés et la proposition de la nouvelle méthode de calcul est expliquée.*

Le document[CONFIDENTIEL], daté du 28 juin 2006, au contenu assez similaire au document[CONFIDENTIEL], reprend le nouveau système de tarification (« Nieuwe werkwijze (vanaf 1 juni ») [256]*, les objectifs de la nouvelle tarification ainsi que la nouvelle méthode de calcul pour la tarification applicable à partir de juin 2006.*
Un tableau explicatif fournissant des exemples de tarification dans le cadre des TO selon le prix des produits concernés figure également dans ce document. Le tableau reprend le prix des TO pour des produits dont le prix pharmacien s'élève à 16,56€ (qui correspondait à l'époque au prix minimum des médicament chers), 22,5€ (qui correspondait à l'époque au prix moyen pharmacien des génériques chers qui faisaient l'objet de TO) et 40 € (prix d'un générique ou spécialité très coûteux).
Le document [CONFIDENTIEL] (sans le tableau explicatif) a été transmis à CERP puisqu'il a été copié lors des perquisitions chez ce dernier.[257]
De même, le tableau explicatif a également été transmis à CERP, puisqu'il figure en partie dans un document copié lors des perquisitions chez ce dernier.[258]

381. ([CONFIDENTIEL]et[CONFIDENTIEL]) L'email du 24 janvier 2006 de [CONFIDENTIEL] *à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *transmettant pour la prochaine réunion la liste des laboratoires avec lesquels*

255 Selon [CONFIDENTIEL], le document *[CONFIDENTIEL]*est le résultat des réunions qui ont eu lieu en septembre 2005 (voir docs *[CONFIDENTIEL]*) et « *[CONFIDENTIEL]* », réponse *[CONFIDENTIEL]*, questions 9 et 10.
256 « *[CONFIDENTIEL]* », déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*
257 Voir le document KDV 5 .
258 Voir le document KDV 7.

[CONFIDENTIEL] réalise des TO. Il demande qu'un contrôle approfondi soit réalisé et estime très important de coordonner cette information et de la mettre à jour.

Le document en annexe contient une liste de laboratoires. Pour les médicaments génériques, l'annexe mentionne une marge maximum de 5,1% et pour les médicaments chers il est déjà fait référence à l'une des formules plafond[259] (qui seront appliquées à partir du 1er juin 2006) : «[CONFIDENTIEL]» ([CONFIDENTIEL]).

382. ([CONFIDENTIEL]) Dans le cadre d'une réunion des grossistes le 10 mars 2006 avec le laboratoire Zambon où étaient présents Messieurs [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL]*, a été présentée[260], en particulier pour les produits coûteux, la méthode commune de calcul de la rémunération des TO:*

« [261] [CONFIDENTIEL]» ([CONFIDENTIEL])

383. ([CONFIDENTIEL], AK 14, II-012, I-284 et annexe 1 de la demande de clémence de [CONFIDENTIEL]*) Ces documents sont des présentations au contenu assez similaire concernant la tarification post 2006 applicable. Les parties les utilisaient principalement lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires[262].*

Comme il a été expliqué supra, il ressort de ces documents et des explications de [CONFIDENTIEL] que des présentations du système des TO ont été rédigées à différentes occasions et moments par [CONFIDENTIEL] , qui les a transmises aux autres grossistes répartiteurs. Ces derniers les ont eux-mêmes utilisées par la suite, après d'éventuelles adaptations formelles[263].

A propos du document[CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] précise avoir rédigé en 2006 « [CONFIDENTIEL] »[264]

[CONFIDENTIEL] *est une présentation des Transfer Orders au contenu pratiquement identique à celui du document[CONFIDENTIEL]. [CONFIDENTIEL] déclare que ce document a été créé par [CONFIDENTIEL] en 2006 et qu'il résulte [CONFIDENTIEL] visant à mettre en place une formule de rémunération uniforme[265].*

Le documents AK 14[266] est une convention de vente entre un laboratoire pharmaceutique et [CONFIDENTIEL] pour la période du 11 février 2013 au 10 février 2014. Une des annexes au contrat contient une présentation de la tarification des TO pratiquement identique à celle contenue dans le document[CONFIDENTIEL].

Le document [CONFIDENTIEL]est également une présentation au contenu pratiquement identique à celui du document [CONFIDENTIEL]. CERP déclare que ce document émane de Febelco[267].

Les deux documents II-012 et I-284 contiennent des présentations en version française de la tarification des TO. Le contenu de ces présentations est pratiquement identique au document[CONFIDENTIEL].

---

259 Voir supra.

260 « [CONFIDENTIEL] a présenté ce qui se fait et le projet », doc *[CONFIDENTIEL]*

261 Jusqu'en novembre 2007 Topgen appartenait à Zambon.

262 « *[CONFIDENTIEL]* », déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], page p15 et *« [CONFIDENTIEL] »* déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

263 Pour rappel, les adaptations ne concernent pas les termes de la concertation. Les adaptations apportées ont consisté par exemple en des précisions sur le contenu des services, ou à supprimer le logo du grossiste répartiteur concurrent (voir document II-012 et doc I-284 et [CONFIDENTIEL]).

264 *[CONFIDENTIEL]* et voir déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]*

265 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

266 Le document a été copié lors des perquisitions chez[CONFIDENTIEL].

267 Voir inventaire des pièces pour la demande de clémence de CERP ; « [CONFIDENTIEL]» et « [CONFIDENTIEL]. », réponse à la question 35 *[CONFIDENTIEL]*.

La présentation contenue dans le document II-012, document copié lors des perquisitions chez CERP, est une présentation PowerPoint rédigée à l'origine par [CONFIDENTIEL] pour une présentation le 8 décembre 2009 au laboratoire Hartmann. Figurent en effet sur la présentation le logo de[CONFIDENTIEL] , le nom du laboratoire Hartmann et la date du 8 décembre 2009.
Cette présentation a été par la suite utilisée par [CONFIDENTIEL] puisque le nom du fichier électronique contenant la présentation est intitulé «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx ».
Ce fichier «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx » contenant la présentation a été transmise à CERP qui l'a également utilisée pour une autre occasion puisqu'il l'a envoyée par mail du 28 mai 2015 au laboratoire Bailleul-Biorga.
La présentation contenue dans le document I-284 a été copiée lors des perquisitions chez Belmedis. Celle-ci a un contenu identique à celui dans le document II-012 ; le nom du laboratoire Hartmann ainsi que la date du 8 décembre 2009 figurent toujours dans le document. La seule différence réside dans le fait que le logo de [CONFIDENTIEL] a été supprimé et qu'une des pages dans le document II-012 est moins complète.
[CONFIDENTIEL] , à propos de ce document I-284, confirme qu'il a été rédigé par [CONFIDENTIEL] avec l'aide du groupe de travail TO.[268]

384. *(KDV 6 et KDV 8) Un email du 22 août 2006 du laboratoire Patch Pharma adressé à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [*et* [CONFIDENTIEL] *qui concerne des problèmes relatifs aux notes de crédit pour les Transfer Orders et la nouvelle méthode de calcul.*

A propos de ce dernier sujet, introduit par le titre « Concerne aussi les autres grossistes », il est précisé : « Il semble qu'il y ait actuellement entre les grossistes des discussions au sujet d'une nouvelle méthodologie de calcul du all in. Il est important dans le cadre de notre collaboration que vous puissiez trouver une méthodologie commune à tous les grossistes (Mauroy, Febelco, Pharma Belgium, Flandria, Aprophar, Cerp)[….]». (KDV 6)
Dans un mail du 25 août 2006 du laboratoire Patch Pharma adressé à [CONFIDENTIEL] *(CERP), le laboratoire pharmaceutique interroge CERP sur différents points concernant les TO. Il rappelle l'information que lui a transmise CERP quant à la tenue d'une future réunion avec les parties sur le « All in » et lui demande de discuter de ces questions avec ces derniers.*
En interne, dans un mail du 28 août 2006, [CONFIDENTIEL] *(CERP) fait suivre ce mail à Monsieur* [CONFIDENTIEL] *(CERP) et lui demande une réponse aux différents questions posées par le laboratoire afin d'en discuter lors des réunions des directeurs des achats les 4 et 12 septembre. (KDV 8)*

385. *([CONFIDENTIEL]) Il ressort de ce document que des échanges relatifs à la tarification ont eu lieu entre CERP, [CONFIDENTIEL]*

Le mail interne du 27 septembre 2006 adressé par [CONFIDENTIEL] *(CERP) à* [CONFIDENTIEL]*dont l'objet est «* [269] *[CONFIDENTIEL]», est un mail préparatoire destiné à* [CONFIDENTIEL] *et concerne la correction apportée par ce dernier au document transmis par CERP (« [CONFIDENTIEL]»)*[270]*.*

---

268 « *[CONFIDENTIEL] comprend que ce document, qui date d'il y a dix ans, a été rédigé par[CONFIDENTIEL] , avec l'aide du groupe de travail relatif aux ordres de transfert (ci-après, « groupe de travail TO »). Comme indiqué ci-dessous en réponse aux questions 24 à 30, le groupe de travail TO était composé des responsables des achats des grossistes-répartiteurs et se réunissait le plus souvent en présence des laboratoires pharmaceutiques.* », réponse à la ddr2, question 17.
269 « OL » signifie ordre laboratoire et correspond aux Transfer Orders. OL et TO sont donc des termes équivalents.
270 Document manquant. Le document KDV 7 est probablement une des versions du document transmis par CERP à [CONFIDENTIEL]. Il s'agit d'un document daté du 3 septembre 2008 (avec mention manuscrite « fait en 2006 ») dont le titre est intitulé « OL – Calcul de la marge ». Ce document reprend la structure des documents *[CONFIDENTIEL]*mais est rédigé en français.

Cette correction est relative à l'une des formules de la nouvelle tarification (formule pour les médicaments chers et pour des commandes au-delà de 10 pièces par ligne « [CONFIDENTIEL]».
Par un mail du 28 septembre 2006, [CONFIDENTIEL] *(CERP) adresse ce mail à* [CONFIDENTIEL] *et également à Messieurs* [CONFIDENTIEL]
En réponse, [CONFIDENTIEL] *leur explique via une équation pourquoi la correction qu'il a faite dans le résumé transmis par CERP doit être maintenue.*

386. ([CONFIDENTIEL]) L'email interne de CERP de [CONFIDENTIEL][271] *à* [CONFIDENTIEL]*du 18 octobre 2006 dans lequel, CERP écrit « [CONFIDENTIEL]»*

Ce mail montre que des échanges entre les parties, sur la manière de calculer leurs marges dans le cadre des TO ont eu lieu. Les tableaux de simulation ont été réalisés par [CONFIDENTIEL] *et ont été fournis aux parties à l'époque*[272]*.*

387. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion de grossistes avec le laboratoire Wyeth du 2 octobre 2007, à laquelle [CONFIDENTIEL] ont participé, précise que la marge réservée aux parties est de 5,1% du prix pharmacien :« [CONFIDENTIEL]").

388. ([CONFIDENTIEL][273]*) Il s'agit d'un courrier envoyé par le laboratoire Fagron invitant CERP à une réunion de grossistes pour le 28 avril 2008. Il s'agit d'un courrier type car il est d'une part introduit par une formule impersonnelle « [CONFIDENTIEL]» et d'autre part, on retrouve ce même courrier au verso non signé et sans destinataire spécifié. ([CONFIDENTIEL])*

Des slides de présentation ont été rédigés pour cette réunion. La première page de ce document mentionne la réunion de grossistes à laquelle étaient présentes CERP,[CONFIDENTIEL] .[274]

L'objet de la réunion concerne la méthodologie de calcul et le remboursement des remises laboratoires suite aux Transfer Orders. Ce document contient des exemple de la méthodologie de calcul de la tarification des Transfer Orders.
La présentation rappelle les principes fondamentaux du système de calcul de la tarification des Transfer Orders retenue par les parties (voir Page 7).
Dans cette présentation, Fagron précise faire le choix de la méthodologie de calcul de la tarification des Transfer Orders des parties « Système de calcul « grossiste » est appliqué ». ([CONFIDENTIEL])

389. ([CONFIDENTIEL]) Ce document rappelle les termes de la concertation entre les grossistes répartiteurs. Il s'agit d'une présentation de Sandoz de mai 2011[275] *relative au coût des Transfer Orders. Les documents ont été fournis par CERP et par* [CONFIDENTIEL] *dans le cadre de leur demande de clémence.*

Dans cette présentation, Sandoz indique que la nouvelle méthode de calcul pour les Transfer Orders a été proposée par les parties (« [CONFIDENTIEL]»)

---

271 Informaticienne chez CERP.
272 Voir réponse de *[CONFIDENTIEL]*, question 38.
273 Ces documents ont été transmis par CERP dans le cadre de sa demande de clémence.
274 Dans sa réponse *[CONFIDENTIEL]*, à la question 40b, *[CONFIDENTIEL]*déclare qu'ont participé à cette réunion pour les grossistes répartiteurs «*[CONFIDENTIEL]* ».
275 Voir inventaire des documents de CERP fournis dans le cadre de sa demande de clémence.

La suite du document reprend la tarification et les plafonds de la tarification post 2006[276], telle que décrite supra.
Comme il sera décrit infra, dans la cadre de l'instruction de la présente affaire, Sandoz a déclaré que la même formule de calcul s'appliquait à[CONFIDENTIEL] , CERP,[CONFIDENTIEL] .[277]

390. (I-030, [CONFIDENTIEL]*) La description de l'agenda de la réunion des acheteurs (CERP,[CONFIDENTIEL]) du 19 mars 2014 mentionne que sera discutée, entre autres sujets, la tarification : « [CONFIDENTIEL]»*

391. (KDV 3 et II-10) Le 20 mars 2014 dans un mail de [CONFIDENTIEL] au laboratoire Bayer, [CONFIDENTIEL] l'informe de son accord d'effectuer les Transfer Orders pour une rémunération de 8,1% ou de 5,1% selon que l'on passe ou non par les Transfer Orders pour l'ensemble des commandes :

« [CONFIDENTIEL] is akkoord voor de uitlevering van de transferorders nav jullie project in samenwerking met Promomed De distributiekost (Fee) voor het uitleveren van deze orders bedraagt 8.1% voor zowel de vracproducten als de gevulde display's. Indien jullie op termijn alle bestellingen via transferorders laten verlopen (100 % partnership) zal de fee op 5.1% kunnen gebracht worden »
Traduction libre :
«[CONFIDENTIEL] est d'accord d'effectuer la livraison des ordres de transfert suite à votre projet en collaboration avec Promomed. Le coût de distribution (Fee) pour effectuer ces commandes est de 8,1% tant pour les produits en vrac que pour les présentoirs remplis. Si vous laissez finalement toutes les commandes passer par des ordres de transfert (partenariat à 100%), les frais (fee) peuvent être réduits à 5,1% »
Ce mail est transféré le 21 mars 2014 par Monsieur [CONFIDENTIEL] *à Monsieur* [CONFIDENTIEL] *(CERP).*
Le même jour, Bayer demande à CERP ses conditions pour les Transfer Orders. CERP lui répond en précisant les mêmes conditions que celles de[CONFIDENTIEL] :
« Je vous confirme que je suis d'accord de livrer les TO Bayer qui nous parviendront. Le FEE sera de 8,1% dans le cas qui nous occupe mais peut être réduit à 5,1% si l'ensemble de vos ventes en pharmacie passe par le grossiste.
Nous pouvons livrer des displays tant vides que remplis et il faut en effet demander des « CNK » à Febelco. »

392. (I-251) Ce document fait état de discussions entre CERP, [CONFIDENTIEL] concernant la tarification proposée à Omega concernant les TO.

Un email de Monsieur [CONFIDENTIEL] *du 3 avril 2014 qui, suite à l'annonce d'Omega Pharma de cesser les TO avec* [CONFIDENTIEL] *pour des « raisons de prix », informe en interne avoir pris contact avec CERP et [CONFIDENTIEL] . Ces derniers lui ont confirmé ne pas avoir changé leurs prix. Monsieur* [CONFIDENTIEL] *a contacté également [CONFIDENTIEL] qui indique ne pas « avoir changé ses prix et respecter les mêmes conditions que par le passé ».*

276 [CONFIDENTIEL] « ». Réponse de [CONFIDENTIEL], question 23.
277 Voir réponse de Sandoz du 16 novembre 2016, question 3.

B/ Les éléments de preuve de la concertation sur d'autres conditions commerciales

i) Déclarations dans le cadre de la clémence de CERP

393. CERP, dans le cadre de la description du fonctionnement du système des TO, a déclaré qu'une fois les commandes passées par les laboratoires, les parties préparent et livrent celle-ci aux pharmaciens. Les commandes seront ensuite facturées par les parties aux pharmaciens avec les remises des laboratoires. Ces derniers établissent ensuite une note de crédit à destination des parties.[278]

ii) Déclarations dans le cadre de la clémence de [CONFIDENTIEL]

394. Concernant la compensation due par les laboratoires aux parties, [CONFIDENTIEL] *a expliqué que le grossiste « [CONFIDENTIEL] .»*[279]

395. [CONFIDENTIEL] *a précisé à propos du point sur les notes de crédit figurant dans la présentation du système de TO du document [CONFIDENTIEL] (document qui a été transmis aux autres grossistes répartiteurs)*[280] *que « des notes de crédit ont toujours été émises »*[281].

iii) Déclaration dans le cadre de la demande de clémence de [CONFIDENTIEL]

396. [CONFIDENTIEL] *a expliqué pour les notes de crédit, dans le cadre de ses explications sur les réunions grossistes que « [CONFIDENTIEL] ».*[282]

iv) Documents transmis par les parties ou copiés lors des perquisitions

397. ([CONFIDENTIEL] *) Un document interne de l'ANGR daté du 4 décembre 2003 dans lequel est mentionné la procédure pour le remboursement de la compensation des parties. Ces dernières ont convenu de la procédure suivante :*

« [CONFIDENTIEL] »

398. [CONFIDENTIEL]) Un email du 1er septembre 2005 de [CONFIDENTIEL] *au laboratoire MSH et en copie à* [CONFIDENTIEL] *,* [CONFIDENTIEL] *par lequel [CONFIDENTIEL] transmet un fichier à titre d'exemple pour expliquer la manière de calculer les notes de crédit pour la rémunération des Transfer Orders. [CONFIDENTIEL] précise que tous les grossistes répartiteurs souhaitent recevoir un tel fichier de manière mensuelle et que cela sera discuté lors de la prochaine réunion des acheteurs du 9 septembre.*

399. ([CONFIDENTIEL], AK 14, II-012, I-284 et [CONFIDENTIEL]*). Ces documents sont des présentations au contenu assez similaire concernant, outre la tarification post 2006 applicable, la méthode de calcul des notes de crédit. Les parties les utilisaient principalement lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires.*

400. ([CONFIDENTIEL]) Dans le cadre d'une réunion des grossistes avec le laboratoire Zambon le 10 mars 2006, où étaient présents Messieurs [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL] *, a été présentée, outre la méthode commune de calcul de la rémunération des TO des produits couteux, également la manière d'établir les notes de crédit:*

---

278 Réponse de *[CONFIDENTIEL]*, question 4.
279 Déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]*
280 Voir *[CONFIDENTIEL]*
281 Réponse de [CONFIDENTIEL], question 12.
282 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL],point 3.1 page 4.

« [CONFIDENTIEL]»

C/ Preuves de la concertation entre les parties relatives au contenu des prestations dans le cadre des TO :

i) Demande de clémence de CERP

401. Dans le cadre de sa demande de clémence, CERP a déclaré « [CONFIDENTIEL]*»*[283]

ii) Demande de clémence de [CONFIDENTIEL]

402. Dans le cadre de sa demande de clémence, [CONFIDENTIEL]*a également déclaré que les prestations fournies par les grossistes dans le cadre des TO étaient convenues.*[284]

iii) Demande de clémence de [CONFIDENTIEL]

403. Dans le cadre de sa demande de clémence, [CONFIDENTIEL]*a également reconnu que les parties s'étaient concertées sur le contenu des services dans le cadre des TO.*[285]

iv) Documents transmis par les parties ou copiés lors des perquisitions

404. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion d'acheteurs du 4 avril 2003, à laquelle CERP, [CONFIDENTIEL] ont participé, mentionne des discussions qui auront lieu concernant la tarification des TO selon les prestations des parties :

« [CONFIDENTIEL]»

405. ([CONFIDENTIEL]) Un document interne de l'ANGR daté du 4 décembre 2003 dans lequel est mentionné que les parties s'engagent aux prestations suivantes : « [CONFIDENTIEL]»

406. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion du groupe de travail TO du 12 janvier 2004, auquel CERP, [CONFIDENTIEL] ont participé, rappelle que la marge des parties est la contrepartie des prestations qu'ils ont convenu de fournir :

« [CONFIDENTIEL]».

407. (I-321) Le rapport du Conseil d'administration de l'ANGR du 10 février 2004 dans lequel est rappelé que dans le cadre des TO, les parties n'acceptent pas les retours des produits pharmaceutiques « Rappel : les grossistes n'acceptent pas de retours des « transfer orders ». »

408. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion de grossistes avec le laboratoire Wyeth du 2 octobre 2007, à laquelle [CONFIDENTIEL] ont participé, rappelle que les retours dans le cadre de TO ne sont pas possibles :

« [CONFIDENTIEL]»

409. ([CONFIDENTIEL]et KDV 5) Un document du 28 juin 2006 ([CONFIDENTIEL]) rédigé par[CONFIDENTIEL] , dans lequel il est mentionné que le système des TO ne permet pas les livraisons partielles :

« [CONFIDENTIEL]».

Ce document a été transmis à CERP, puisqu'il a été copié lors des perquisitions chez CERP (doc KDV 5).

---

283 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 11 a.

284 Demande de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

285 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.1 page 2.

410. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion de grossistes avec le Laboratoire Wyeth du 2 octobre 2007, à laquelle [CONFIDENTIEL] ont participé, précise que les display sont livrés via les grossistes : «

[CONFIDENTIEL»

411. () Les notes de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) prises lors de la réunion avec les grossistes répartiteurs et le laboratoire Zambon du 10 mars 2006, à laquelle, CERP , [CONFIDENTIEL] ont participé, indiquent au point « [CONFIDENTIEL]» que pour les OL's[286] : « [CONFIDENTIEL]».*

412. (I-030 ,[CONFIDENTIEL]) La description de l'agenda de la réunion des acheteurs de CERP, [CONFIDENTIEL] du 19 mars 2014 mentionne que sera discutée, entre autres sujets, la compensation des displays « Vergoeding voor display ».

D/ Les éléments de preuve de la concertation portant sur les laboratoires pharmaceutiques souhaitant recourir au système des Transfer Orders

413. Comme il a été décrit supra, des échanges entre les parties ont porté sur l'intérêt des laboratoires de recourir aux TO, sur les futurs TO avec certains laboratoires (acceptation ou non des TO avec le laboratoire, date de début des TO). Cela ressort des documents suivants :

414. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion des acheteurs du 4 avril 2003 chez [CONFIDENTIEL] où étaient présents [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL] [CONFIDENTIEL] *,* [CONFIDENTIEL] *,* [CONFIDENTIEL] [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL] *, dans lequel sont partagées avec les parties, des informations sur l'intérêt de certains laboratoires pharmaceutiques pour les TO. Il ressort de ce document que des réunions communes avec chaque laboratoire et des grossistes répartiteurs seront organisées (point 12).*

415. [CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion des acheteurs du 9 septembre 2005, à laquelle ont participé Monsieur [CONFIDENTIEL] *, dans lequel il apparaît que des discussions portant sur le contrat de GSK pour les TO ont eu lieu tant concernant notamment la tarification des TO que le moment où le contrat relatif aux TO de GSK prendrait effet.*

416. () L'email de [CONFIDENTIEL] *(du 13 septembre 2005 envoyé à* [CONFIDENTIEL] *dans lequel des discussions passées sur la tarification des prix des TO sont rappelées et dans lequel sont également prévues des discussions relatives à l'impact de la « nouvelle » tarification sur les TO, ou sur les éventuels TO de plusieurs laboratoires :.*

« [CONFIDENTIEL]»

417. ([CONFIDENTIEL]) Le compte rendu de la réunion continuant le « [CONFIDENTIEL]» du 14 septembre 2005 entre [CONFIDENTIEL] *dans lequel est prévu le programme de la prochaine réunion qui a principalement trait aux conséquences de la nouvelle tarification des TO sur l'évolution de ce type de distribution (impact sur les laboratoires ayant déjà recours aux TO et sur les éventuels nouveaux laboratoires qui travailleraient via les TO, l'identification des laboratoires qui ne recouraient certainement pas à ce service) et sur le coût du système des TO pour différents types de produits (générique et OTC) :*

« [CONFIDENTIEL]»

286 OL's correspond à ordre laboratoire, autre terme pour désigner les TO.

418. *([CONFIDENTIEL]) L'email du 1 décembre 2005 adressé à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL] *est la confirmation de la réunion des directeurs des achats du 6 décembre 2005. Dans ce mail est mentionné que lors de la réunion,* [CONFIDENTIEL] *fera un point concernant les remises pour les TO de GSK.*

419. *(I-273) Le compte rendu de la réunion des responsables des achats du 6 décembre 2005, à laquelle étaient présents* [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL]*, qui mentionne des discussions entre les parties concernant les dates à partir desquelles les laboratoires Sigma TAU et Viatris pourraient débuter les TO. Il a également été mentionné que HEEL et VMS veulent travailler avec les TO et sont invités à la prochaine réunion.*

420. *([CONFIDENTIEL]) L'email du 24 janvier 2006 de* [CONFIDENTIEL] *à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *transmettant pour la prochaine réunion la liste des laboratoires avec lesquels [CONFIDENTIEL] réalise des TO. Il demande qu'un contrôle approfondi soit réalisé et estime très important de coordonner cette information et de la mettre à jour ([CONFIDENTIEL]). Le document en annexe contient une liste de laboratoires pharmaceutiques ([CONFIDENTIEL]).*

421. *(I-274) Le compte rendu de la réunion des responsables des achats du 4 septembre 2006, à laquelle étaient présents* [CONFIDENTIEL] *, dans lequel sont mentionnées la date à partir de laquelle le laboratoire pharmaceutique Versale aura recours aux TO et la date probable des TO pour le laboratoire pharmaceutique GSK via le protocole FTP.*

422. *(AK 22) L'email du Laboratoire VSM, qui réalise principalement des ventes directes, envoyé à* [CONFIDENTIEL] *le 28 novembre 2007 mentionne à [CONFIDENTIEL] que les autres grossistes répartiteurs sont prêts à faire des TO dans le cadre de l'action particulière concernant le produit Dormiplant.*

En interne, [CONFIDENTIEL] *explique qu'il doit suivre [CONFIDENTIEL] et demande de mettre ce laboratoire sur la liste des livraisons directes :*

«Blijkbaar wist [CONFIDENTIEL] *niet dat ze nogal graag rechtstreeks gaan, dus deze keer moeten we nu ook wel volgen, zet hem wel op de lijst van direkte leveringen»*

Traduction libre :

«Apparemment, [CONFIDENTIEL] *ne savait pas qu'ils préfèrent le direct, alors cette fois-ci, nous devons suivre aussi, mettez-le sur la liste des livraisons directes. »*

423. *(I-006) Le compte rendu de la réunion du 21 avril 2009, où étaient présents* [CONFIDENTIEL] *(, qui mentionne des discussions relatives aux parts des TO réalisés par plusieurs laboratoires pharmaceutiques (Will Pharma, Omega Pharma et Aca Pharma).*

Pour Aca Pharma, compte tenu de leur faible part de TO, il est décidé de facturer la distribution des mailings.
S'agissant de Kela pharma, une simulation des commandes via les TO sera faite par le laboratoire et transmise dans le mois.
Pour Will Pharma, il est constaté que celui-ci fait des ventes directes à 99% et n'entend pas modifier cela.
Enfin, [CONFIDENTIEL] fait part de la diminution de moitié des TO du laboratoire Omega pour le mois précédent.
Est mentionné le fait que [CONFIDENTIEL] vont vérifier les TO qu'ils ont réalisés pour ce laboratoire.

V.1.3.c Les éléments de preuve relatif à l'application par CERP des termes de la concertation[287]

424. CERP et les autres parties ont appliqué, pendant toute la durée de la pratique, les termes de leur concertation qui portait tant sur les conditions commerciales, dont la tarification, que sur le contenu des services.

A Les éléments de preuves de l'application de la tarification des TO

425. Pour rappel, CERP a appliqué la tarification convenue pendant toute la durée de la pratique.

i) Les déclarations dans le cadre de la clémence de CERP et de ses réponses aux demandes de renseignements

426. CERP a déclaré avoir appliqué, à l'instar des autres grossistes répartiteurs concernés, la tarification convenue entre eux :

« [CONFIDENTIEL]*»*[288]
« [CONFIDENTIEL] »[289]
« [CONFIDENTIEL]*»*[290]
« [CONFIDENTIEL]*»*[291]
« [CONFIDENTIEL]»[292].

ii) Les déclarations dans le cadre de la clémence de [CONFIDENTIEL]

427. [CONFIDENTIEL] *a déclaré que les parties ont appliqué la tarification convenue entre eux :*

« [CONFIDENTIEL] »,
« [CONFIDENTIEL] »,
« [CONFIDENTIEL] ».[293]

iii) Les déclarations dans le cadre de la demande de clémence de [CONFIDENTIEL]

428. [CONFIDENTIEL] *a précisé dans sa déclaration de clémence que les parties*[294] *avaient appliqué la tarification depuis 2003 .*

« [CONFIDENTIEL] »

iv) Les réponses des laboratoires pharmaceutiques ayant recours aux Transfer Orders

429. Entre le 14 et 20 octobre 2016, plusieurs laboratoires pharmaceutiques ont été interrogés par l'Auditorat.

287 Dans cette section ne sont repris que les éléments de preuves de l'application par CERP des termes de la concertation.
288 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, page 11, point 4.1.
289 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, point 8.a.
290 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, pages 2 et 3.
291 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, page 27.
292 Mail de CERP du *[CONFIDENTIEL]*.
293 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL]
294 [CONFIDENTIEL] indique dans sa déclaration de clémence que pour l'infraction relative au TO *«[CONFIDENTIEL] ».*

430. Ceux-ci ne représentent pas l'ensemble des laboratoires pharmaceutiques recourant aux Transfer Orders[295] [296] [297]. Il pourra d'ailleurs être constaté dans la section qui suit que les éléments de preuve de l'application de la concertation ne concernent pas uniquement les laboratoires pharmaceutiques ayant été interrogés.

431. En réponse à la question « Veuillez préciser quelle est la rémunération (en pourcentage) perçue par grossiste pour l'exécution d'un transfer order pour les 5 dernières années », une large majorité des laboratoires pharmaceutiques confirment l'application à leur encontre de la tarification convenue par les grossistes répartiteurs concernés[298].

432. Il ressort en effet de l'interrogation de ces laboratoires pharmaceutiques les éléments suivants :

433. Parmi les 12 laboratoires pharmaceutiques ayant recours aux Transfer Orders avec CERP, 10 laboratoires pharmaceutiques mentionnent que la redevance facturée par CERP pour ses prestations dans le cadre des Transfer Orders était de 5,1%.

434. Il ne ressort pas des réponses des laboratoires pharmaceutiques que des négociations annuelles avec CERP ont eu lieu sur la tarification des Transfer Orders.

435. Il ressort par contre des réponses des laboratoires pharmaceutiques que la tarification pour les TO de CERP n'a pas changé avec le temps.

436. De manière plus détaillée, les réponses des laboratoires sont les suivantes :

437. Axone pharma dans sa réponse du 21 octobre 2016 précise que CERP lui a appliqué pour la période 2011-2016 une rémunération de maximum 5,1% calculée sur le prix pharmacien brut. Axone précise que cette tarification était déjà d'application avant 2011 : « … les tarifs concernés étaient d'application au moment où Axone Pharma est entrée sur le marché en 2011 … »[299]. Axone précise également que « à priori, aucune négociation n'est menée à propos du niveau de la rémunération / compensation. »

438. Bayer dans sa réponse du 19 octobre 2016 a indiqué avoir une expérience limitée des Transfer Orders et que pour une campagne promotionnelle ayant eu lieu d'avril à juin 2014, CERP, lui avait appliqué une rémunération de 8,1% calculée sur le prix pharmacien. Bayer précise que la tarification de CERP n'a pas fait l'objet de négociation[300].

439. Beiersdorf dans sa réponse du 21 octobre 2016 a précisé que pour la période 2012-2016, il avait versé, pour les Transfer Orders de CERP, une rémunération de 5,1% sur la base du prix pharmacien.

440. Danone dans sa réponse du 21 octobre 2016 a déclaré que depuis 2006, année depuis laquelle il recourt aux TO[301], CERP perçoit une rémunération de 5,1%.

---

295 [CONFIDENTIEL] a réalisé entre 2010 et 2016 des Transfer Orders avec plus de *[CONFIDENTIEL]* laboratoires pharmaceutiques ; demande de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

296 CERP a réalisé entre 2007 et 2017 des Transfer Orders avec plus de *[CONFIDENTIEL]* laboratoires pharmaceutiques ; réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*.

297 Voir aussi le doc *[CONFIDENTIEL]* qui indique une liste de nombreux laboratoires pharmaceutiques avec lesquels [CONFIDENTIEL] réalise des Transfer Orders.

298 Demandes de renseignements adressées aux laboratoires pharmaceutiques, question 3a.

299 Réponse d'Axone Pharma du 21 octobre 2016, question 4.c.

300 Réponse de Bayer du 19 octobre 2016, question 4.

301 Réponse de Danone du 21 octobre 2016, question 3.b.

441. Eurogenerics dans sa réponse du 18 octobre 2016 précise que la rémunération perçue par CERP pour les Transfer Orders est de 5,1% calculé sur le prix grossiste brut (sans la remise de la commande (Transfer Order)), soit le prix pharmacien[302]. Eurogenerics précise que cette tarification est d'application depuis 2006[303] et qu'aucune négociation n'est possible.

442. GSK dans sa réponse du 17 octobre 2016 déclare que la rémunération des parties a fait l'objet d'un accord il y a une vingtaine d'années, et que la rémunération de CERP est de 5,1% .

443. L'Oréal dans sa réponse du 25 octobre 2016 a indiqué que la rémunération de CERP était de 5,1% sur le tarif de base depuis 2009.

444. Meda Pharma dans sa réponse du 18 octobre 2016 a précisé que depuis 2006 la rémunération perçue par CERP dans le cadre des Transfer Orders s'élevait à 5,1% et qu'aucune négociation n'avait lieu.

445. Mylan dans sa réponse du 28 octobre 2016 a déclaré que « La rémunération exigée par les grossistes pour les services rendus dans le cadre des « transfer orders » est fonction du nombre d'unités et du type de produits livrés ainsi que du prix facturé aux pharmacies. La rémunération est soumise à un plafond de 5,1% du prix facturé au pharmacien. Ce plafond s'applique à la vaste majorité des produits. Ce plafond est généralement atteint en pratique en raison de la faible quantité d'unités habituellement commandées par les pharmacies par le biais de « transfer orders». Mylan précise que cette rémunération a été appliquée par CERP depuis 2014, année à partir de laquelle Mylan a fait des TO avec CERP[304].

446. Omega[305] dans sa réponse du 19 octobre 2016 a indiqué que la rémunération de CERP, pour les TO, était de 5,1% et calculée sur la valeur de la commande TO au prix standard de la pharmacie. Omega précise que cette tarification était d'application avant 2010.

447. Sandoz dans sa réponse du 16 novembre 2016 a déclaré que la rémunération perçue par CERP, pour les TO, était la suivante :

« Als de meerderheid van de lijnen in een transfer order groter is dan 5 stuks, is het uitgangspunt dat de vergoeding voor de groothandelaar 5,1% van de apotheekprijs bedraagt (zijnde de gereguleerde ex factory prijs + de gereguleerde groothandelmarge). Er wordt echter een onderscheid gemaakt tussen producten met apotheekprijs lager of gelijk aan 16,56 € en producten met apotheekprijs hoger dan 16,56 €.
Prijs lager of gelijk aan 16,56 €:
De vergoeding bedraagt 5,1% van de apotheekprijs, maar met een limiet : aantal x (0,85€ + (max apotheekprijs (16,56) x 0,77%))
Prijs hoger dan 16,56 €:
Tot en met 10 stuks op een lijn en in één bestelling: aantal x (0,85€ + apotheekprijs x 0,77%)
Vanaf 11 stuks op één lijn en in één bestelling: (8,5€ + 0,1) x aantal >10 + (apotheekprijs x 0,77% x aantal)"

Traduction libre:

302 Les réponses concernent la division de Neocare de EG.
303 Cette tarification est d'application depuis la création de la division Neocare ; voir question 4. La division Neocare a été créée en 2006. Voir http://devisuneocare.accept.upcom.eu/fr/qui-sommes-nous.
304 Réponse de Mylan du 28 octobre 2016, questions 4.a et 4.c
305 Omega Pharma se charge également de la distribution des produits génériques de Eurogenerics ; voir réponse de Eurogenerics du 18 octobre 2016, question 1.

« Si la majorité des lignes d'un ordre de transfert est supérieure à 5 unités, le point de départ est que la rémunération du grossiste est de 5,1% du prix de la pharmacie (c'est-à-dire le prix réglementé ex usine + la marge réglementée du grossiste). Toutefois, une distinction est faite entre les produits dont le prix en pharmacie est inférieur ou égal à 16,56 € et les produits dont le prix en pharmacie est supérieur à 16,56 €.
Prix inférieur ou égal à 16,56 € :
La rémunération s'élève à 5,1% du prix de la pharmacie, mais avec une limite : quantité x (0,85 € + (max. prix de la pharmacie (16,56) x 0,77%))
Prix supérieur à 16,56 € :
Jusqu'à 10 pièces sur une ligne et dans une commande : quantité x (0,85€ + prix pharmacie x 0,77%)
A partir de 11 pièces sur une ligne et dans une commande : (8,5€ + 0,1) x quantité >10 + (prix pharmacie x0,77% x quantité). »
Sandoz indique que cette rémunération est d'application depuis 2004 pour CERP. Il précise que CERP ne réalise plus de TO avec ce laboratoire depuis 2014.

v) Documents transmis par les grossistes répartiteurs ou copiés lors des perquisitions

448. Les documents qui suivent constituent des preuves supplémentaires de l'application par CERP de la tarification convenue.

449. ([CONFIDENTIEL]) Un email interne de CERP (de Monsieur [CONFIDENTIEL] *à une informaticienne, Madame* [CONFIDENTIEL]*) du 5 novembre 2003 visant à faire adapter le système informatique de CERP afin de permettre la réalisation des TO avec les laboratoires pharmaceutiques.*

CERP y mentionne les 8% qui sont à la charge du grossiste répartiteur (et donc les 5,1% qui correspondent à ce qui est facturé par CERP aux laboratoires pour les TO).[306]

450. ([CONFIDENTIEL]) Le discours du Président de l'ANGR lors de l'assemblée générale de 2005 qui concernant l'année 2004 écoulée, déclare pour les TO que :[CONFIDENTIEL]»

451. (I-294) Un document interne de [CONFIDENTIEL] intitulé « Comparatif des offres des grossistes répartiteurs », créé le 8 septembre 2003 et révisé la dernière fois le 30 juin 2005, fait état de l'accord des grossistes répartiteurs sur la tarification des TO puisque pour la remise relative aux commandes déléguées (soit les TO), tant pour [CONFIDENTIEL] , CERP, et [CONFIDENTIEL] , il est précisé que « Tous les grossistes s'entendent à accorder la même remise de 8% » soit donc une rémunération de 5,1% [307]*.*

452. (KDV 6) Un email du 22 août 2006 du laboratoire Patch Pharma adressé à CERP, [CONFIDENTIEL] dans lequel Patch Pharma discute des problèmes relatifs aux notes de crédit pour les Transfer Orders et de la nouvelle méthode de calcul de la rémunération des TO.

Concernant les notes de crédit, il est notamment mentionné que :
«pour les mois déjà écoulés, le calcul se fera sur base marge 5.1 % sur tous les pdts excepté Eye care ou votre marge al in déduit sera de 8.1% ».

306 Pour rappel, la marge des grossistes pour la distribution des médicaments non remboursables est de maximum 13.1% du prix pharmacien. En appliquant une remise de 8% de leur marge habituelle, la rémunération des grossistes répartiteurs s'élève donc à 5.1% du prix pharmacien.
307 Pour rappel, la marge des grossistes pour la distribution des médicaments non remboursables est de maximum 13.1% du prix pharmacien. En appliquant une remise de 8% de leur marge habituelle, la rémunération des grossistes répartiteurs s'élève donc à 5.1% du prix pharmacien.

453. (KDV8) Dans un mail du laboratoire Patch Pharma adressé à [CONFIDENTIEL] *(CERP) du 25 août 2006, le laboratoire fait part à CERP de certains problèmes liés aux factures. Il est par ailleurs indiqué :*

« cela nous coute en global plus que 5.1% mais c'était prévu compte tenu de la formule que vous avez utilisé les montants facturés ne correspondent pas toujours à la formule utilisée (moyenne de 5 pdts par ligne) et il y a quelques calculs bizarres dans le fichier quand on recompose votre marge de 5.1 et 8.1 càd que l'on arrive pas à ces marges ».

454. ([CONFIDENTIEL]*) L'annexe* [CONFIDENTIEL]*a été rédigé en 2006. Elle est intitulée «* [CONFIDENTIEL]*». Il s'agit d'un document rédigé par CERP qui a été transmis en interne.[308] L'objectif était d'informer en interne des nouvelles marges à calculer dans le cadre des TO afin d' « amener du chiffre aux grossistes »; d'une part en gardant les laboratoires pharmaceutiques qui faisaient déjà des TO et d'autre part en convaincant les laboratoires pharmaceutiques faisant des ventes directes que les TO pouvaient être intéressants. Pour ce faire, CERP reprend les calculs de ses marges faits selon les règles de « l'ancienne situation » (qui correspondent à la tarification pré-2006 décrite au point V.1.2.c i)), il détaille les problèmes de cette ancienne tarification pour les produits génériques chers et non chers et pour les produits OTC. CERP transmet des propositions de calcul de marge.[309] Il s'agit de la tarification post-2006 telle que décrite au point V.1.2.c i). Enfin CERP communique le tableau des décisions retenues concernant les calculs de ses marges, avec les règles générales (la formule de calcul dans le cadre des produits chers telle que décrite au point V.1.2.c i) et la règle maximale des 5.1% pour les autres produits) et quelques exceptions (produits chimiques, TO occasionnels, …) Cette présentation de CERP détaille dans la partie « Ancienne situation » la tarification des TO anciennement appliquée selon la quantité de produits par lignes de commande, la tarification applicable pour les matières premières et celle pour les génériques chers et non chers.*

455. (DVW 12) Le document rédigé par CERP en octobre 2006 intitulé « Ordres Labos : Remise à charge du grossiste et celle à charge du fournisseur » contient deux pages imprimées du programme informatique utilisé par CERP pour le calcul des transfer orders. On peut y lire que pour Bolton Belgium la marge à conserver est de 5,1% et que pour Patch Pharma la marge plafonnée est de 5,1% .

456. ([CONFIDENTIEL]et II-012) Ces documents sont des présentations au contenu assez similaire concernant la tarification post 2006 en vigueur. Les grossistes les utilisaient principalement lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires pharmaceutiques.[310]

Pour rappel, il ressort de ces documents et des explications de [CONFIDENTIEL]*que des présentations ont été rédigées à différentes occasions et moments par[CONFIDENTIEL] , qui les a transmises aux autres grossistes ; ces derniers les ont eux-mêmes utilisées par la suite, après d'éventuelles adaptations formelles.[311]*

A propos du document[CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] précise avoir rédigé en 2006 « [CONFIDENTIEL]»312 313.

---

308 Cette annexe *[CONFIDENTIEL]* est le fichier attaché du doc *[CONFIDENTIEL]* qui est un mail interne à CERP du 18 octobre 2006.

309 Le Document *[CONFIDENTIEL]* précise que les tableaux de simulation qui sont insérés dans les propositions de calcul de marge (simulation des marges calculées selon le prix des produits et le nombre de produits par lignes de commande) ont été transmis par les autres grossistes.

310 « *[CONFIDENTIEL]* », déclaration de clémence de,. *[CONFIDENTIEL]*

311 Pour rappel, les adaptations ne concernent pas les termes de la concertation. Les adaptations apportées ont consisté par exemple en des précisions sur le contenu des services, ou à supprimer le logo du grossiste répartiteur concurrent (voir document II-012 et doc I-284).

312 *[CONFIDENTIEL]* et voir déclaration de clémence de. *[CONFIDENTIEL]*

313 *[CONFIDENTIEL]*

Le document II-012, copié lors des perquisitions chez CERP, contient une présentation en version française de la tarification des TO. Le contenu de cette présentation est pratiquement identique au document [CONFIDENTIEL].
La présentation contenue dans le document II-012, est une présentation PowerPoint rédigée à l'origine par [CONFIDENTIEL] pour une présentation au laboratoire Hartmann le 8 décembre 2009.314
Cette présentation a été par la suite utilisée par [CONFIDENTIEL] puisque le nom du fichier contenant la présentation est intitulé «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx ».
Ce fichier «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx » contenant la présentation a été transmis à CERP qui l'a également utilisé315 pour une autre occasion puisqu'il l'a envoyé par mail du 28 mai 2015 au laboratoire Bailleul-Biorga .

457. ([CONFIDENTIEL]) Ces documents ont été transmis par CERP dans le cadre de sa demande de clémence. Il s'agit d'un courrier[316] envoyé par les laboratoires Fagron, CERTA et ACA Pharma invitant CERP à une réunion de grossistes. CERP a précisé avoir participé à cette réunion.[317]

Des slides de présentation ont été rédigés dans le cadre de cette réunion du 28 avril 2008.
L'objet de la réunion concerne la méthodologie de calcul et le remboursement des remises suite aux Transfer Orders. Ce document contient des exemples de calcul de la tarification des Transfer Orders .
La présentation rappelle le système de tarification qui est appliqué.

458. (DVW11) Le mail du 25 janvier 2010 de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) au Laboratoire Tilman, dans lequel CERP transmet des explications sous forme de tableau sur le mode de calcul des TO ainsi qu'un fichier reprenant la calcul des TO pour le laboratoire pharmaceutique Tilman pour décembre 2009 (page 2 du document). Dans ce tableau et fichier, la marge du grossiste répartiteur pour les TO est de 5,1% du prix pharmacien .*

459. (I-187) et (I-189) L'email du 4 janvier 2011 de Patch Pharma concernant la collaboration avec la Société Mérial et dont l'objet est intitulé « Prolongation de notre collaboration en 2011 ». Ce mail est envoyé à [CONFIDENTIEL] *(CERP) et aux autres parties . Patch Pharma mentionne, dans ses explications sur le fonctionnement de l'opération, prévue du 1er mars au 30 avril 2011, que « Patch Pharma octroiera une remise aux pharmaciens de telle sorte que vous préserviez votre marge de 5.1% sur le prix pharmacien brut sur nos « transfer orders ».*

460. ([CONFIDENTIEL]) La présentation de Sandoz de mai 2011 relatif au coût des Transfer Orders. Le document a été fourni par CERP dans le cadre de sa demande de clémence. Dans cette présentation, Sandoz indique pour les Transfer Orders :

« Cost calculation : new calculation model proposed by the wholesalers ».
Traduction libre :
« Calcul des coûts: nouveau modèle de calcul proposé par les grossistes »

314 Ce document comporte en effet le logo de *[CONFIDENTIEL]* , le nom du laboratoire et la date du 8 décembre 2009.
315 Voir également la réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 35 concernant le document *[CONFIDENTIEL]* (doc non daté, dont le contenu est assez similaire au document II-012) qui indique « [CONFIDENTIEL]»
316 Il s'agit d'un courrier type car il est d'une part introduit par une formule impersonnelle « *[CONFIDENTIEL]*» et d'autre part, on retrouve ce même courrier au verso non signé et sans destinataire spécifié.
317 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, à la question 40b.

La suite du document reprend la tarification et les plafonds de la tarification post 2006[318].
Pour rappel, Sandoz a déclaré dans sa réponse du 16 novembre 2016 à la demande de renseignements que la même formule de calcul s'appliquait à CERP et aux autres parties [319] .

461. (DVW 14) L'email de fin août 2013[320] de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) au laboratoire Reckitt lui transmettant les conditions tarifaires des grossistes pour réaliser des TO et les modalités pratiques pour le paiement de cette rémunération :*

« Pour exécuter des TO, les grossistes acceptent de travailler avec une marge de 5.1% par rapport au prix pharmacien (nous prenons donc 8% de la remise à notre charge puisque la marge classique d'un grossiste répartiteur classique est de 13.1%. Vu que nous achetons au prix grossistes normal, (il n'y a pas de d'achat séparé TO/répartition, les TO sortant de notre stock répartition), une balance est faite fin de mois. Certains laboratoires émettent une note de crédit, d'autres nous demandent de leur facturer la compensation que nous attendons (les remises étant toujours largement supérieures ».

462. ([CONFIDENTIEL]) L'email de Monsieur [CONFIDENTIEL] *de J&J du 16 octobre 2013 à Monsieur* [CONFIDENTIEL] *(CERP) concerne une opération de lancement d'un produit via le système des TO pendant la semaine du 21 octobre 2013.*

J&J envoie, afin de s'assurer du bon déroulement de l'opération, un récapitulatif de l'opération et précise notamment dans ce mail que « [CONFIDENTIEL]».

463. (I-251) Un email de Monsieur [CONFIDENTIEL] *du 3 avril 2014 qui, suite à l'annonce d'Omega Pharma de cesser les TO avec [CONFIDENTIEL] pour des « raisons de prix », informe en interne avoir pris contact avec CERP et[CONFIDENTIEL] . Ces derniers lui ont confirmé ne pas avoir changé leurs prix.*

464. ([CONFIDENTIEL]) Le contrat de vente de médicaments à usage humain d'application du 1er juillet 2014 au 30 juin 2015 entre GSK et CERP qui prévoit à l'article 8.1 b) que[321] « [CONFIDENTIEL]» .

465. (DVW 23) Le mail du 21 juin 2016, par lequel le laboratoire Merial demande à Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) de lui transmettre les TO réalisés en mai pour les gammes de produit Frontline et Pet Care afin d'établir la note de crédit. CERP, en interne, réalise un tableau dans lequel est mentionnée la marge de 5,1% .*

B Les éléments de preuve de l'application des autres conditions commerciales

466. ([CONFIDENTIEL]et II-012) Ces documents sont des présentations au contenu assez similaire concernant, outre la tarification post 2006 en vigueur, la méthode de calcul des notes de crédit.

Les grossistes les utilisaient principalement lors des réunions et contacts qu'ils avaient avec les laboratoires322.

318 «[CONFIDENTIEL] *estime que la présentation reflète le système de TO tel qu'il est en place depuis juin 2006* », réponse de [CONFIDENTIEL, question 23.
319 Voir réponse de Sandoz du 16 novembre 2016, question 3.
320 La date précise n'est pas connue.
321 GSK a précisé que CERP appliquait cette tarification depuis 1995, réponse de GSK du 17 octobre 2016, question 4.
322 *« [CONFIDENTIEL] »*, déclaration de clémence. *[CONFIDENTIEL]*

Il ressort de ces documents et des explications de [CONFIDENTIEL] *que des présentations ont été rédigées à différentes occasions et moments par[CONFIDENTIEL] , qui les a transmises aux autres grossistes. Ces derniers les ont eux-mêmes utilisées par la suite, après d'éventuelles adaptations formelles*[323].
A propos du document [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] précise avoir rédigé en 2006 «[CONFIDENTIEL] »[324] [325]

Le document II-012, document copié lors des perquisitions chez CERP, contient une présentation en version française de la tarification des TO mais également de la méthode de calcul des notes de crédit. Le contenu de cette présentation est pratiquement identique au document[CONFIDENTIEL].
La présentation contenue dans le document II-012, est une présentation PowerPoint rédigée à l'origine par [CONFIDENTIEL] pour une présentation au laboratoire Hartmann le 8 décembre 2009.[326]
Cette présentation a été par la suite utilisée par [CONFIDENTIEL] puisque le fichier contenant la présentation est intitulé «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx ».
Ce fichier «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx » contenant la présentation a été transmis à CERP qui l'a également utilisé pour une autre occasion puisqu'il l'a envoyé par mail du 28 mai 2015 au laboratoire Bailleul-Biorga.

467. ([CONFIDENTIEL]) Le mail du laboratoire Leo pharma du 8 juillet 2013 à Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) qui lui rappelle que le laboratoire a effectué antérieurement une campagne similaire pour un produit Fucidin. La distribution de ce produit s'est réalisée via le système de Transfer Orders et CERP a participé à cette distribution. Le laboratoire se basant sur la manière dont s'est déroulée la campagne précédente, soumet à CERP la remise accordée aux pharmaciens ainsi que le calcul des TO. Il précise que le règlement de la compensation sera fait via des notes de crédit « [CONFIDENTIEL]».*

468. (DVW 23) Par mail du 21 juin 2016, le laboratoire Merial demande à Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) de lui indiquer les Transfer Orders réalisés pour les produits de la gamme Frontline Pet Care afin qu'il puisse établir la note de crédit.*

469. (DVW 14) Le mail de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) à Reckitt de fin août 2013*[327]*, dans lequel CERP indique que pour les TO la compensation se fait soit sur base d'une note de crédit établie par le laboratoire (sur base d'un relevé mensuel des TO, transmis par le grossiste répartiteur), soit sur base d'une facture établie par le grossiste répartiteur*[328]*.*

C Les éléments de preuve de l'application de la concertation sur le contenu des prestations dans le cadre des Transfer Orders

i) Les réponses des laboratoires pharmaceutiques ayant recours au Transfer Orders

470. Les réponses des laboratoires pharmaceutiques confirment que les prestations dans le cadre des TO sont identiques. En effet, les laboratoires pharmaceutiques ont de manière générale déclaré que les grossistes répartiteurs assuraient l'ensemble des opérations de gestion des commandes c'est-à-dire la

323 Pour rappel, les adaptations ne concernent pas les termes de la concertation. Les adaptations apportées ont consisté par exemple en des précisions sur le contenu des services, ou à supprimer le logo du grossiste répartiteur concurrent (voir document II-012 et doc I-284).
324 *[CONFIDENTIEL]* et déclaration de clémence *[CONFIDENTIEL]* .
325 *[CONFIDENTIEL]* a cité comme entreprises impliquées dans la pratique , déclaration de clémence [CONFIDENTIEL], pages 3 à 5 .
326 Ce document comporte en effet le logo de *[CONFIDENTIEL]* , le nom du laboratoire et la date du 8 décembre 2009.
327 Date non spécifiée, probablement le 27 ou 28 août 2013.
328 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 6b.

logistique, le transport, la livraison et la facturation en tenant compte des éventuelles remises accordées par le laboratoire aux pharmaciens.[329] Ils n'ont pas fait de distinction entre les grossistes répartiteurs.

471. De manière plus détaillée, les réponses des laboratoires pharmaceutiques sont les suivantes :

472. Axone pharma dans sa réponse du 21 octobre 2016 précise que: « Les grossistes fournissent notamment les services suivants dans le cadre des transfer orders :

- la logistique.

- le transport et la livraison.

- la livraison de nos ordres labo à la date et aux conditions négociées par notre force de vente avec le pharmacien.

- le conditionnement / l'emballage des produits.

- le traitement des plaintes.

- le traitement des commandes placées par les pharmaciens auprès des fournisseurs.

- le maintien des stocks.

- la fourniture de services d'information ».

473. Danone/Nutricia dans sa réponse du 21 octobre 2016 a déclaré que dans le cadre des TO, les parties traitaient les commandes et livraient celles-ci. : « verwerking de bestelling, fysieke levering van de goederen aan de apotheek »

Traduction libre : «Traitement la commande, livraison physique des marchandises à la pharmacie»

474. Eurogénérics dans sa réponse du 18 octobre 2016 précise que, dans le cadre des TO, les parties gèrent le traitement des commandes, la livraison, la facturation et son suivi: « Suivi des stocks, prévoir suffisamment de stock afin de livrer en temps et en heure (SERVICE LEVEL AGREEMENT DE 48 heures) les produits auprès du pharmacien, facturation, suivi de payement de cette facture émise ».

475. GSK dans sa réponse du 17 octobre 2016 déclare que les parties dans le cadre des TO traitent les commandes et livrent celles-ci : « Livraison des produits notés par les délégués lors de leurs visites en pharmacie. Les commandes notées par les délégués sont envoyées aux grossistes répartiteurs pour livrer les pharmaciens ».

476. Meda Pharma dans sa réponse du 18 octobre 2016 a confirmé que les parties traitent les commandes, livrent les produits commandés par le pharmacien au laboratoire et gèrent également les factures de ces commandes.

477. Mylan dans sa réponse du 28 octobre 2016 a déclaré que dans le cadre des TO, les parties traitent les commandes, les livrent et gèrent les factures « Les délégués commerciaux de Mylan reçoivent les commandes des pharmacies et les introduisent dans le logiciel informatique. Ensuite, les grossistes traitent et facturent les commandes et livrent les produits aux pharmaciens. En outre, les grossistes fournissent

329 Voir les réponses des laboratoires aux questions 1 et 2 de la demande de renseignements d'octobre 2016.

également certains services d'information aux pharmacies au nom de Mylan et transmettent régulièrement un résumé des commandes traitées pour le compte de Mylan auprès des pharmacies ».

478. Omega dans sa réponse du 19 octobre 2016 a indiqué que les parties dans le cadre des TO livraient et facturaient les commandes des pharmaciens aux laboratoires « De groothandelaars zorgen voor levering aan de apotheek en de facturatie ("from order to cash"). »

Traduction libre: «Les grossistes s'occupent de la livraison à la pharmacie et de la facturation (« de la commande au paiement »).»

479. Sandoz dans sa réponse du 16 novembre 2016 a déclaré que les parties assurent la gestion de ces commandes, leur livraison et la facturation de celles-ci : « De groothandelaars verwerken dan de 'transfer orders': ze boeken de verkoop, verzorgen de facturatie aan de apotheker en leveren de producten aan de apotheek».

Traduction libre : «Les grossistes traitent ensuite les «transfer orders»: ils enregistrent la vente, s'occupent de la facturation au pharmacien et livrent les produits à la pharmacie».

ii) Documents transmis par les grossistes répartiteurs ou copiés lors des perquisitions

480. Les documents qui suivent constituent des preuves supplémentaires de l'application par CERP de la concertation sur le contenu des prestations des TO.

481. (I-321) Le rapport du Conseil d'administration de l'ANGR du 10 février 2004 dans lequel il est rappelé que «les grossistes n'acceptent pas de retours des « transfer orders » ».

482. ([CONFIDENTIEL]et KDV 7) Ces documents de 2006, qui sont une présentation réalisée par CERP à propos du calcul de la marge pour les TO, mentionnent au point « Remarques » que les displays sont livrés gratuitement si ceux-ci sont livrés avec les produits. S'ils sont livrés à part, un tarif décidé par l'ANGR est appliqué.

483. (DVW 14) Le mail de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) à Reckitt d'août 2013[330], dans lequel CERP indique qu'il est possible de faire des TO avec des displays et que les livraisons fractionnées ne se font pas dans le cadre des TO .*

484. (KDV 3) Le mail du 21 mars 2014 de Monsieur [CONFIDENTIEL] *(CERP) au Laboratoire Bayer lui indiquant, dans le cadre des Transfer Orders, la possibilité de livrer également les displays : « Le FEE sera de 8.1% dans le cas qui nous occupe mais peut-être réduit à 5.1% si l'ensemble de vos ventes en pharmacie passe par le grossiste. Nous pouvons livrer des displays tant vides que remplis et il faut demander en effet des « CNK » à Febelco. ».*

485. (KDV 8 et [CONFIDENTIEL]) Le mail du 25 août 2006 du laboratoire Patch Pharma adressé à [CONFIDENTIEL] *(CERP), dans lequel le laboratoire pharmaceutique interroge CERP sur différents points concernant les TO et notamment une question concerne la manière d'intégrer les display dans les commandes.*

330 Il s'agit d'un mail du 27 ou du 28 août 2013.

En interne, dans un mail du 28 août 2006, [CONFIDENTIEL] *(CERP) fait suivre ce mail à Monsieur* [CONFIDENTIEL] *(CERP) et lui demande une réponse aux différents questions posées par le laboratoire afin d'en discuter lors des réunions des directeurs des achats les 4 et 12 septembre. (KDV 8)*

Dans un document intitulé « Patch Pharma-OL » daté du 1er septembre 2006, une réponse à la question relative aux display est fournie. Ceux-ci sont également inclus dans le service des TO. « [CONFIDENTIEL]» ([CONFIDENTIEL])

(II-012) Ce document a été copié lors des perquisitions chez CERP. En plus de présenter la tarification des Transfer Orders post 2006 applicable, ce document rappelle le contenu des TO.

Sont en effet mentionnés dans cette présentation les prestations dans le cadre des TO :

« Stock Picking Transport Facturation Suivi »

Cette présentation PowerPoint du document II-012 a été rédigée à l'origine par [CONFIDENTIEL] pour une présentation au laboratoire Hartmann le 8 décembre 2009. Figurent en effet sur la présentation le logo de [CONFIDENTIEL] , le nom du laboratoire Hartmann et la date du 8 décembre 2009.

Cette présentation a été par la suite utilisée par [CONFIDENTIEL] puisque le fichier contenant la présentation est intitulé «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx ».

Ce fichier «[CONFIDENTIEL] présentationTransfer Orders Fr.pptx » contenant la présentation a été transmis à CERP qui l'a également utilisé[331] pour une autre occasion puisqu'il l'a envoyé par mail du 28 mai 2015 au laboratoire Bailleul-Biorga (application [CONFIDENTIEL] et CERP).

V.1.4 La durée de l'infraction

V.1.4.a Position de l'auditeur dans la communication des griefs

486. Comme mentionné au point 164 supra, CERP a participé à une réunion d'acheteurs le 4 avril 2003 avec[CONFIDENTIEL] , au cours de laquelle la rémunération relative au TO a été discutée. La participation de CERP à l'infraction relative au TO a donc débuté le 4 avril 2003.

487. La fin de la participation de CERP a été fixée à la date des perquisitions soit le 21 novembre 2016.

V.1.4.b Argument de CERP dans ses observations à la communication des griefs

488. La participation de CERP à des réunions entre le 4 avril 2003 et le 6 décembre 2005 avec les autres grossistes répartiteurs ne peut être considérée comme des éléments démontrant sa participation à la concertation relative aux TO, les réunions pour CERP n'étaient que des réunions préparatoires et CERP n'aurait donné son accord formel pour participer à la pratique relative aux TO que le 6 décembre 2005.

489. La concertation entre CERP et les autres grossistes répartiteurs a pris fin en 2009 [332], dans la mesure où la dernière preuve de concertation impliquant CERP avec d'autres grossistes répartiteurs date du 8 décembre 2009.

---

331 Voir également la réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 35 concernant le document *[CONFIDENTIEL]* (doc non daté, dont le contenu est assez similaire au document II-012) qui indique « [CONFIDENTIEL]»

332 Voir point 31 des observations de CERP à la communication des griefs.

490. Le simple fait que CERP ait continué à appliquer aux laboratoires pharmaceutiques les mêmes conditions (et plus spécifiquement à appliquer une marge de 5.1%), après le 8 décembre 2009, n'est pas constitutif d'une infraction, s'il n'y a plus de concertation[333].

491. CERP renvoie à l'un des éléments constitutifs de la notion de pratique concertée à savoir qu'une pratique concertée requiert des contacts entre concurrents. CERP estime que les contacts doivent perdurer tout au long de la pratique pour que cela soit constitutif d'une infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.

492. CERP est donc d'avis que pour ce qui la concerne, conformément à l'article IV.91 CDE, les faits concernant la pratique relative aux TO sont prescrits et ne peuvent plus faire l'objet d'une instruction.

493. CERP rappelle qu'une procédure d'instruction menée par l'Auditorat ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans avant la date de la décision de l'auditeur général de procéder à une instruction d'office. Dans cette affaire, CERP rappelle que l'instruction a été ouverte le 13 octobre 2016.

V.1.4.c Analyse de l'auditeur

494. En vertu de l'article 2 du Règlement 1/2003[334] qui prévoit que « Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue » et conformément à la jurisprudence européenne[335], il appartient à l'auditeur de rapporter la preuve des infractions qu'il constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction. L'auditeur démontrera donc dans les points ci-dessous, d'une part que CERP a participé à la concertation concernant la pratique relative aux TO dès le 4 avril 2003, qu'il existe des preuves de la participation de CERP à cette concertation jusqu'en 2014. L'auditeur établira également qu'il existe un lien entre cette concertation et le comportement de CERP sur le marché.

i) La participation de CERP à la coordination concernant la pratique relative aux TO dès le 4 avril 2003

495. Aux §§ 125 et 127 de sa communication des griefs, l'auditeur a expliqué que la concertation dans le cadre de cette pratique s'est déroulée notamment lors de réunions, réunions qui ont été les principaux fora de la concertation. L'auditeur a établi la première participation de CERP à ces réunions à la date du 4 avril 2003.

496. CERP ne conteste d'ailleurs pas avoir participé à des réunions à partir du 4 avril 2003[336] mais considère qu'il ne s'agissait que de réunions préparatoires et que la pratique relative aux TO n'aurait débuté que lors

---

333 Voir points 56 et 89 des observations de CERP à la communication des griefs.

334 Règlement (CE) No 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.

335 Voir l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011 Polimeri Europa SpA/ Commission, T-59/07, point 160 *« […]Il y a lieu de rappeler que, en ce qui concerne l'administration de la preuve d'une infraction à l'article 81, paragraphe 1, CE, la Commission 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. Ainsi, il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise […] ».*

336 Voir les déclarations de CERP dans ses observations au point 26, *« Quoique CERP a participé à un certain nombre de réunion au sujet des TO avec les autres grossistes répartiteurs pendant la période 2003-2005, ce n'est que le 6 décembre 2005 que CERP a confirmé formellement son accord à participer à la pratique des TO »,* au point 30 *« Même si les grossistes-répartiteurs ont tenu des réunions et ont eu des discussions au sujet de l'élaboration du système TO dès le 4 avril 2003, ce n'est qu'à partir de 2006 que le système des TO a été présenté sur une base collective aux laboratoires pharmaceutiques pour les convaincre d'y faire appel »* et au point 86 *« Même si les grossistes-répartiteurs ont tenu des réunions et ont eu des discussions au sujet de l'élaboration du système TO dès le 4 avril 2003, il n'en reste pas moins que ce n'est qu'à partir de 2006 que le mécanisme concerté des TO a été mis au point et présenté aux laboratoires pharmaceutiques pour les convaincre d'y faire appel ».*

de la présentation de la pratique relative aux TO aux laboratoires pharmaceutiques, soit le 10 mars 2016[337].

497. L'auditeur a considéré et maintient que la première preuve d'une concertation entre CERP et les autres grossistes répartiteurs est la réunion des acheteurs du 4 avril 2003 ; cette réunion concernait tant la tarification relative aux TO que le contenu des prestations des grossistes répartiteurs. Le compte rendu de cette réunion démontre qu'un accord entre les grossistes répartiteurs, sur une tarification relative aux TO correspondant à une marge de 5.1%, a été conclu. Cette tarification a fait l'objet de discussions, les grossistes souhaitaient éventuellement l'adapter en fonction des prestations qui en découlaient.[338]

498. L'argument de CERP ne saurait donc prospérer, ce premier document est suffisant pour démontrer que la tarification du 5.1% du prix pharmacien pour les TO avait déjà fait l'objet d'un accord entre les grossistes répartiteurs, dont CERP, et s'appliquait déjà à certains laboratoires. L'auditeur renvoie par ailleurs aux points 195, 198, et 203 supra qui montrent que la pratique concernant les TO est une pratique mise en œuvre avant 2006.

ii) La preuve de la participation de CERP à la concertation avec d'autres grossistes répartiteurs concernant la pratique relative aux TO au-delà du 8 décembre 2009

499. Comme détaillé dans la communication des griefs, l'auditeur dispose de documents prouvant une concertation entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs dans le cadre de la pratique des TO jusqu'au 3 avril 2014.

500. Il ressort en effet du § 125 de la communication des griefs que la concertation entre les grossistes répartiteurs concernant la pratique des TO a eu lieu dans le cadre de différents fora (principalement les réunions d'acheteurs, les réunions de ANGR et du groupe de travail TO) mais également via des échanges de mails multilatéraux ou bilatéraux.

501. Aux §§ 135, 232 et 270 de sa communication des griefs, l'auditeur a mentionné qu'une réunion du 19 mars 2014 avait eu lieu, réunion à laquelle CERP a participé et qui avait pour objet la rémunération des TO pour les commandes de moins de 5 pièces et la rémunération relative au display.

502. De même, il ressort du § 271 de la communication des griefs qu'une concertation a bien eu lieu entre [CONFIDENTIEL] et CERP le 20 mars 2014 concernant la tarification des TO pour les produits du laboratoire pharmaceutique Bayer.

503. Enfin, le § 272 de la communication des griefs mentionne, sur base d'un mail interne de [CONFIDENTIEL] du 3 avril 2014 saisi en perquisition chez[CONFIDENTIEL] , que des contacts récents ont eu lieu entre CERP et [CONFIDENTIEL] concernant la tarification des TO du laboratoire pharmaceutique Omega.

504. L'auditeur conclut que la concertation entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs concernant la pratique relative aux TO a donc eu lieu jusqu'au 3 avril 2014.

---

337 *« La première réunion de ce type entre les grossistes-répartiteurs et un laboratoire pharmaceutique, à savoir Zambon, a eu lieu le 10 mars 2006 »*, point 30 des observations de CERP.

338 *«[CONFIDENTIEL] . »*, document *[CONFIDENTIEL]*.

iii) Participation de CERP à une entente anticoncurrentielle

505. Premièrement, chacun des grossistes répartiteurs, en ce compris CERP, a reconnu individuellement, dans le cadre de sa demande de clémence avoir participé à la pratique relative aux TO jusqu'à la date de sa demande de clémence (pour[CONFIDENTIEL]*), ou la date des perquisitions (pour CERP et*[CONFIDENTIEL]*).*

506. CERP a déclaré qu'elle « a appliqué la marge de 5.1% sur les TO à partir du second semestre 2006 »[339]*.*

507. [CONFIDENTIEL]*a déclaré dans le cadre de sa demande de clémence qu'il appliquait toujours cet accord*[340]*.*

508. [CONFIDENTIEL]*a précisé qu'il avait participé à la pratique relative aux TO jusqu'au moment des perquisitions menées par l'ABC en 2016*[341]*.*

509. Ensuite, l'auditeur souligne que chacun des grossistes répartiteurs a déclaré que tous les grossistes répartiteurs ont appliqué les termes de la concertation relative à la pratique des TO jusqu'en 2016.

510. En effet, CERP a déclaré dans sa demande de clémence du[CONFIDENTIEL]*, section 3.3 « [CONFIDENTIEL]».*

511. De même, [CONFIDENTIEL] *ont déclaré que la tarification convenue entre les grossistes répartiteurs en 2003 et adaptée en 2006 a été appliquée jusqu'en 2016 par les grossistes répartiteurs (voir les §§ 306 et 307 de la communication des griefs).*

512. Enfin, d'autres preuves documentaires obtenues dans le cadre de l'instruction relève que la pratique relative aux TO a été mise en œuvre par CERP de 2003 à 2016 (voir les §§ 327 à 344 de la communication des griefs).

iv) L'absence de distanciation publique de CERP lors des réunions à caractère anticoncurrentiel

513. Conformément à la jurisprudence européenne[342]*, l'auditeur considère, avoir prouvé à suffisance de droit que CERP a participé à l'entente, puisqu'il a été démontré la participation de CERP à des réunions et contacts au cours desquels des accords de nature anticoncurrentielle ont été conclus, sans que CERP ne s'en soit distanciée publiquement. En effet, CERP n'a pas avancé, à un quelconque moment de la procédure administrative, des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel. CERP n'a pas démontré avoir indiqué aux autres participants qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur.*

---

339 Réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*; question 14 c, s'agissant de la pratique relative aux TO, CERP a déclaré dans sa déclaration complémentaire de CERP *[CONFIDENTIEL] «*[CONFIDENTIEL]*».*

340 *[CONFIDENTIEL] « [CONFIDENTIEL] ».*

341 *« [CONFIDENTIEL]* », demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 2.2 *CONFIDENTIEL]*».

342 *« Ainsi, selon la jurisprudence, il suffit que l'autorité administrative démontre que l'entreprise concernée a participé à des réunions entre entreprises au caractère manifestement anticoncurrentiel, sans s'y être manifestement opposée, pour prouver sa participation à l'entente . Il incombe alors à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur (arrêt Hüls/Commission, précité, point 155). La circonstance qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats de ces réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité, à moins qu'elle ne se soit distanciée publiquement de leur contenu »,* arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Sarrio contre Commission, C-291/98, point 50.

v) Le comportement des grossistes répartiteurs, et notamment celui de CERP, sur le marché suite à cette concertation

514. Comme cela ressort de la section V.1.3.b de la communication des griefs et comme rappelé aux points 499 à 504 supra, l'auditeur a démontré que CERP avait eu des contacts (et ce jusqu'en avril 2014) avec les grossistes répartiteurs concurrents en vue de déterminer une méthode uniforme de gestion des commandes spécifiques passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définies les conditions commerciales applicables (notamment la marge que les grossistes répartiteurs souhaitaient obtenir pour cette activité) et les prestations effectuées dans ce cadre.

515. Par ailleurs, l'auditeur a démontré la mise en œuvre de cette pratique par CERP (voir sections V.1.2.d et V.1.3.c de la communication des griefs) qui s'est traduite notamment par une application généralisée d'une tarification de 5.1% pour les Transfer Orders.

516. Pour ce faire, l'auditeur s'est appuyé sur les propres déclarations de CERP faites lors de sa demande de clémence mais aussi sur les demandes de clémence des autres participants à l'entente et sur les preuves documentaires récoltées pendant l'instruction. L'auditeur a ainsi relevé ce qui suit.

517. Premièrement, CERP, a reconnu individuellement, dans le cadre de sa demande de clémence avoir participé à la pratique relative aux TO jusqu'à la date des perquisitions. CERP a en effet déclaré avoir appliqué la marge de 5.1% sur les TO à partir du second semestre 2006 [343].

518. Ensuite, chacun des grossistes répartiteurs a affirmé que tous les grossistes répartiteurs ont appliqué les termes de la concertation relative à la pratique des TO jusqu'en 2016.

519. En effet, CERP a déclaré dans sa demande de clémence du [CONFIDENTIEL]*, section 3.3 «* [CONFIDENTIEL] *».*

520. De même, [CONFIDENTIEL]*ont déclaré que la tarification convenue entre les grossistes répartiteurs en 2003 et adaptée en 2006 a été appliqué jusqu'en 2016 par les grossistes répartiteurs (voir les §§ 306 et 307 de la communication des griefs).*

521. De plus, une grande majorité des réponses des laboratoires pharmaceutiques interrogés confirment que la tarification qui leur a été appliquée correspond à la tarification convenue dans le cadre de la concertation entre CERP et les autres grossistes répartiteurs. (voir les §§ 308 à 326 de la communication des griefs).

522. Enfin, d'autres preuves documentaires obtenues dans le cadre de l'instruction relèvent que la pratique relative aux TO a été mise en œuvre par CERP de 2003 à 2016 (voir les §§ 327 à 344 de la communication des griefs).

523. Il convient par ailleurs de souligner que, conformément à la jurisprudence européenne[344]*, le fait que les membres dans le cadre d'une entente « trichent » n'a pas pour conséquence d'infirmer l'existence de*

---

343 Réponse de CERP du *[CONFIDENTIEL]*, question 14 c.

344 *« Par ailleurs, une tricherie entre les membres d'une entente ne saurait infirmer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, même à supposer établi le fait que certains participants à l'entente parvenaient à tromper d'autres participants en transmettant des informations incorrectes et à utiliser l'entente à leur profit, en ne la respectant pas, l'infraction commise n'est pas éliminée par ce simple fait (voir arrêt du 8 juillet 2008, Knauf Gips/Commission, T-52/03 »* Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2019, Huhtamäki Oyj,, Huhtamaki Flexible Packaging Germany GmbH & Co.KG contre Commission européenne, affaire T-530/15, point 118.

l'infraction. L'auditeur constate qu'aucun grossiste répartiteur n'a, avant les perquisitions ou avant sa demande de clémence, mis fin à l'application des termes de la concertation concernant la pratique des TO, quand bien même l'un ou l'autre des grossistes répartiteurs n'aurait sporadiquement pas appliqué les termes de la concertation et notamment la tarification relative aux TO, tel que le prétend CERP[345](cette affirmation de CERP a été relativisée aux point 323 à 328 supra.

vi) Concernant le lien de causalité entre la concertation et le comportement adopté par CERP sur le marché.

524. Il est de jurisprudence constante que la notion d'entente implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. L'existence de ce lien de causalité peut être présumé sauf preuve contraire à charge des entreprises[346].

525. La présomption du lien de causalité n'exige que la participation de l'entreprise à la concertation et son maintien sur le marché. Il n'est pas nécessaire que la concertation entre les entreprises se manifeste par des contacts réguliers et pendant une longue période[347].

526. Le type de concertation et la fréquence des contacts s'apprécie en tenant compte de l'objet de la concertation et des circonstances propres du marché sur lequel la concertation a lieu[348].

« En conséquence, dans le cas d'accords se manifestant lors de réunions d'entreprises concurrentes, une infraction à cette disposition est constituée lorsque ces réunions ont un tel objet et visent, ainsi, à organiser artificiellement le fonctionnement du marché. Dans un tel cas, la responsabilité d'une entreprise déterminée dans l'infraction est valablement retenue lorsqu'elle a participé à ces réunions en ayant connaissance de leur objet, même si elle n'a pas, ensuite, mis en œuvre l'une ou l'autre des mesures convenues lors de celles-ci. L'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions ainsi que la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues ont des conséquences non pas sur l'existence de sa responsabilité, mais sur l'étendue de celle-ci et donc sur le niveau de la sanction (arrêt de la Cour du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 145) », arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008 , Knauf Gips KG contre Commission, affaire T-52/03, point 175.

345 Voir points 32 et 33 des observations de CERP à la communication des griefs.

346 Voir arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, C-199/92 Hüls AG /Commission , point 162 *« Il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leur concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché »* , arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 51 *« S'agissant de la présomption de causalité formulée par la Cour dans le cadre de l'interprétation de l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient, tout d'abord, de rappeler que la Cour a jugé que, comme cela résulte des termes mêmes de cette disposition, la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. La Cour a ensuite considéré que, toutefois, il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. »* et arrêt du tribunal du 7 novembre 2019, T-240/17,Campine NV contre Commission, points 303 et 304.

347 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 58 *« À cet égard, il convient de relever qu'il découle des points 121 de l'arrêt Commission/Anic Partecipazioni, précité, et 162 de l'arrêt Hüls/Commission, précité, que la Cour a uniquement lié l'application de ladite présomption à l'existence d'une concertation et au fait que l'entreprise est restée active sur le marché. L'ajout des termes «[i]l en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période», loin d'étayer la thèse selon laquelle la présomption de causalité est applicable uniquement dans l'hypothèse où les entreprises se réunissent régulièrement, doit nécessairement être interprété en ce sens que cette présomption est renforcée lorsque des entreprises ont concerté leur comportement de manière régulière au cours d'une longue période. ».*

348 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit, point 60 *« Ainsi que l'ont relevé à bon droit le gouvernement néerlandais ainsi que Mme l'avocat général aux points 104 et 105 de ses conclusions, ce sont tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché. En effet, si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période. En revanche si, comme dans l'affaire au principal, la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées. ».*

527. La Cour a en effet rappelé que « il y a lieu de considérer que ce qui importe n'est pas tant le nombre de réunions entre les entreprises concernées que le fait de savoir si le ou les contacts qui ont eu lieu ont offert à ces dernières la possibilité de tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché considéré et de substituer sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence »[349].

528. Sur base de la jurisprudence citée supra, l'auditeur peut donc présumer le lien de causalité entre le comportement de CERP sur le marché et la concertation avec les autres grossistes répartiteurs concernés concernant la pratique relative aux TO.

529. L'auditeur constate que CERP n'a pas apporté de preuve d'une absence de lien de causalité entre la concertation et son comportement sur le marché.

530. L'auditeur constate en effet que CERP se contente, au point 56 de ses observations, de préciser que « En l'absence de concertation, le simple fait que CERP a continué à fournir des services TO aux laboratoires pharmaceutiques avec une marge de 5,1% n'est pas constitutif d'une infraction ».

531. Par ailleurs, dans sa réponse du[CONFIDENTIEL], CERP avait indiqué, sans aucune pièce étayant ses dires, n'avoir pas d'autre choix que de continuer à appliquer une marge de 5.1% sur les TO. CERP a déclaré que « [CONFIDENTIEL]*» .*

532. Or, ces deux déclarations générales ne sont pas suffisantes pour prouver que CERP, depuis les derniers contacts avec les autres grossistes répartiteurs concernés par la pratique, aurait adopté sa propre politique commerciale concernant les TO et ne tiendrait plus compte des termes de cette concertation. Conformément à la jurisprudence citée supra, il appartient à CERP de prouver qu'il n'a pas tenu compte des informations échangées avec ses concurrents pour déterminer son comportement sur le marché dans le cadre des TO, ce qu'il ne fait absolument pas. En effet, le fait que CERP ait continué à fournir des services TO avec la marge convenue de 5,1 % démontre en soi déjà qu'elle a participé à un accord ou une pratique concertée tout au long de la période pendant laquelle elle a appliqué cette marge.

533. L'instruction a par ailleurs également démontré que l'objet et les caractéristiques de la pratique et la pérennité de celle-ci n'ont pas nécessité de réunions régulières, une fois les termes de l'accord établi.

534. En effet, l'auditeur a expliqué aux §§ 123 et 124 de sa communication des griefs que lorsque les principaux aspects du système des TO ont été établis, les échanges entre les grossistes répartiteurs ont été plus sporadiques, les contacts entre les grossistes répartiteurs n'étant pas indispensables pour l'application des termes de leur concertation.

535. L'auditeur n'a relevé, dans les informations ou renseignements reçus par les entreprises ayant participé à la pratique relative aux TO, aucun élément indiquant la nécessité pour les entreprises participant à la pratique de se réunir ou d'échanger régulièrement pour mettre en œuvre les termes de leur concertation, cela s'explique notamment parce que la marge convenue était un pourcentage fixe ou l'application d'une formule calculée sur base des marges définies par les pouvoirs publics.

349 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 61.

536. [CONFIDENTIEL] *ont, au contraire, évoqué le caractère non nécessaire de la poursuite de contacts entre grossistes répartiteurs pour mettre en œuvre la pratique relative aux TO.*

537. [CONFIDENTIEL]*, dans le cadre de sa demande de clémence*[350] *a confirmé que les contacts entre les grossistes répartiteurs n'étaient pas nécessaires en raison du mode de calcul de la tarification qui n'a plus changé depuis 2006.*

538. [CONFIDENTIEL]*, dans le cadre de sa demande de clémence a également déclaré que les contacts entre les grossistes répartiteurs, pour ce qui concerne la pratique relative aux TO, n'ont plus été nécessaires une fois le système des TO bien rodé (vers 2009).*

539. Dans la présente affaire, la pratique relative aux TO est un accord et/ou une pratique concertée dont les termes (pour ce qui concerne la tarification) ont été définis dès 2003 et réadaptés en 2006 mais ayant vocation à s'appliquer pour une période indéterminée et ne nécessitant plus -une fois l'accord de principe établi- de réunions régulières de concertation, il s'ensuit dès lors que la période d'application doit être incluse dans la durée de l'infraction, à l'instar de la position du Tribunal et de la Cour dans l'affaire Acerinox[351]*.*

540. L'auditeur constate donc que CERP a participé à la pratique relative aux TO du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016, et rejette, au vu des caractéristiques de la présente affaire, la position de CERP en ce que l'absence de réunions de concertation entre CERP après 2009 (sic) et les autres grossistes répartiteurs concernés par la pratique des TO marquerait la fin de sa participation à l'infraction.

541. Pour le surplus, l'auditeur rappelle la jurisprudence européenne constante qui considère que « le régime de concurrence instauré par les articles 101 TFUE et 102 TFUE s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique. Par conséquent, en cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 101 TFUE soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de la cessation formelle des contacts collusoires. Il en découle que la durée d'une infraction peut être appréciée en fonction de la période pendant laquelle les entreprises incriminées ont mis à exécution un comportement interdit par cet article. (voir, en ce sens, arrêts du 15 juin 1976, EMI Records, 51/75, Rec. p. 811, point 30; EMI Records, 86/75, Rec. p. 871, point 27; EMI Records, 96/75, Rec. p. 913, point 15, et du 3 juillet 1985, Binon, 243/83, Rec. p. 2015, point 17). En d'autres termes, le Tribunal aurait pu théoriquement constater l'existence d'une infraction, par exemple, pendant toute la période durant laquelle les prix collusoires ont été en vigueur, ce qui aurait abouti, en l'espèce, à un résultat objectivement moins favorable aux intérêts des requérantes.»[352]

542. L'auditeur considère que cette jurisprudence qui concerne une situation où les ententes ont formellement cessé, est d'autant plus pertinente pour les affaires où l'accord ou la pratique concertée n'a pas cessé mais continué à être mis en oeuvre, comme dans la présente affaire. En effet, la cessation

350 *[CONFIDENTIEL] « [CONFIDENTIEL] »*
351 Voir les arrêts du Tribunal du 13 décembre 2001 , T-48/98 , points 47 et ss. et de la Cour de justice du 14 juillet 2005, C-57/02 P, points 55 et ss. dans l'affaire Acerinox/ Commission.
352 Arrêt de la Cour du 30 mai 2013 dans l'affaire C-70/12 P, Quinn Barlo /Commission, point 40.

formelle de la participation par CERP à l'accord ou la pratique n'est intervenue qu'à la date des perquisitions, soit le 21 novembre 2016.

543. La pratique relative aux pratiques TO, à laquelle a participé CERP, a produit ses effets jusqu'en 2016, puisque, comme cela a été repris à la section V.1.3.c de la communication des griefs et aux points 323 à 328 supra, cette pratique ou accord a été mise en œuvre par les grossistes répartiteurs, et notamment par CERP jusqu'à la date des perquisitions.

V.1.4.a Conclusion de l'auditeur

544. Il ressort donc de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'auditeur a prouvé la durée de participation de CERP à la pratique relative aux TO du 4 avril 2003 jusqu'au 21 novembre 2016 et que les faits reprochés à CERP dans le cadre de la pratique des TO ne sont dès lors pas prescrits.

V.1.5 Etendue géographique de l'infraction

545. L'étendue géographique de l'infraction est le territoire de la Belgique. En effet, CERP et les autres parties ont une activité s'étendant sur une grande partie, voire pour certaines l'entièreté, du territoire belge et, ensemble, les parties couvrent l'entièreté du marché belge. En outre la pratique restrictive des Transfer Orders a été définie pour s'appliquer à l'ensemble des laboratoires pharmaceutiques et pharmaciens ayant recours aux Transfer Orders.

V.2 La pratique relative aux vaccins contre la grippe

V.2.1 Les produits et services concernés

546. Les produits et services visés par la pratique concernent les vaccins contre la grippe vendus et distribués par CERP et les autres parties aux pharmaciens.

V.2.2 Les griefs

V.2.2.a Position de l'auditeur dans la communication des griefs

547. L'auditeur retient comme grief l'existence d'une concertation entre CERP et les autres parties concernant les conditions commerciales applicables aux ventes de vaccins contre la grippe aux pharmaciens pendant les périodes des préventes.

548. Cette concertation a eu pour objet de définir des conditions commerciales identiques offertes aux pharmaciens par tous les grossistes répartiteurs lors de leurs commandes des vaccins contre la grippe passées dans le cadre des préventes.

549. CERP et les autres parties se sont en effet concertées sur les remises accordées aux pharmaciens, sur la possibilité ou non de retours des vaccins contre la grippe invendus et sur la délimitation de la période des préventes.

550. Cette concertation a débuté le 4 avril 2003.

551. Les termes de cette concertation ont été appliqués par CERP et les autres parties pendant toute la période infractionnelle retenue à leur égard. Pour ce qui concerne CERP, la fin de la période a été établie au 21 novembre 2016.

552. *La portée de la pratique était large car d'une part cette pratique concernait l'ensemble des pharmaciens actifs en Belgique et l'ensemble des vaccins contre la grippe qui étaient mis sur le marché belge chaque année et d'autre part, les parties représentaient une grande partie du marché belge[353].*

A. Le contexte de la mise sur le marché des vaccins contre la grippe

i) La mise sur le marché des vaccins contre la grippe

553. *Les vaccins contre la grippe sont des produits pharmaceutiques présentant certaines particularités. En effet, contrairement à de nombreux produits pharmaceutiques, les vaccins contre la grippe ont une composition différente chaque année[354] pour tenir compte de l'évolution du virus de la grippe. Des « nouveaux » vaccins sont donc produits chaque année par les laboratoires pharmaceutiques, ceux des années précédentes n'étant plus protecteurs.*

554. *De plus, la vaccination contre la grippe, pour être efficace, doit avoir lieu dans le courant de l'automne.*

555. *De manière générale, chaque laboratoire pharmaceutique informe l'ensemble des grossistes répartiteurs de ses plans commerciaux pour l'année.[355] Ainsi sont annoncés :[356]*

- *l'identité des vaccins contre la grippe que le laboratoire décide de mettre sur le marché ;*
- *les éventuelles remises relatives à ces vaccins qui peuvent être obtenues par les grossistes répartiteurs[357] mais aussi par les pharmaciens ;*
- *le type de livraison pour les vaccins contre la grippe aux pharmacies, la livraison aux pharmaciens dépendant de la manière dont ces vaccins ont été achetés par ces derniers[358] ;*
- *les délais de livraison aux grossistes répartiteurs ;*
- *le prix de vente grossiste (prix ex usine), le prix de vente public tels que déterminés par les pouvoirs publics[359] et le prix de vente pharmacien.*

556. *Chaque laboratoire pharmaceutique demande aux grossistes répartiteurs une estimation de leurs futures ventes annuelles.[360]*

557. *Les laboratoires pharmaceutiques attendent, de manière générale, les commandes des grossistes répartiteurs pour le début de l'été.[361].*

ii) Le système des préventes des vaccins contre la grippe

558. *Le système des préventes permet pendant une certaine période pour les pharmaciens, de commander anticipativement pour la saison de vaccination à venir aux grossistes répartiteurs une quantité des différents vaccins contre la grippe, avant que ces derniers ne soient disponibles sur le marché. A cette fin,*

---

353 Voi section supra VI.1.2.c.
354 La composition du vaccin se base sur les recommandations de l'OMS délivrées début février pour l'hémisphère Nord, voir réponse de [CONFIDENTIEL]du 12 novembre 2019, introduction point 9 et annexe 13 de cette même réponse.
355 Voir réponse [CONFIDENTIEL] du DDR octobre 2019 question 8.
356 Voir annexe 13 réponse de [CONFIDENTIEL]du 12 novembre 2019.
357 Voir documents *[CONFIDENTIEL]*, AK 20 et annexe 14 réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019.
358 *« [CONFIDENTIEL]»* Réponse de [CONFIDENTIEL], question 8.
359 voir section IV.1.3 Le cadre réglementaire.
360 Réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, remarques introductives ; réponses de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements, introduction point 19.
361 Voir annexes 22 et 23 de la réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 et annexe 5 de la réponse de CERP du 31 octobre 2019.

les grossistes répartiteurs envoient aux pharmaciens chaque année des formulaires de prévente (c.à.d. des formulaires de commande) des vaccins contre la grippe qui seront sur le marché pour la saison[362] de vaccination concernée. Cette période de prévente se tient au cours du printemps.

559. Les grossistes répartiteurs attendent les commandes des pharmaciens, et évaluent ensuite les commandes qu'ils doivent passer auprès des différents laboratoires.

560. Pour favoriser le recours à ce système de prévente, des ristournes spécifiques sont parfois octroyées par les laboratoires aux pharmaciens, par l'intermédiaire des grossistes répartiteurs.

561. Le système de prévente des vaccins est relativement ancien.

562. CERP ne peut dater précisément quand ce système a été mis en place mais elle indique que cela fait très longtemps[363]. Quant[CONFIDENTIEL]*, ces derniers considèrent que les réservations de vaccins ont débuté aux alentours de 2001-2002.[364]*

563. C'est dans le cadre de ce système de prévente qu'à une certaine époque CERP et les autres parties se sont concertées sur certains aspects détaillés infra.

B. La concertation

564. Il ressort de l'instruction que la concertation a été réalisée par des échanges entre les parties qui ont eu lieu en différentes occasions et sous diverses formes :

- *réunions entre les responsables des achats des parties;*
- *réunions du conseil d'administration de l'ANGR ;*
- *autres échanges bilatéraux et multilatéraux.*

565. CERP a confirmé avoir participé à ces échanges entre le 4 avril 2003 et le 3 mai 2010.[365]

i) Les réunions entre les responsables des achats

566. C'est au cours de réunions entre les responsables des achats des parties (réunions d'acheteurs) que les premières discussions et accords sont intervenus concernant les conditions commerciales accordées aux pharmaciens dans le cadre des préventes.[366] [367]

«[CONFIDENTIEL] ».[368]

567. L'arrêt des réunions d'acheteurs date des années 2010-2011[369].

---

362 Le secteur parle de saison car la disponibilité du vaccin annuel contre la grippe s'étend sur deux années calendrier .
363 Réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, question 14.
364 Réponses de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements, respectivement question 5 et question 22.
365 Voir demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL] points 3 et 4.
366 CERP a reconnu que les responsables des achats des parties se sont réunis à partir de 2003, demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], points 3 et 4.
367 [CONFIDENTIEL] confirme que les réunions d'acheteurs, au cours desquelles les conditions commerciales accordées aux pharmaciens dans le cadre des préventes ont été discutées, ont commencé en 2003, demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
368 Demande de clémence [CONFIDENTIEL], page 19.
369 « [CONFIDENTIEL] », Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], page 20 ; voir aussi demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2

568. L'instruction a permis d'établir que des réunions d'acheteurs, au cours desquelles les parties ou certaines d'entre elles se sont concertées sur la pratique relative aux vaccins contre la grippe, se sont déroulées aux dates suivantes :

- *le 4 avril 2003 ([CONFIDENTIEL]) ;*
- *le 18 mai 2005 ([CONFIDENTIEL]) ;*
- *le 19 mars 2007 (Doc[CONFIDENTIEL]) ;*
- *le 16 juin 2008 (annexe 30 réponse de Belmedis du 12 novembre 2019) ;*[370]
- *le 21 avril 2009 (1-006),*[371]
- *le 2 mai 2011 (1-028).*

ii) Les réunions ANGR

569. Parallèlement aux réunions d'acheteurs, des discussions entre les parties concernant les conditions commerciales accordées aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe ont également eu lieu dans le cadre de réunions de l'ANGR.[372] [373]

570. L'instruction a permis d'établir que CERP et les autres parties se sont concertées sur les conditions commerciales accordées aux pharmaciens dans le cadre des préventes des vaccins contre la grippe aux cours des deux réunions de l'ANGR suivantes :

- *le 13 mars 2007 (doc annexe 12 réponse du 12 novembre 2019 de Belmedis) ;*
- *le 13 mai 2008 (docs [CONFIDENTIEL]et[CONFIDENTIEL]).*

iii) Les contacts multilatéraux et bilatéraux

571. Il ressort de l'instruction qu'en dehors des réunions d'acheteurs ou de l'ANGR, des contacts entre les parties ont eu lieu.

572. Les échanges ont principalement pris la forme d'échange de mails.

573. L'instruction a permis d'établir des contacts entre CERP et les autres parties pour la saison 2010-2011.

C. L'objet de la concertation

574. CERP a participé à une concertation avec les autres parties afin de définir des conditions commerciales identiques offertes aux pharmaciens lors de leurs commandes des vaccins contre la grippe passées dans le cadre du système des préventes.

575. CERP et les autres parties se sont concertées sur les remises à octroyer aux pharmaciens ; elles se sont plus particulièrement accordées pour ne pas octroyer de remises supplémentaires en plus de celles éventuellement accordées par les laboratoires pharmaceutiques. CERP et les autres parties se sont de plus

370 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
371 L'instruction n'a pas établi la participation de CERP à cette réunion.
372 Demande de clémence de CERP du[CONFIDENTIEL], point 3.
373 [CONFIDENTIEL] a également déclaré que des discussions dans ce cadre ont eu lieu, déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

concertées pour ne pas accepter les retours des vaccins contre la grippe invendus, et pour délimiter la période de prévente.

«[CONFIDENTIEL]»[374]

« [CONFIDENTIEL] ». [375]

« [CONFIDENTIEL] » [376]

576. Les discussions ont surtout eu lieu les premières années de la pratique. C'est lors de cette période que CERP et les autres parties se sont mises d'accord sur les conditions commerciales concernant les préventes.

577. Par la suite, les échanges entre les parties ont été plus sporadiques car ils n'étaient pas nécessaires puisque les termes de l'accord sont demeurés inchangés. Une concertation annuelle n'était pas nécessaire pour la mise en œuvre de l'entente.[377]

578. CERP et les autres parties ne sont pas revenues sur les termes de l'accord[378] *et les ont appliqués pendant toute la période infractionnelle retenue.*[379]

i) S'agissant des remises accordées aux pharmaciens

579. Deux types de remises peuvent être accordées aux pharmaciens lors de leurs commandes auprès des grossistes répartiteurs : une remise octroyée par le laboratoire pharmaceutique par l'intermédiaire du grossiste répartiteur et une remise supplémentaire propre au grossiste répartiteur.

580. CERP et les autres parties se sont concertées sur les remises faites aux pharmaciens et plus particulièrement elles se sont accordées pour ne plus accorder de remise aux pharmaciens en plus de celles qui seraient éventuellement octroyées par les laboratoires pharmaceutiques:

[CONFIDENTIEL]»[380]

« [CONFIDENTIEL] » [381]

« [CONFIDENTIEL] ».[382]

ii) S'agissant des retours des vaccins contre la grippe invendus par les pharmaciens

581. CERP et les autres parties se sont concertées sur les possibilités de retours des vaccins contre la grippe invendus qu'elles octroyaient aux pharmaciens.[383]

« [CONFIDENTIEL] »[384]

---

374 Déclaration de clémence de CERP *[CONFIDENTIEL]*, point 1.
375 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], pages 18-19.
376 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
377 *« »*, Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
378 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
379 *«* [CONFIDENTIEL]*»* Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 4.
380 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 1.1.
381 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
382 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point V.2., page 19.
383 Il est à remarquer que les grossistes répartiteurs ont l'opportunité de retourner aux laboratoires pharmaceutiques une partie de leurs achats de vaccins contre la grippe invendus et d'être remboursés (voir par exemple les documents*[CONFIDENTIEL]*, 1-275 et *[CONFIDENTIEL]*, l'annexe 14 de la réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements).
384 Demande de clémence de[CONFIDENTIEL], point V.2., pages 18-19.

582. Cette concertation a abouti à se mettre d'accord de ne plus accepter les retours des vaccins contre la grippe invendus.

« [CONFIDENTIEL]*»*[385]

« [CONFIDENTIEL] .[386]

« [CONFIDENTIEL] ».[387]

iii) S'agissant de la détermination de la période de prévente des vaccins contre la grippe

583. Chaque grossiste répartiteur est tenu par certaines contraintes pour déterminer la durée de ses préventes des vaccins contre la grippe.

584. En effet, la période des préventes ne peut débuter que lorsque le grossiste répartiteur a connaissance des vaccins qui seront mis sur le marché et des conditions commerciales qui lui seront accordées ainsi qu'aux pharmaciens par les laboratoires pharmaceutiques pour la saison concernée.

585. La période des préventes doit se terminer avant la date fixée par les laboratoires pharmaceutiques pour recevoir les commandes des grossistes répartiteurs[388]*.*

« Il convient de noter que la date d'envoi des formulaire de prévente ne dépend pas de la seule volonté des grossistes répartiteurs mais prend surtout en considération la date limite déterminée par les laboratoires pour la réception de l'ensemble des commande de vaccins»[389]

« les laboratoires pharmaceutiques demandent aux grossistes-répartiteurs d'estimer (généralement pour le 30 juin de chaque année) le nombre de vaccins que ces derniers vendront au cours de l'hiver à venir»[390] [391]

586. Dans ce contexte, les grossistes répartiteurs conservent néanmoins une certaine latitude pour définir leur propre période de prévente, et particulièrement le début de cette période.

587. Or, CERP et les autres parties se sont concertées afin de déterminer la période pendant laquelle les préventes auraient lieu.

«[CONFIDENTIEL]*»*[392]

« [CONFIDENTIEL] »[393] *et « [CONFIDENTIEL] .»*[394]

«[CONFIDENTIEL] »[395]

---

385 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 1.2.
386 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
387 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point V.2., page 19.
388 Voir par exemple les annexes 22 et 23 de la réponse de [CONFIDENTIEL]du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements.
389 Réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements, question 2 a).
390 Réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, point « REMARQUES INTRODUCTIVES ».
391 Cette période a toutefois légèrement évolué au fil des années. En effet, dans le début des années 2000, la période de prévente semblait plus étendue, puisque la date de fin des préventes concertée par les grossistes répartiteurs s'étendait jusqu'au 15 septembre (voir doc *[CONFIDENTIEL]*d'avril 2003 et *[CONFIDENTIEL]*de mai 2005). L'instruction a relevé que ce n'est qu'à partir de 2010 que la période de prévente s'est terminée fin juin.
392 Demande de clémence de CERP[CONFIDENTIEL], , point 1.3.
393 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], pages 18 et 19.
394. *[CONFIDENTIEL]*
395 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.

588. Il ressort de l'instruction que les préventes[396] des grossistes répartiteurs ont débuté le 15 mai[397] et se sont terminées le 30 juin[398 399].

589. CERP a confimé cette période de prévente.

« [CONFIDENTIEL]*»[400]*

590. [CONFIDENTIEL] confirment également cette période de prévente :

« La période de prévente se déroule généralement de mi-mai à fin juin »[401].

D. L'application par les parties des termes de la concertation

591. Il ressort de l'instruction qu'une fois que CERP et les parties ayant transigé se sont mises d'accord sur les différents aspects décrits supra de la concertation, elles ont appliqué pendant toute la durée de la pratique les termes de la concertation[402 403] .

592. CERP a déclaré avoir appliqué les termes de la concertation jusqu'au 21 novembre 2016.

« [CONFIDENTIEL]*»[404]*

« CERP rétrocède aux pharmaciens l'intégralité des remises que lui confèrent les laboratoires pharmaceutiques.[…] CERP ne pratique en revanche aucune autre forme de remise »[405] .

593. L'application de cet accord par CERP et par les autres parties s'est tout particulièrement traduite en pratique par l'offre aux pharmaciens de conditions financières identiques à savoir l'octroi de remises venant uniquement du laboratoire pharmaceutique ou l'absence complète de remise (en effet, le laboratoire peut, selon les années et selon le vaccin, accorder ou non des remises aux pharmaciens), les remises mentionnées dans les formulaires de préventes des parties en attestent.

594. Les formulaires de prévente de CERP et des autres parties rappellent par ailleurs quasi systématiquement l'accord de non-retour des vaccins contre la grippe invendus.

V.2.2.b Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

595. Selon CERP, la pratique relative aux vaccins grippe a été organisée entre les parties, de manière annuelle, sous forme de contacts portant sur les conditions commerciales des préventes de l'année en cours, et ce en raison du caractère annuel des activités de distribution des vaccins contre la grippe des grossistes répartiteurs,

---

396 Il convient de noter que pour la saison 2008-2009, il n'y a pas eu de prévente au sens strict mais il s'agissait de réservation de vaccins contre la grippe.
397 Voir les documents 1-006 et *[CONFIDENTIEL]*.
398 Comme déjà mentionné, les dates de fin des préventes étaient différentes au début des années 2000 mais faisaient déjà l'objet d'une concertation entre grossistes répartiteurs.
399 Ce n'est qu'après la saison 2008-2009 que cette période de prévente est devenue constante. Avant cette saison, la période de prévente variait et celle-ci a pu parfois durer jusqu'en septembre.
400Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 1.3.
401 Réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements, question 8 a) i. et réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019 à la demande de renseignements, question 24 a) i.
402 *« [CONFIDENTIEL] »* demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.
403 *«[CONFIDENTIEL] » [CONFIDENTIEL]* .
404 Demande de clémence [CONFIDENTIEL], point 4.
405 Réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, question 17 a)iv.

596. CERP déclare que les conditions commerciales qu'elle applique aux pharmaciens dans le cadre des préventes des vaccins contre la grippe divergent fortement depuis 2014 de celles appliquées par les autres grossistes répartiteurs concernés par la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

597. Enfin, CERP soutient également que ses formulaires de prévente ne mentionnent jamais de date de début de préventes pour les vaccins contre la grippe et qu'ils sont souvent envoyés avant le 15 ou 16 mai de la saison concernée.

598. CERP avance que le grief à son encontre dans le cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe varie dans le temps puisque l'auditeur a retenu dans un premier temps le grief fondé sur une concertation pour les saisons allant de la saison 2003-2004 à la saison 2010-2011 avec les autres grossistes-répartiteurs sur les conditions commerciales des préventes des vaccins contre la grippe, et dans un second temps que le grief fondé sur une application des termes de la concertation allant de la saison 2011-2012 à la saison 2015-2016.

V.2.2.c Analyse de l'auditeur

i) Sur l'absence de caractère annuel de la concertation relative aux vaccins contre la grippe

599. L'auditeur conteste le caractère annuel de la concertation dans la cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

600. Dans le cadre de la distribution des vaccins contre la grippe, il a été relevé que certains échanges avaient un caractère nécessairement annuels. Il s'agit des contacts qui ont lieu chaque année d'une part entre les laboratoires pharmaceutiques et les grossistes répartiteurs lors de la mise sur le marché des vaccins contre la grippe (voir §377 de la communication des griefs) et d'autre part, entre les grossistes répartiteurs et les pharmaciens (voir § 380 de la communication des griefs) lors des préventes, échanges portant sur les commandes de vaccins et sur les conditions commerciales qui leur seront appliquées.

601. Dans le cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe, CERP et les autres parties se sont concertées afin de ne pas octroyer des remises supplémentaires à celles éventuellement octroyées par les laboratoires pharmaceutiques aux pharmaciens, et pour ne pas accepter les retours des vaccins contre la grippe invendus par les pharmaciens, ainsi que pour délimiter la période de prévente.

602. Toutefois, l'instruction n'a pas établi que les contacts entre grossistes répartiteurs concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe dans son ensemble étaient des contacts nécessairement annuels.

603. L'auditeur a, au contraire, souligné au §§ 398 et 399 de sa communication des griefs que c'est lors des premières années de la pratique que les discussions concernant les conditions commerciales sur les préventes des vaccins contre la grippe ont eu lieu, que ces échanges entre les parties ont ensuite été plus sporadiques car ils n'étaient pas nécessaires, les termes de l'accord étant demeurés inchangés. L'auditeur a par ailleurs explicitement indiqué qu'une concertation annuelle n'étaient pas nécessaire pour la mise en œuvre de l'entente.

604. Aucun élément indiquant la nécessité pour les entreprises participant à la pratique de se réunir ou d'échanger régulièrement pour mettre en œuvre les termes de leur concertation n'a été relevé dans les informations ou renseignements reçus par les parties.

605. Cela s'explique principalement parce que ces termes n'ont pas varié, mais aussi, en raison du fait que les termes de la concertation ne reposent pas sur des éléments qui étaient variables annuellement.

606. Par ailleurs, [CONFIDENTIEL] *a confirmé le caractère non nécessaire de la poursuite de contacts entre grossistes répartiteurs pour mettre en œuvre la pratique relative aux vaccins contre la grippe*[406]*.*

607. Au surplus, le choix de faire, dans la communication des griefs (et dans la présente proposition de décision motivée, cfr section V.2.3 b infra), la présentation des preuves de la pratique relative aux vaccins contre la grippe par saison vaccinale[407]*, visait à faciliter la lecture des preuves de la concertation entre CERP et les autres grossistes répartiteurs, à replacer les preuves dans leur contexte exact mais aussi à faciliter la démonstration de l'application des termes de la concertation par CERP par de nombreux exemples. Cette présentation par saison ne signifie pas que la concertation dans le cadre de cette pratique relative aux vaccins contre la grippe est une concertation qui doit être annuelle.*

ii) Sur l'évolution dans le temps du grief concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe à l'encontre de CERP

608. L'auditeur conteste l'évolution dans le temps du grief en scindant, comme le fait CERP, la concertation entre les parties et l'application de la pratique relative aux vaccins contre la grippe à l'encontre de CERP et renvoie au grief retenu à l'encontre de CERP, qui a défini le début de la concertation et l'application des termes de cette concertation dès 2003.

609. CERP utilise la présentation faite par saison à la section «V.2.3 Eléments de preuves »[408] *de la communication des griefs pour en tirer la conclusion que le grief relatif à la pratique concernant les vaccins contre la grippe a évolué dans le temps.*

610. Or, dans cette présentation, était mise en avant, pour chaque saison, les éléments constitutifs de l'infraction qui résultaient des pièces en question et a identifié les grossistes répartiteurs qui avaient pris part à ces éléments. Cependant ceci n'est qu'une partie de la présentation des preuves qui a été faite par l'auditeur. En effet, la première sous-section[409] *de cette section V.2.3 de la communication des griefs inclus l'ensemble des déclarations des demandeurs de clémence qui ont chacun reconnu avoir participé à la pratique relative aux vaccins contre la grippe du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016 pour CERP et* [CONFIDENTIEL] *, et du 4 avril 2003 au 19 octobre 2016 pour*[CONFIDENTIEL].

iii) Sur les remises

611. L'auditeur constate que pour l'ensemble des saisons, CERP a appliqué le point de l'accord portant sur les remises, à savoir ne pas accorder de remises supplémentaires à celles éventuellement accordées par le laboratoire pharmaceutique.

612. Ceci résulte des déclarations des demandeurs de clémence[410]*, dont celle de CERP qui a précisé dans sa demande de clémence du* [CONFIDENTIEL]*: «* [CONFIDENTIEL]*.»*[411]

---

406 *« [CONFIDENTIEL] »*, demande de clémence de [CONFIDENTIEL] , point 3.2.
407 Voir la section « Les éléments de preuve » (sous- section « Documents transmis par les parties ou copiés lors des perquisitions »).
408 Présentataion par saison est la sous section V.2.3.b.
409 « V.2.3.a Les différentes déclaration des parties » de la communication des griefs.
410 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], page 19 , *[CONFIDENTIEL]* et Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL] , point 3.2.
411 Demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], point 4.

613. Les divergences fortes, évoquées par CERP, entre les conditions commerciales appliquées par CERP et celles des autres grossistes répartiteurs sont, en réalité, à relativiser puisque seules trois saisons sont concernées et un seul vaccin se voit appliquer une remise différente pendant ces saisons.

614. Concrètement, pour la saison 2014-2015, seul un des quatre vaccins concernés, à savoir le vaccin Intanza, ne suit pas exactement la remise de[CONFIDENTIEL] . Pour les trois autres vaccins, les remises accordées aux pharmaciens sont identiques chez les grossistes répartiteurs. Pour le vaccin Intanza, il ressort toutefois du document GV 25 (mail interne de[CONFIDENTIEL]*) que le laboratoire pharmaceutique a communiqué les remises maximum qu'il proposerait pour Intanza, remise maximum que [CONFIDENTIEL] et CERP[412] ont octroyé aux pharmaciens (pour CERP cette remise maximum est accordée uniquement à partir de 50 vaccins, alors que ses concurrents ont accordé cette remise dès l'achat de 10 vaccins). Il ne peut donc pas être déduit que pour cette saison CERP n'aurait pas appliqué les termes de la concertation.*

615. S'agissant de la saison 2015-2016, seul un des quatre vaccins concernés, à savoir le vaccin Vaxigrip, ne suit pas exactement la remise de[CONFIDENTIEL] . Pour les trois autres vaccins, les remises accordées aux pharmaciens sont identiques chez les grossistes répartiteurs. Pour le vaccin Vaxigrip, il y a lieu toutefois de constater que la remise de CERP est identique à celle proposée par [CONFIDENTIEL] et que dans tous les cas, tous les grossistes répartiteurs n'ont pas accordé une remise dépassant 20%. Il ne peut donc pas être déduit que pour cette saison CERP n'aurait pas appliqué les termes de la concertation.

616. S'agissant de la saison 2016-2017, seul un des trois vaccins concernés, à savoir le vaccin Vaxigrip, ne suit pas exactement la remise de[CONFIDENTIEL] [413]. Pour les deux autres vaccins, les remises accordées aux pharmaciens sont identiques à ces deux grossistes répartiteurs. Il ne peut donc pas être déduit que pour cette saison CERP n'aurait pas appliqué les termes de la concertation.

617. Ces éléments ne démontrent donc pas que CERP n'applique plus l'une des conditions commerciales convenue dans le cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe, à savoir l'absence de remise du grossiste répartiteur en sus de celle accordée par le laboratoire pharmaceutique.

iv) Sur la période des préventes

618. Il est établi que pour une grande majorité des saisons, CERP a appliqué l'accord sur la période des préventes des vaccins contre la grippe aux pharmaciens.

619. L'auditeur s'est basé sur les déclarations des demandeurs de clémence[414], dont celle de CERP qui a précisé dans sa demande de clémence du [CONFIDENTIEL]*«* [CONFIDENTIEL]*».*

620. Comme précisé par CERP, ses formulaires de prévente n'indiquent pas de date de début de prévente. Toutefois, l'affirmation de CERP que ce formulaire est souvent envoyé avant la date définie par la concertation, soit le 15 mai de chaque année[415], ne peut être suivie.

621. D'une part, cette transmission anticipée des formulaires de prévente n'est démontrée que pour trois saisons consécutives (2013-2014 ;2014-2015 et 2015-2016). Pour l'ensemble des 9 autres saisons, il parait

412 L'auditeur ne dispose pas du formulaire de préventes de [CONFIDENTIEL] pour cette saison.
413 L'auditeur ne dispose pas du formulaire de prévente de CONFIDENTIEL] pour cette saison.
414 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], pages 18-19, *[CONFIDENTIEL]* et demande de clémence de [CONFIDENTIEL],point 3.2.
415 Voir les §§ 409 à 412 de la communication des griefs.

difficile pour CERP de soutenir que les dates de ces transmissions seraient avant le 15 mai. En effet, dans sa réponse du 31 octobre 2019[416], CERP indique que « CERP n'est pas en mesure de se souvenir avec précision de la date à laquelle ce bon de commande a été transmis aux pharmaciens. Ce bon de commande n'est pas adressé aux pharmaciens par e-mail ou courrier postal. Il est distribué dans les caisses de produits pharmaceutique livrées aux pharmacies ».

622. CERP ne démontre dès lors pas qu'il n'applique plus l'une des conditions commerciales de la pratique relative aux vaccins contre la grippe, à savoir la délimitation de la période de prévente. Cela montre seulement que CERP a pu tricher, en ne respectant pas les termes convenus dans le cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe pour en tirer éventuellement un profit personnel[417].

V.2.2.d Conclusion

623. L'auditeur constate donc que la pratique relative aux vaccins contre la grippe ne nécessitait pas une concertation annuelle, que le grief reproché à CERP dans le cadre de cette pratique est identique pour l'ensemble de la période infractionnelle et que CERP a appliqué les termes de la concertation jusqu'au 21 novembre 2016.

V.2.3 Les éléments de preuve

624. Certains éléments de preuve ne concernent pas directement la participation de CERP. Ils ont été inclus parce qu'ils sont pertinents pour la présentation de l'entente à laquelle CERP a participé.

V.2.3.a Les différentes déclarations des parties

i) Les déclarations dans le cadre de la demande de clémence de CERP

625. Dans le cadre de sa demande de clémence, CERP a déclaré s'être concerté avec Belmedis, Febelco et Pharma Belgium.

«[CONFIDENTIEL]*»[418]*

626. CERP a par ailleurs déclaré avoir appliqué l'entente jusqu'au perquisition, soit le 21 novembre 2016.

« [CONFIDENTIEL]*»[419]*

ii) Les déclarations dans le cadre de la clémence de [CONFIDENTIEL]

627. Dans le cadre de sa demande de clémence, [CONFIDENTIEL]*a décrit à plusieurs reprises la concertation entre CERP,* [CONFIDENTIEL]*relative aux vaccins contre la grippe. :*

« [CONFIDENTIEL] »[420]
« [CONFIDENTIEL] » [421]

---

416 Voir réponse à la question 30.a).
417 Voir en ce sens la jurisprudence européenne , par exemple l'arrêt du Tribunal du 11 juillet 2019, Huhtamäki Oyj,, Huhtamaki Flexible Packaging Germany GmbH & Co.KG contre Commission européenne, affaire T-530/15, point 118 *« Par ailleurs, une tricherie entre les membres d'une entente ne saurait infirmer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, même à supposer établi le fait que certains participants à l'entente parvenaient à tromper d'autres participants en transmettant des informations incorrectes et à utiliser l'entente à leur profit, en ne la respectant pas, l'infraction commise n'est pas éliminée par ce simple fait (voir arrêt du 8 juillet 2008, Knauf Gips/Commission, T-52/03 »* .
418 Demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], page 1.
419 Demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], point 4.
420 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], point V.2, pages 18-19.
421 Demande de clémence de [CONFIDENTIEL],point V.2., page 19.

« [CONFIDENTIEL] »[422]

628. Par ailleurs, [CONFIDENTIEL] *a déclaré que les grossistes répartiteurs avaient appliqué les termes de cette concertation.*

« [CONFIDENTIEL] »[423]*.*

629. [CONFIDENTIEL]*précise que les grossistes répartiteurs impliqués dans la pratique en cause sont CERP,*[CONFIDENTIEL].

iii) La déclaration dans le cadre de la demande de clémence de [CONFIDENTIEL]

1. Dans le cadre de sa déclaration de clémence, [CONFIDENTIEL]*a déclaré que CERP,* [CONFIDENTIEL] *s'étaient concertés dans le cadre des préventes des vaccins contre la grippe.*
« [CONFIDENTIEL] »[424]

V.2.3.b Documents transmis par les parties ou copiés lors des perquisitions

630. Les éléments de preuves supplémentaires décrits infra sont présentés par ordre chronologique et par saison de vaccination.

i) Saison 2003-2004

(document [CONFIDENTIEL], compte rendu de la réunion d'acheteurs)

631. Il ressort du document susmentionné que CERP, [CONFIDENTIEL] se sont concertés sur les conditions commerciales (remises[425] *et la période de prévente) accordées aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe pour la saison 2003-2004. La concertation a concerné les vaccins Influvac, Alpharix, Vaxigrip et Mutagrip.*

632. Le 4 avril 2003, dans le cadre d'une réunion d'acheteurs, les responsables des achats de CERP ([CONFIDENTIEL]*), [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez[CONFIDENTIEL] .*

633. Les parties se sont concertées sur les remises qui seraient octroyées aux pharmaciens lors de leurs achats de vaccins contre la grippe pendant la phase de prévente pour ce qui concerne le vaccin contre la grippe Influvac du laboratoire Solvay.

634. Il ressort de cette réunion, que pour Influvax, il a été décidé de n'accorder que la remise laboratoire de 12% sur le prix du pharmacien pour des commandes de 10 vaccins, et pour les commandes de 50 vaccins, la remise laboratoire de 13% sur le prix pharmacien. «[CONFIDENTIEL]»

635. Les parties ont également convenu que pour ce qui concerne les vaccins Mutagrip et le Vaxigrip du Laboratoire Aventis Pasteur MSD, aucune condition « extra » ne serait accordée par les grossistes dans le cadre des préventes « [CONFIDENTIEL]».

636. Les parties ont également convenu que la date de fin des préventes pour l'ensemble des vaccins concernés aurait lieu le 15 septembre « [CONFIDENTIEL]». (doc [CONFIDENTIEL] Compte rendu de réunion acheteur)

---

422 Interview. *[CONFIDENTIEL]*

423 Interview *[CONFIDENTIEL]*

424 Déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL], point 3.2.

425 Ceci vaut pour les vaccins Influvac, Mutagrip et Vaxigrip.

ii) Saison 2005-2006

(documents [CONFIDENTIEL]et Annexe 4 réponse du 12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL]*)*

637. Il ressort des documents susmentionnés que CERP, [CONFIDENTIEL] se sont concertés sur les conditions commerciales (remises, retour des vaccins et la période de prévente) accordées aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe pour la saison 2005-2006. La concertation a concerné les vaccins Influvac, Alpharix, Vaxigrip et Mutagrip.

638. Dans le cadre d'une réunion d'acheteurs du 18 mai 2005, les responsables des achats de CERP ([CONFIDENTIEL]*), [CONFIDENTIEL] se sont réunis chez* [CONFIDENTIEL]

639. Les discussions entre les parties ont porté sur les conditions commerciales accordées aux pharmaciens lors de leurs achats de vaccins contre la grippe pendant la phase de prévente. Les parties se sont concertées pour accorder aux pharmaciens la remise laboratoire de 12% pour les commandes de 10 vaccins et 13% pour les commandes de 50 vaccins et ce pour les vaccins contre la grippe des laboratoires GSK (Alpharix), Pasteur Mérieux MSD (Mutagrip et Vaxigrip) et Solvay (Influvac) « *[CONFIDENTIEL]».*

Les conditions commerciales relatives au retour des vaccins contre la grippe y sont abordées, aucun retour n'est accepté « [CONFIDENTIEL]».

Enfin est également définie la fin de la période de prévente au 15 septembre 2005 «[CONFIDENTIEL]» ([CONFIDENTIEL], compte rendu de la réunion d'acheteurs).

640. Le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe de [CONFIDENTIEL] pour la saison 2005-2006 mentionne que [CONFIDENTIEL] distribue les vaccins Alpharix, Influvac, Mutagrip et Vaxigrip et précise pour ces vaccins le niveau de remise accordé.

La période des préventes se termine au 15 septembre 2005 et les retours ne sont pas acceptés.[426] *(Annexe 4 réponse du 12 novembre 2019 de*[CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente)*

iii) Saison 2007-2008

(annexe 12 de la réponse du 12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL]*,* CONFIDENTIEL]*, DOC[CONFIDENTIEL])*

641. Il ressort des documents susmentionnés que CERP, [CONFIDENTIEL] se sont concertés sur les conditions commerciales (remises, non-retour, période de prévente) accordées aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe pour la saison 2007-2008. La concertation a porté sur l'ensemble des vaccins distribués lors de cette saison.[427]

642. Dans un mail interne du 14 février 2007, CERP évoque une réunion de l'ANGR qui s'est tenue la veille et lors de laquelle des discussions relatives aux vaccins contre la grippe ont eu lieu concernant les préventes et les remises sur les vaccins. (Doc[CONFIDENTIEL][CONFIDENTIEL]*)*

643. Dans un mail interne du 8 mars 2007, CERP indique avoir connaissance que les autres grossistes seraient prêts à faire des remises et qu'il convient d'avoir des informations utiles via l'ANGR. (doc[CONFIDENTIEL])

427 Nom des vaccins non spécifié.

644. Dans un mail du 8 mars 2007 de [CONFIDENTIEL] adressé aux laboratoires pharmaceutiques GSK, Solvay et Sanofi Pasteur, et en copie à CERP, [CONFIDENTIEL] , [CONFIDENTIEL] fait part de son mécontentement sur le fait qu'ils ne font aucune remise sur leurs vaccins.(Dos[CONFIDENTIEL])

645. Dans le compte rendu d'une réunion ANGR du 13 mars 2007 est mentionné que : «De leden van de raad van bestuur beslissen dat de voorbestellingen zullen gebeuren in de eerste helft van de maand mei. Dit zal worden meegedeeld aan APB ».

Traduction libre : « Les membres du conseil d'administration décident que les pré-commandes seront effectuées dans la première quinzaine de mai. Ceci sera communiqué à APB. » (Annexe 12 de la réponse du 12 novembre 2019 de, compte rendu d'une réunion ANGR).

CERP dans un mail interne du 13 mars 2007 fait part des décisions prises lors de la réunion ANGR du jour pour ce qui concerne la campagne de vaccin 2007. Il est notamment mentionné que les grossistes répartiteurs ont convenu de plafonner les remises octroyées aux pharmaciens à un maximum de 5%. (Doc [CONFIDENTIEL])

646. Le 19 mars 2007, [CONFIDENTIEL] transmet à CERP, [CONFIDENTIEL] le compte rendu d'une réunion d'acheteurs du 19 mars 2007 qui a réuni [CONFIDENTIEL]. Des discussions relatives aux vaccins contre la grippe ont eu lieu concernant la détermination de la période, les conditions de retours et les remises. Il est demandé à CERP de répondre à ces points pour le 21 mars. (doc[CONFIDENTIEL])

647. Dans le cadre d'une réunion du département des ventes de [CONFIDENTIEL] du 22 mars 2007, [CONFIDENTIEL] mentionne qu'aucun laboratoire pharmaceutique n'accorde de remise cette année « [CONFIDENTIEL] »

648. [CONFIDENTIEL] ajoute qu'un accord préliminaire est sur la table entre[CONFIDENTIEL]*, CERP,* [CONFIDENTIEL] *pour accorder des remises via une prévente organisée : «* [CONFIDENTIEL] *».*

Traduction libre: « [CONFIDENTIEL]*»*

Les remises sont liées aux quantités achetées à savoir 3% pour 10 pièces ; 4% pour 50 pièces, 5% pour 100 pièces, 6% pour 250 pièces, 7% pour 500 pièces et 8% pour 1000 pièces.

Est également précisé qu'après la prévente, il n'y aura plus de remise et que les retours ne seront pas acceptés « [CONFIDENTIEL]*».*

Traduction libre : « [CONFIDENTIEL]*» ([CONFIDENTIEL], compte rendu d'une réunion interne de*[CONFIDENTIEL].

649. Dans un mail du 23 mars 2007 [CONFIDENTIEL] transmet à CERP, [CONFIDENTIEL] des informations relatives aux remises (Doc[CONFIDENTIEL])

iv) Saison 2008-2009

(documents[CONFIDENTIEL], annexes 30 et 37 de la réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*)*

650. Il ressort des documents susmentionnés que CERP, [CONFIDENTIEL] se sont concertés sur les conditions commerciales (remise et non-retour) accordées aux pharmaciens lors des réservations des vaccins contre la grippe pour la saison 2008-2009. La concertation a concerné les vaccins Alpharix, Inflexal, Influvac, Vaxigrip.

651. Après une réunion de l'ANGR du 13 mai 2008, les parties ont confirmé l'accord suivant: aucune remise accordée par les parties en sus de celles accordées par les laboratoires pharmaceutiques, pas de reprise des retours de vaccins contre la grippe invendus et pas de prévente .

Il a également été demandé aux grossistes répartiteurs de respecter strictement ces accords.

« [CONFIDENTIEL] *»*

Traduction libre :

« [CONFIDENTIEL] *» . ([CONFIDENTIEL], compte rendu d'une réunion interne de[CONFIDENTIEL])*

652. Une réunion ANGR s'est tenue le 19 mai 2008 pendant laquelle le système qui serait mis en place pour la saison 2008-2009 concernant la vente des vaccins contre la grippe a été expliqué à l'APB. (Annexe 37 de la réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, compte rendu d'une réunion ANGR)*

653. Lors de la réunion d'acheteurs du 16 juin 2008 à laquelle ont participé Messieurs [CONFIDENTIEL] *,* [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL] *ceux-ci se sont concertés sur la manière de créditer les remises accordées par le laboratoire pharmaceutique aux pharmaciens pour les vaccins Vaxigrip et Inflexal « « Korting van 5% Vaxigrip en 10% Inflexal Wij zullen deze verkopen à 100% factueren en nadien de korting apart crediteren na ontvangst CN vanwege de leverancier »*

Traduction libre : « Nous facturerons ces ventes à 100% et ensuite créditeront la remise séparément après avoir reçu la note de crédit du fournisseur. » (Annexe 30 réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, compte rendu d'une réunion d'acheteurs envoyé par [CONFIDENTIEL] aux autres grossistes répartiteurs)*

v) Saison 2009-2010

(documents [CONFIDENTIEL], 1-006, annexe 6 de la réponse du 12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL] , annexe 11 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP et[CONFIDENTIEL])

654. Il ressort des documents susmentionnés que CERP et les membres de l'ANGR ont pris part à des discussions rappelant les termes de l'accord passé (remises et période de prévente).

655. Par ailleurs, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les termes de la concertation.

656. Pour cette saison, les vaccins concernés sont les vaccins Alpharix, Inflexal, Influvac, Vaxigrip.

657. Lors de la réunion d'acheteurs du 21 avril 2009 à laquelle ont participé les autres parties, il a été rappelé les accords définis antérieurement.

La date de début de prévente est ainsi fixée à la mi-mai. Il est également rappelé qu'aucun rabais supplémentaire ne sera accordé par le grossiste et qu'aucun retour ne sera accepté lors des préventes :
«Startdatum voorinschrijving voorzien voor half mei. Geen extra korting van de groothandel en geen retours op voorinschrijving »
Traduction libre:
« Date de début des préventes prévue pour la mi-mai. Pas de remise supplémentaire du grossiste et pas de retour pour prévente ». (1-006 compte rendu d'une réunion d'acheteurs)

658. Dans un mail du 12 mai 2009, CERP informe en interne que les membre de l'ANGR ont convenu, conformément à la procédure appliquée l'année précédente, que la prévente débutera le 15 mai 2009 et

qu'aucune remise commerciale en sus de celles des laboratoires ne sera accordée. (Doc [CONFIDENTIEL]*clémence de [CONFIDENTIEL])*

659. Lors d'une réunion du département des ventes de [CONFIDENTIEL] du 14 mai 2009, [CONFIDENTIEL] précise en interne que toutes les parties commencent la prévente du 15 mai 2009 au 30 juin 2009, que les remises accordées par les laboratoires pharmaceutiques ne le seront que pendant la période de prévente et que les retours des vaccins contre la grippe invendus ne sont pas acceptés.[CONFIDENTIEL]*».*

Traduction libre: «[CONFIDENTIEL]*»*

[CONFIDENTIEL] mentionne aussi les différentes remises qui sont ou non accordées pour les vaccins disponibles pour la saison 2009-2010, les remises accordées ne l'étant uniquement que pendant la période de prévente. Aucune remise n'est accordée pour Influvac et Alpharix, pour Vaxigrip et Inflexal, 10% de remise est accordée par lot de 10 pièces :

«[CONFIDENTIEL] [CONFIDENTIEL]». (, compte rendu d'une réunion interne de[CONFIDENTIEL])

660. Dans son courrier adressé aux pharmaciens pour la saison 2009-2010, CERP[428] transmet le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe .

Ce dernier précise les prix d'achat de 4 vaccins contre la grippe : Vaxigrip, Inflexal, Influvac et Alpharix.
Dans son formulaire de prévente, aucune remise n'est accordée pour le vaccin Influvac et Alpharix.
CERP accorde des remises de 10% pour les vaccins Vaxigrip et Inflexal. CERP mentionne que ces remises sont offertes respectivement par les laboratoires Sanofi et Crucell.
CERP précise qu'il s'est engagé à reverser intégralement à ces clients les remises obtenues par les laboratoires.
Le formulaire de prévente mentionne également que les retours ne sont pas acceptés et que les réservations prennent fin le 30 juin 2009.
Les commandes de vaccins après le 30 juin sont soumises aux conditions commerciales habituelles[429] aux clients. (Annexe 11 réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

661. Dans le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe de [CONFIDENTIEL] pour la saison 2009-2010, [CONFIDENTIEL] précise les prix d'achat de 4 vaccins contre la grippe : Alpharix, Influvac, Vaxigrip et Inflexal.

[CONFIDENTIEL] n'accorde aucune remise pour le vaccin Influvac et Alpharix et accorde pour les vaccins Vaxigrip et Inflexal, une remise de 10% par lot de 10 vaccins.
Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2009 et les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 6 réponse du 12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL] , formulaire de prévente de[CONFIDENTIEL])

vi) Saison 2010-2011

(documents AK19, AK20, CD 06 et CD O7, KDV 1 et annexes 3 et 12 réponse du 31 octobre 2019 de CERP)

428 Courrier non daté, transmis lors de la tournée de CERP, voir réponse de CERP du 31 octobre 2010 à la demande de renseignements, annexe11.
429 Après le 30 juin, les remises accordées par les laboratoires ne sont plus rétrocédées aux pharmaciens et ce sont les conditions habituelles qui s'appliquent (voir réponse de CERP du 31 octobre 2019, question 24). Les conditions varient en fonction des volumes d'achats (voir réponse de CERP du 31 octobre 2019, question 28).

662. Il ressort des documents susmentionnés que CERP, [CONFIDENTIEL] ont pris part à des discussions rappelant les termes de l'accord passé (remises et période de prévente).

663. Par ailleurs, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les termes de la concertation (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie).

664. Le 3 mai 2010, [CONFIDENTIEL] *envoie un mail à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *(CERP),* [CONFIDENTIEL] *leur demandant leur avis concernant les remises aux pharmaciens pour ce qui concerne 4 vaccins contre la grippe pendant la période de prévente qui serait du 15 mai au 15 juin 2010[430], à savoir aucune remise pour Alpharix et Influvac, une remise de 10% pour Intanza par commande de 10 vaccins et une remise de 12% pour Vaxigrip par commande de 10 vaccins : «* [CONFIDENTIEL] *»*

Traduction libre:[CONFIDENTIEL]*»*

665. Le même jour en interne, [CONFIDENTIEL] mentionne avoir discuté avec [CONFIDENTIEL] *et est d'accord pour ces conditions si toutes les parties le sont également «* [CONFIDENTIEL]*»*

Traduction libre : « [CONFIDENTIEL]*». (AK 20, échange de mails)*

666. Un document interne de [CONFIDENTIEL] intitulé « Voorinschrijving griepvaccins 2010 » mentionne le prix pharmacien des vaccins et les remises accordées aux pharmaciens par ce dernier pour les 4 vaccins contre la grippe disponibles pour la saison 2010-2011[431].

Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée. Pour Intanza, une remise de 10% est accordée pour les commandes de 10 vaccins et pour Vaxigrip, une remise de 12% est accordée pour les commandes de 10 vaccins. Est également indiquée la fin de la période de préinscription soit le 15 juin 2010. Enfin, est également mentionné que les retours ne sont pas acceptés « [CONFIDENTIEL]*»*
Traduction libre : «[CONFIDENTIEL]*». (AK 19, document de travail interne)*

667. Le 4 mai 2010, CERP en interne informe ses collaborateurs que Pharma Belgium, Belmedis et Febelco débuteront leur campagne de réservation des vaccins contre la grippe à la mi-mai et indique les remises qu'ils comptent accorder aux pharmaciens, à savoir une remise de 12% pour Intanza par commande de 10 vaccins et une remise de 10% pour Vaxigrip par commande de 10 vaccins : « Aprophar, Febelco et Pharma Belgium lanceront leur campagne de réservation des vaccins à la mi-mai. Ils comptent proposer les remises suivantes : Intanza par 10 12% Vaxigrip par 10 10% » (CD 07)

668. Toujours le 4 mai, CERP discute en interne de la proposition des grossistes concurrents et une alternative est discutée, à savoir tant pour Intanza que Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 12% par lot de 50 vaccins et plus.

En notes manuscrites, sont mentionnés les points d'une réunion interne[432] qui a eu lieu le 12 mai. Une des notes manuscrites marque un accord pour l'octroi d'une remise aux pharmaciens de 10% pour Intanza par commande de 10 vaccins et une remise de 12% pour Vaxigrip par commande de 10 vaccins. (CD06 et KDV1, échanges de mails interne)

---

430 Cette période concerne la date des préventes, cf. réponse du 12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL], question 19.
431 Les conditions relatives aux remises et la période de prévente sont identiques à celles proposées par [CONFIDENTIEL] le 3 mai.
432 Selon CERP, il s'agit d'une réunion interne à CERP entre Messieurs [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL], pour laquelle aucun compte rendu n'a été fait. L'objet de cette réunion était de préparer la communication à envoyer aux clients pour la pré-réservation des vaccins contre la grippe (cf. réponse de CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, questions 25 à 27).

669. Par mail interne du 17 mai 2010, CERP envoie en interne un récapitulatif du planning mis en place pour la prévente de vaccins contre la grippe pour la saison 2010-2011.

Dans ce mail, CERP mentionne qu'il reverse intégralement la remise accordée par Sanofi Pasteur pour le vaccin Vaxigrip et Intanza à partir de 10 vaccins et que seul ce laboratoire fait des conditions commerciales « Seul le laboratoire SPMSD fait des conditions commerciales – à partir de 10 pièces- que nous reversons intégralement aux clients »
Est également mentionné qu'au 30 juin 2010 les préventes des vaccins ne sont plus possibles « Vendredi 30 juin -Fermeture définitive du programme réservation ». (Annexe 3 réponse CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, échange de mails internes)

670. Dans son courrier adressé aux pharmaciens pour la saison 2010-2011, CERP[433] transmet le formulaire de prévente pour les vaccins contre la grippe[434].

Le formulaire de prévente mentionne une remise de 12% pour Vaxigrip par 10 vaccins et une remise de 10% pour Intanza par 10 vaccins. Aucune remise n'est accordée pour Influvac et Alpharix. Le formulaire de prévente stipule que les remises sont offertes par le laboratoire et que CERP s'est engagé à les reverser intégralement à ces clients.
Le formulaire de prévente mentionne que les retours ne sont pas acceptés et que les préventes prennent fin le 15 juin 2010. Les commandes de vaccins après le 15 juin sont soumises aux conditions commerciales habituelles. (Annexe 12 réponse CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

vii) Saison 2011-2012

(documents 1-028,1-344, [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] annexes 7 et 20 de la réponse du [CONFIDENTIEL]*, et annexe 13 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP)*

671. Il ressort des documents susmentionnés que CERP est l'une des parties qui a appliqué les termes de la concertation.

672. *Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Inflexal, Intanza et Vaxigrip.*

673. Les conditions commerciales appliquées correspondent aux accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie).

674. Par mail du 23 mars 2011, Sanofi Pasteur informe Messieurs [CONFIDENTIEL] *qu'il confirme pour la fin de la semaine les conditions de prévente. (Annexe 20 réponse,* [CONFIDENTIEL] *mail)*

675. Une présentation de Sanofi Pasteur, copiée lors des perquisitions chez Belmedis, concerne les vaccins contre la grippe pour la saison 2011-2012. Les remises accordées aux pharmaciens par les laboratoires pour les vaccins Vaxigrip et Intanza figurent dans cette présentation.

Concernant Vaxigrip, les remises sont de 10% par lot de 10 produits et de 15% par lot de 100 produits.
Concernant Intanza, les remises sont de 10% par lot de 10 produits et de 15% par lot de 100 produits. (1-344, présentation politique commerciale de Sanofi)

433Courrier non daté.
434 Les conditions relatives aux remises et la période de prévente sont identiques à celles proposées par [CONFIDENTIEL] le 3 mai.

676. Monsieur [CONFIDENTIEL] *a envoyé une invitation pour une réunion prévue le 2 mai 2011 à Messieurs* [CONFIDENTIEL] *(CERP)*[435]*,* [CONFIDENTIEL] [436] *et* [CONFIDENTIEL] [437]*.*

Cette réunion est intitulée « Meeting griepvaccins seizoen 2011-2012 ».
Traduction libre : « Réunion vaccins contre la grippe saison 2011-2012 ». (1-028, invitation pour réunion)[438]

677. Les formulaires de prévente [CONFIDENTIEL] *pour les commandes de vaccins contre la grippe pendant la période de prévente du 16 mai 2001 au 30 juin 2011 mentionnent les vaccins distribués et les remises accordées.*

[CONFIDENTIEL] *distribue les vaccins suivants : Vaxigrip, Intanza, Alpharix, Inflexal, Agrippal et Influvac.*
Les remises accordées sont les suivantes :

- *pour Vaxigrip et Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 15 % par lot de 100 vaccins ;*
- *pour Alpharix une remise de 15% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 100 vaccins ;*
- *pour Inflexal une remise de 10% par lot de 10 vaccins ;*
- *pour Aggripal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Est également souligné le fait qu'il n'y a pas de retour possible de ces produits. ([CONFIDENTIEL], formulaires de prévente de[CONFIDENTIEL]*)*

678. Le formulaire de prévente de [CONFIDENTIEL] *pour les commandes de vaccins contre la grippe pendant la période de prévente du 16 mai 2011 au 30 juin 2011 mentionne les prix des vaccins Influvac, Vaxigrip, Alpharix, Intanza, Inflexal et Agrippal ainsi que les remises accordées :*

- *pour Vaxigrip et Intanza 10% de remise à partir de 10 vaccins et 15% de remise à partir 100 vaccins ;*
- *pour Inflexal 10% de remise à partir de 10 vaccins ;*
- *pour Alpharix 15% de remise à partir de 10 vaccins et 20% à partir de 100 vaccins.*

Aucune remise n'est accordée pour Aggripal et Influvac.
Est également souligné le fait qu'il n'y a pas de retour possible de ces produits. ([CONFIDENTIEL], formulaire de prévente de[CONFIDENTIEL]*)*

679. Dans son courrier adressé aux pharmaciens pour la saison 2011-2012, CERP[439] *transmet le formulaire de prévente pour les vaccins contre la grippe. Ce formulaire mentionne le prix pharmacien pour les vaccins Influvac, Vaxigrip, Alpharix, Intanza, Inflexal et Agrippal ainsi que les remises accordées :*

- *pour Vaxigrip et Intanza 10% de remise à partir de 10 vaccins et 15% de remise à partir 100 vaccins ;*
- *pour Inflexal 20% de remise à partir de 10 vaccins ;*
- *pour Alpharix 15% de remise à partir de 10 vaccins et 20% à partir de 100 vaccins ;*
- *pour Agrippal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Le formulaire de prévente stipule que CERP s'est engagé à reverser intégralement à ses clients les remises offertes par les laboratoires.

---

435 CERP ne peut confirmer ni que la réunion ait eu lieu, ni, le cas échéant, qu'il ait participé à celle-ci, réponse de CERP du 31 octobre 2019, question 36).
436 [CONFIDENTIEL] , cf. réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019, question 28.
437 [CONFIDENTIEL], cf. réponse de [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2019, question 25.
438 Selon [CONFIDENTIEL], les dernières réunions régulières des acheteurs ont eu lieu dans les années 2010-2011 : « [CONFIDENTIEL]» Demande de clémence de [CONFIDENTIEL], page 20.
439 Courrier non daté transmis lors de la tournée de CERP.

Le formulaire de prévente mentionne que les retours ne sont pas acceptés et que les réservations prennent fin le 30 juin 2011. Les commandes de vaccins après le 30 juin sont soumises aux conditions commerciales habituelles[440] aux clients. (Annexe 13 réponse CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

680. Le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe de [CONFIDENTIEL] *pour la saison 2011-2012 indique les prix et remises des vaccins Vaxigrip, Intanza, Alpharix, Inflexal, Agrippal et Influvac.*

- *Pour Vaxigrip et Intanza une remise de 10% est accordée par lot de 10 vaccins et une remise de 15 % est accordée par lot de 100 vaccins ;*
- *Pour Alpharix une remise de 15% est accordée par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % est accordée par lot de 100 vaccins ;*
- *Pour Inflexal une remise de 10% est accordée par lot de 10 vaccins ;*
- *Pour Agrippal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2011 et les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 7 [CONFIDENTIEL] *, formulaire de prévente de* [CONFIDENTIEL]*)*

viii) Saison 2012-2013

(document[CONFIDENTIEL], annexes 8 et 22 de la réponse du[CONFIDENTIEL]*, annexe 7 de la réponse de* [CONFIDENTIEL] *et annexe 14 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP)*

681. Sur base des documents susmentionnés, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie).

682. Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Agrippal, Influvac, Inflexal, Intanza et Vaxigrip.

683. Dans un mail adressé à Monsieur [CONFIDENTIEL] *concernant la saison 2012-2013, Monsieur* [CONFIDENTIEL]*de Novartis l'informe qu'il n'accordera pas de remise pour les préventes via les grossistes pour son vaccin Agrippal. ([CONFIDENTIEL])*

684. Par mail du 3 mai 2012, le laboratoire J&J transmet à Monsieur [CONFIDENTIEL] *les remises qu'il accorde aux pharmacies pour le vaccin Inflexal, soit 15% de remise à partir de 10 vaccins et 20% de remise à partir de 100 vaccins. (Annexe 22 réponse du*[CONFIDENTIEL]*)*

685. Dans son courrier adressé aux pharmaciens pour la saison 2012-2013[441], CERP transmet le formulaire de prévente pour les commandes de vaccins contre la grippe de la saison.

Le formulaire de prévente mentionne le prix pharmacien pour les vaccins suivants et les remises accordées pour Influvac, Vaxigrip, Alpharix, Intanza, Inflexal et Agrippal.

- *Pour Vaxigrip est accordée une remise de 10% à partir de 10 vaccins et une remise de 15% à partir 100 vaccins ;*
- *Pour Intanza est accordée une remise de 10% à partir de 10 vaccins ;*

440 Après le 30 juin, les remises accordées par les laboratoires ne sont plus rétrocédées aux pharmaciens et ce sont les conditions habituelles qui s'appliquent (voir réponse de CERP du 31 octobre 2019, question 24).
441 Le courrier n'est pas daté.

- *Pour Alpharix et Inflexal est accordée une remise de 15% à partir de 10 vaccins et une remise de 20% à partir de 100 vaccins ;*
- *Pour Agrippal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Le formulaire de prévente stipule que CERP s'est engagé à reverser intégralement à ces clients les remises offertes par les laboratoires.

Le formulaire de prévente mentionne également que les retours ne sont pas acceptés et que les réservations prennent fin le 30 juin 2012. Les commandes de vaccins après le 30 juin sont soumises aux conditions commerciales habituelles accordées aux clients. (Annexe 14 réponse CERP du 31 octobre 2019 à la demande de renseignements, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

686. Le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe de [CONFIDENTIEL] *pour la saison 2012-2013 indique les prix et les remises pour les vaccins contre la grippe suivants : Vaxigrip, Intanza, Alpharix, Inflexal, Agrippal et Influvac. Sont accordées :*

- *pour Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 15 % par lot de 100 vaccins ;*
- *pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins ;*
- *pour Alpharix et Inflexal une remise de 15% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 100 vaccins ;*
- *pour Aggripal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2012 et les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 8 réponse du [CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente de* [CONFIDENTIEL] *)*

687. Par mail du 18 mai 2012, [CONFIDENTIEL] *transmet en interne les formulaires de préinscription des vaccins contre la grippe de* [CONFIDENTIEL] *pour la saison 2012-2013. Le formulaire de prévente de* [CONFIDENTIEL] *mentionne les conditions commerciales pour les vaccins Vaxigrip, Intanza, Inflexal, Alpharix et Agrippal. Les remises suivantes sont accordées :*

- *pour Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 15 % par lot de 100 vaccins ;*
- *pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins ;*
- *pour Inflexal et Alpharix une remise de 15% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 100 vaccins,*
- *pour Aggripal et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2012 et les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 7 réponse [CONFIDENTIEL], *formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

ix) Saison 2013-2014

(documents AK 33, AK 34, [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL]et [CONFIDENTIEL], annexe 15 réponse du 31 octobre 2019 de CERP)

688. Sur base des documents susmentionnés, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie).

689. Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Influvac, Inflexal, Intanza et Vaxigrip.

690. [CONFIDENTIEL] *a reçu des informations*[442] *sur les remises pour les vaccins Vaxigrip et Intanza du laboratoire Sanofi pasteur MSD ; les remises transmises par Sanofi Pasteur MSD sont les suivantes :*

Concernant Vaxigrip: une remise de 10% par 10 produits et une remise de 20% par lot de 50 produits sont accordées.
Concernant Intanza: une remise de 5% par 10 produits et une remise de 10% par lot de 50 produits sont accordées.
Toutefois, en note manuscrite, des adaptations ont été apportées pour le vaccin Intanza: le 5% et le lot de 50 sont barrés et une flèche relie le 10% et le lot de 10 ; ce qui donne une remise de 10% par lot de 10. (AK 34)

691. Dans un courrier envoyé à [CONFIDENTIEL] *pour la saison 2013-2014*[443]*, le laboratoire Abbott Products l'informe qu'il n'octroie pas de remises pour son vaccin Influvac. (AK 33, mail)*

692. Dans son formulaire de prévente, [CONFIDENTIEL] *pour la prévente des vaccins contre la grippe de la saison 2013-2014 indique aux pharmaciens les conditions commerciales (prix et remises) qu'il appliquera jusqu'au 30 juin 2013 pour les vaccins Alpharix, Inflexal, Influvac, Intanza et Vaxigrip :*

- *Pour Intanza, une remise de 10% par 10 vaccins est accordée ;*
- *Pour Vaxigrip, une remise de 10% par 10 vaccins et de 20% par 50 vaccins sont accordées ;*
- *Pour Influvac, Inflexal et Alpharix, aucune remise n'est accordée.*

[CONFIDENTIEL] *mentionne que les retours ne sont pas acceptés. (AK 33, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

693. Le courrier de CERP du 8 mai 2013 transmet le formulaire de prévente pour les commandes de vaccins contre la grippe pour la saison 2013-2014.

Les remises proposées par CERP aux pharmaciens pour la prévente des vaccins contre la grippe sont les suivantes :

- *pour Alpharix, aucune remise n'est accordée ;*
- *pour Inflexal, aucune remise n'est accordée ;*
- *pour Influvac, aucune remise n'est accordée ;*
- *pour Intanza 10% de remise par lot de 10 vaccins est accordée ;*
- *pour Vaxigrip 10% de remise par lot de 10 vaccins et 20% de remise par lots de 50 vaccins sont accordées.*

CERP mentionne dans son formulaire de prévente, qu'il s'est engagé à reverser intégralement à ses clients les remises offertes par les laboratoires, que les retours ne sont pas acceptés et que les réservations prennent fin le 30 juin 2013.
Est encore précisé que les commandes de vaccins après le 30 juin sont soumises aux conditions commerciales habituelles accordées aux clients. (Annexe 15 de la réponse de CERP du 31 octobre 2019, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

694. Le formulaire de prévente [CONFIDENTIEL] *pour la prévente des vaccins contre la grippe de la saison 2013-2014 mentionne la période de prévente du 16 mai au 30 juin 2013 et les remises qui sont accordées:*

442 Date du document inconnue.
443 Le courrier est non daté

- *Pour Vaxigrip et Intanza une remise de 10% par 10 vaccins est accordée. Uniquement pour Vaxigrip, une remise de 20% par 50 vaccins est accordée ;*
- *Pour Alpharix, aucune remise n'est accordée ;*
- *Pour Inflexal, aucune remise n'est accordée ;*
- *Pour Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Est également mentionné que les retours ne sont pas acceptés. (, [CONFIDENTIEL] formulaires de prévente[CONFIDENTIEL]*)*

695. Le formulaire de prévente de[CONFIDENTIEL] [444] *mentionne les remises accordées par*[CONFIDENTIEL]*, valables jusqu'au 30 juin 2013.*

- *Pour Intanza, une remise de 10% par 10 vaccins est accordée ;*
- *Pour Vaxigrip, une remise de 10% par 10 vaccins et une remise de 20% par 50 vaccins sont accordées ;*
- *Pour Alpharix, aucune remise n'est accordée ;*
- *Pour Inflexal, aucune remise n'est accordée ;*
- *Pour Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Sont également mentionnés que les retours ne sont pas acceptés. ([CONFIDENTIEL], formulaire de prévente de[CONFIDENTIEL]*)*

x) Saison 2014-2015

(documents [CONFIDENTIEL]et annexes 9 de la réponse du12 novembre 2019 de [CONFIDENTIEL]*, annexe 4 de la réponse* [CONFIDENTIEL] *du 12 novembre 2019 et annexe 16 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP)*

696. Sur base des documents susmentionnés, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie).

697. Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Influvac, Intanza et Vaxigrip.

698. Par un mail interne du 11 avril 2014, [CONFIDENTIEL] *informe ses collaborateurs des remises de certains vaccins contre la grippe, à savoir Vaxigrip et Intanza et Influvac.*

Il précise que pour le moment il sait qu'il n'y aura pas de remise sur Influvac et que [CONFIDENTIEL] *pourra donner une réduction s'agissant de Vaxigrip de maximum 20% sur leur propre prévente et de maximum 10% pour Intanza.*
[CONFIDENTIEL] *déclare ne pas avoir d'information sur Alpharix mais les informera dès qu'il en aura.*
[CONFIDENTIEL] *précise qu'il n'y aura pas d'autres vaccins pour cette saison 2014-2015. ([CONFIDENTIEL], mail)*

699. [CONFIDENTIEL] *mentionne dans son formulaire de prévente des vaccins contre la grippe pour la saison 2014-2015 les vaccins distribués ainsi que leurs prix et les remises accordées.*

[CONFIDENTIEL] *distribue les vaccins suivants : Vaxigrip, Intanza, Alpharix et Influvac.*

444 Ce formulaire a été envoyé le 14 mai fin de journée par [CONFIDENTIEL] à un pharmacien.

- *Pour Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 50 vaccins est accordée;*
- *Pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins est accordée.*
- *Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2014 et les retours des vaccins invendus ne sont pas acceptés. (Annexe 9 réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

700. [CONFIDENTIEL] *mentionne dans son formulaire de prévente des vaccins contre la grippe pour la saison 2014-2015, les vaccins distribués et les remises accordées.*

[CONFIDENTIEL] *distribue les vaccins suivants : Vaxigrip, Intanza, Alpharix et Influvac.*

- *Pour Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 50 vaccins est accordée.*
- *Pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins est accordée.*
- *Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables du 15 mai 2014 jusqu'au 30 juin 2014 et les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 4 réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

701. Le courrier de CERP du 9 mai 2014 transmet aux pharmaciens le formulaire de prévente avec les conditions commerciales (prix et remises) qu'il accordera jusqu'au 30 juin 2014 pour la prévente des vaccins contre la grippe suivants : Influvac, Alpharix, Intanza, Vaxigrip.

Les remises sont les suivantes :

- *pour Alpharix, une remise est accordée uniquement pour les clients ayant un partenariat avec GSK;*
- *pour Influvac, aucune remise n'est accordée ;*
- *pour Intanza, une remise de 5% pour 10 vaccins et une remise de 10% par 50 vaccins sont accordées ;*
- *pour Vaxigrip une remise de 10% par 10 vaccins et une remise de 20% par 50 vaccins est accordée.*

CERP mentionne également qu'il s'est engagé à reverser intégralement à ces clients les remises offertes par les laboratoires et que les retours ne sont pas acceptés .

CERP indique enfin qu'au-delà du 30 juin 2014, les commandes de vaccins sont soumises aux conditions commerciales habituelles accordées aux clients. (Annexe 16 réponse du 31 octobre 2019 de CERP, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

xi) Saison 2015-2016

[CONFIDENTIEL], annexes 10 et 32 de la réponse du 12 novembre 2019 [CONFIDENTIEL]*, et annexe 17 réponse du 31 octobre 2019 de CERP*

702. Sur base des documents susmentionnés, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire, pas de retour et période de prévente définie) .

703. Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Influvac, Intanza et Vaxigrip.

704. Les formulaires de prévente de [CONFIDENTIEL] [445] *des vaccins contre la grippe pour la saison 2015-2016 mentionnent les conditions pour les vaccins Alpharix, Influvac, Vaxigrip et Intanza :*

- *Pour Vaxigrip et Intanza, une remise de 10% par 10 vaccins est accordée ;*
- *Pour Vaxigrip, une remise de 20% par 50 vaccins est accordée ;*
- *Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

[CONFIDENTIEL] *précise que les retours ne sont pas acceptés et que la période de prévente se déroulera du 16 au 30 mai 2015.*

La date du 16 mai 2015 est mentionnée dans ce document en bas de la page. Cette date, selon[CONFIDENTIEL]*, est la date du début de la prévente. ([CONFIDENTIEL], formulaire de prévente de* [CONFIDENTIEL]*)*

705. Le courrier de CERP transmet aux pharmaciens le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe pour la saison 2015-2016.

Les conditions (prix et remises) appliquées par CERP aux pharmaciens dans le formulaire de prévente pour les vaccins contre la grippe sont mentionnés.

Les remises sont les suivantes:

- *pour Alpharix, aucune remise accordée ;*
- *pour Influvac, aucune remise accordée ;*
- *pour Intanza, une remise de 10% par 10 vaccins est accordée ;*
- *pour Vaxigrip, une remise de 20% par 10 vaccins est accordée.*

CERP mentionne dans son formulaire de prévente qu'il s'est engagé à reverser intégralement à ses clients les remises offertes par les laboratoires, que les retours des vaccins invendus ne sont acceptés et que les préventes prennent fin le 30 juin 2015.

Au-delà du 30 juin, les commandes de vaccins sont soumises aux conditions commerciales habituelles accordées aux clients. (Annexe 17 réponse du 31 octobre 2019 de CERP, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

706. Le formulaire de prévente des vaccins contre la grippe de [CONFIDENTIEL] *pour la saison 2015-2016.*

[CONFIDENTIEL] *distribue les vaccins suivants : Vaxigrip, Intanza, Alpharix et Influvac.*

- *Pour Vaxigrip une remise de 10% par lot de 10 vaccins et une remise de 20 % par lot de 50 vaccins sont accordées ;*
- *Pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins est accordée ;*
- *Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

Les conditions sont valables jusqu'au 30 juin 2015 et les retours des invendus ne sont pas acceptés. (Annexe 10 réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

707. Dans son formulaire de prévente des vaccins contre la grippe, [CONFIDENTIEL] *mentionne pour la saison 2015-2016 les conditions pour les vaccins Vaxigrip, Intanza, Alpharix et Influvac :*

- *Pour Vaxigrip une remise de 20% par lot de 10 vaccins est accordée;*
- *Pour Intanza une remise de 10% par lot de 10 vaccins est accordée ;*
- *Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.*

445 Formulaires en version néerlandaise et française

La période de prévente se déroule du 15 mai 2015 au 30 juin 2015.
Les retours ne sont pas acceptés. (Annexe 32 réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

xii) Saison 2016-2017

(documents 1-278, [CONFIDENTIEL], annexe 23 de la réponse du 12 novembre 2019 de[CONFIDENTIEL]*, et annexe 18 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP*

708. Sur base des documents susmentionnés, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (pas de remise supplémentaire en plus de celle du laboratoire[446], pas de retour et période de prévente définie).

709. Pour cette saison, les vaccins concernés sont Alpharix, Influvac et Vaxigrip.

710. Par mail du 18 avril 2016, le laboratoire Mylan informe Messieurs [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL] *, Messieurs* [CONFIDENTIEL] *et* [CONFIDENTIEL] *, Monsieur* [CONFIDENTIEL] *et Monsieur* [CONFIDENTIEL] *(CERP) qu'il n'accorde pas de remise pour le vaccin Influvac. (Annexe 23 de la réponse du 12 novembre 2019 de* [CONFIDENTIEL]*)*

711. Le formulaire de prévente de [CONFIDENTIEL] *mentionne qu'aucune remise n'est accordée pour les vaccins Influvac et Alpharix.*

Pour Vaxigrip, une remise de 10% pour des commandes de 10 vaccins, et une remise de 30% pour des commandes de 100 vaccins sont accordées.
[CONFIDENTIEL] *mentionne également dans le formulaire de prévente que la période de prévente aura lieu du 16 mai au 30 juin 2016 et que les retours des vaccins invendus ne sont pas acceptés. (Doc[CONFIDENTIEL], formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

712. Dans son formulaire de prévente, [CONFIDENTIEL] *indique les conditions commerciales pour la prévente de la saison 2016-2017*

Aucune remise n'est accordée pour Alpharix et Influvac.
Seules des remises sont accordées pour le Vaxigrip, soit une remise de 10% pour des commandes de 10 vaccins, et une remise de 30% pour des commandes de 100 vaccins.
[CONFIDENTIEL] *mentionne également dans son formulaire la date de fin de la prévente au 30 juin 2016 et que les retours ne sont pas acceptés. (Doc 1-278, formulaire de prévente de*[CONFIDENTIEL]*)*

713. Le courrier de CERP transmet le formulaire de prévente pour les vaccins contre la grippe de la saison 2016-2017.

CERP informe les pharmaciens des conditions commerciales qu'il accordera pendant la prévente pour les vaccins contre la grippe.

CERP communique les prix pharmacien et les remises pour Alpharix, Influvac, et Vaxigrip.

Pour Alpharix et Influvac, aucune remise n'est accordée.

446 Cela concerne le vaccin Influvac

Pour Vaxigrip une remise de 15% est accordée pour les commandes de 20 à 50 vaccins et une remise de 20% est accordée pour les commandes de plus de 50 vaccins.

CERP mentionne également que les retours ne sont pas acceptés et que les réservations prennent fin le 30 juin 2016.

Enfin, CERP précise que au-delà du 30 juin 2016, les commandes de vaccins contre la grippe sont soumises aux conditions commerciales habituelles accordées aux clients. (Annexe 18 réponse du 31 octobre 2019 de CERP, formulaire de prévente de CERP et courrier explicatif)

V.2.4 La durée de l'infraction

V.2.4.a Position de l'auditeur dans la communication des griefs

714. Comme mentionné au point 568, CERP a participé à une réunion d'acheteurs le 4 avril 2003 avec [CONFIDENTIEL]*et*[CONFIDENTIEL]*, au cours de laquelle des discussions et des accords sont intervenus concernant les conditions commerciales accordées aux pharmaciens dans le cadre des préventes. La participation de CERP à l'infraction relative aux vaccins contre la grippe a donc débuté le 4 avril 2003.*

715. La fin de la participation de CERP a été fixée à la date des perquisitions soit le 21 novembre 2016.

V.2.4.b Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

716. CERP soutient[447] que la concertation concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe était organisée sous forme de contacts annuels portant sur les conditions commerciales des préventes des vaccins contre la grippe de l'année en cours, et que la concertation entre CERP et les autres grossistes répartiteurs a pris fin au plus tard le 3 mai 2010, puisque la dernière preuve valable de concertation impliquant CERP avec d'autres grossistes répartiteurs date du 3 mai 2010.

717. Partant, en l'absence de contact infractionnel au sujet des conditions commerciales des préventes des vaccins contre la grippe entre CERP et les autres grossistes répartiteurs après le 13 octobre 2011, le comportement commercial de CERP ne peut servir de base pour constater une infraction à son égard[448], les faits, conformément à l'article IV.91 CDE, étant prescrits.

718. CERP rappelle qu'une procédure d'instruction menée par l'Auditorat ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans avant la date de la décision de l'auditeur général de procéder à une instruction d'office et que dans cette affaire, l'instruction a été ouverte le 13 octobre 2016.

719. Pour soutenir son argument, CERP renvoie à l'un des éléments constitutifs de la notion de pratique concertée à savoir qu'une pratique concertée requiert des contacts entre concurrents, caractérisés par une réciprocité. Selon CERP, les contacts doivent perdurer tout au long de la pratique pour que cela soit constitutif d'une infraction aux articles 101 TFUE et IV.1 CDE.

720. Par ailleurs, les conditions commerciales appliquées par CERP dans le cadre des préventes des vaccins contre la grippe sont explicables et n'ont rien d'anormales[449].

447 Voir point 105 des observations de CERP à la communication des griefs.
448 Voir point 112 des observations de CERP à la communication des griefs.
449 Voir points 114 à 118 des observations de CERP à la communication des griefs.

721. Concernant les remises, pour les produits réfrigérés, dont font partie les vaccins contre la grippe, qui entrainent des coûts supplémentaires, CERP ne fait que rarement des remises.

722. Pour les non-retours, les vaccins contre la grippe variant d'une année à l'autre, il n'est pas anormal de ne pas prendre en charge les coûts financiers des commandes excédentaires des pharmaciens.

723. Pour ses formulaires de prévente, ceux-ci ne mentionnent pas de date de début des préventes et ils sont envoyés souvent avant la date du 15 ou 16 mai de chaque année.

V.2.4.c Analyse de l'auditeur

i) L'absence du caractère annuel de la concertation relative aux vaccins contre la grippe

724. L'auditeur conteste la présentation faite par CERP concernant le caractère annuel de la concertation dans la cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe. L'auditeur renvoie aux points 597 à 605 supra.

ii) Durée de participation de CERP à l'infraction jusqu'en 2016 démontrée par l'instruction.

725. L'auditeur considère, sur base de son instruction, que l'absence de preuve d'élements matériels concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs après 2010, n'indique pas la fin de la participation de CERP à cette pratique.

726. L'auditeur montrera ci-dessous qu'une concertation a bien eu lieu, que cette concertation a été mise en œuvre, et établira qu'il existe un lien entre cette concertation et le comportement de CERP sur le marché.

a) L'élément moral et l'élément matériel de l'entente

727. Pour démontrer, d'une part, que CERP a participé à la coordination avec d'autres grossistes répartiteurs dans le cadre de la pratique des vaccins contre la grippe lors des préventes (consistant à ne pas accorder aux pharmaciens des remises supplémentaires à celles accordées par les laboratoires pharmaceutiques, à ne pas accepter les retours des produits invendus par les pharmaciens et à définir la période de prévente) et d'autre part que CERP a adopté un comportement sur le marché qui fait suite à cette concertation, les éléments suivants sont rappelés.

728. Chacun des grossistes répartiteurs, en ce compris CERP, a reconnu individuellement, dans le cadre de sa demande de clémence, avoir participé à la pratique relative aux vaccins contre la grippe jusqu'à la date de la demande de clémence (pour [CONFIDENTIEL]*), ou la date des perquisitions (pour* [CONFIDENTIEL] *et CERP).*

729. CERP a déclaré que « [CONFIDENTIEL]*»*[450]*.*

730. [CONFIDENTIEL]*a en effet déclaré dans le cadre de sa demande de clémence qu'elle appliquait toujours cet accord*[451]*.*

731. [CONFIDENTIEL] *a également précisé qu'elle avait participé à la pratique relative aux vaccins contre la grippe jusqu'au moment des perquisitions menées par l'ABC en 2016*[452]*.*

450 Demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], page 3 point 4.
451 Interview page 3 « [CONFIDENTIEL]».
452 « [CONFIDENTIEL]», demande de clémence de, [CONFIDENTIEL] point 3.2.

732. Il existe des preuves documentaires obtenues dans le cadre de l'instruction qui ont trait à des réunions entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs concernant la pratique des vaccins contre la grippe (voir la section V.2.2.b de la communication des griefs).

733. L'auditeur considère, conformément à la jurisprudence européenne[453], avoir prouvé à suffisance de droit que CERP a participé à l'entente, puisqu'il a été démontré la participation de CERP à des réunions et contacts au cours desquels des accords de nature anticoncurrentielle ont été conclus, sans que CERP ne s'en soit distanciée publiquement. En effet, CERP n'a pas avancé, à un quelconque moment de la procédure administrative, des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel. CERP n'a pas démontré qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur.

734. CERP et [CONFIDENTIEL] *ont par ailleurs reconnu que les grossistes répartiteurs ont appliqué les termes de la concertation jusqu'en 2016.*

735. CERP a également déclaré dans sa demande de clémence que « [CONFIDENTIEL]»[454].

736. [CONFIDENTIEL] *a déclaré que «* [CONFIDENTIEL]*»[455].*

737. L'auditeur a également montré à la section V.2.3.b de sa communication des griefs, que la pratique relative aux vaccins contre la grippe avait été mise en œuvre de 2003 à 2016.

738. Par ailleurs, conformément à la jurisprudence européenne[456], dans le cadre d'une entente, le fait que les membres puissent tricher n'a pas pour conséquence d'infirmer l'existence de l'infraction, ni d'infirmer la participation à l' infraction des entreprises qui « trichent ». CERP n'a donc pas, avant sa demande de clémence, mis fin à l'application des termes de la concertation concernant la pratique des vaccins contre la grippe quand bien même CERP a appliqué lors de certaines saisons et pour certains vaccins des conditions commerciales différentes (concernant les remises) aux pharmaciens lors des préventes[457].

---

453 *« Ainsi, selon la jurisprudence, il suffit que l'autorité administrative démontre que l'entreprise concernée a participé à des réunions entre entreprises au caractère manifestement anticoncurrentiel, sans s'y être manifestement opposée, pour prouver sa participation à l'entente . Il incombe alors à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur (arrêt Hüls/Commission, précité, point 155). La circonstance qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats de ces réunions n'est pas de nature à écarter sa responsabilité, à moins qu'elle ne se soit distanciée publiquement de leur contenu »,* arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Sarrio contre Commission, C-291/98, point 50.

454 Demande de clémence de CERP du [CONFIDENTIEL], page 3 point 4.

455 Interview de *[CONFIDENTIEL]*, page 3.

456 *« Par ailleurs, une tricherie entre les membres d'une entente ne saurait infirmer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. En effet, il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, même à supposer établi le fait que certains participants à l'entente parvenaient à tromper d'autres participants en transmettant des informations incorrectes et à utiliser l'entente à leur profit, en ne la respectant pas, l'infraction commise n'est pas éliminée par ce simple fait (voir arrêt du 8 juillet 2008, Knauf Gips/Commission, T-52/03 »* Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2019, Huhtamäki Oyj,, Huhtamaki Flexible Packaging Germany GmbH & Co.KG contre Commission européenne, affaire T-530/15, point 118.

« En conséquence, dans le cas d'accords se manifestant lors de réunions d'entreprises concurrentes, une infraction à cette disposition est constituée lorsque ces réunions ont un tel objet et visent, ainsi, à organiser artificiellement le fonctionnement du marché. Dans un tel cas, la responsabilité d'une entreprise déterminée dans l'infraction est valablement retenue lorsqu'elle a participé à ces réunions en ayant connaissance de leur objet, même si elle n'a pas, ensuite, mis en œuvre l'une ou l'autre des mesures convenues lors de celles-ci. L'assiduité plus ou moins grande de l'entreprise aux réunions ainsi que la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues ont des conséquences non pas sur l'existence de sa responsabilité, mais sur l'étendue de celle-ci et donc sur le niveau de la sanction » (arrêt de la Cour du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 145), arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008 , Knauf Gips KG contre Commission, affaire T-52/03, point 175.

457 Voir points 613 à 616 supra qui montrent que l'application par CERP de remises différentes de celles des autres parties est à relativiser fortement.

b) L'élément causal de l'entente

739. Il est de jurisprudence constante que la notion d'entente implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. L'existence de ce lien de causalité peut être présumé sauf preuve contraire à charge des entreprises[458].

740. La présomption du lien de causalité n'exige que la participation de l'entreprise à la concertation et son maintien sur le marché. Il n'est pas nécessaire que la concertation entre les entreprises se manifeste par des contacts réguliers et pendant une longue période[459].

741. Le type de concertation et la fréquence des contacts s'apprécient en tenant compte de l'objet de la concertation et des circonstances propres du marché sur lequel la concertation a lieu[460].

742. La Cour a en effet rappelé que « il y a lieu de considérer que ce qui importe n'est pas tant le nombre de réunions entre les entreprises concernées que le fait de savoir si le ou les contacts qui ont eu lieu ont offert à ces dernières la possibilité de tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché considéré et de substituer sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence »[461].

743. Sur base de la jurisprudence citée supra, le lien de causalité entre le comportement de CERP sur le marché et leur concertation avec les autres grossistes répartiteurs concernés concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe peut donc être présumé.

744. CERP n'a pas apporté de preuve de l'absence de lien de causalité entre la concertation et son comportement sur le marché.

---

458 Voir arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, C-199/92 Hüls AG /Commission , point 162 *« Il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leur concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché »* et arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 51 *« S'agissant de la présomption de causalité formulée par la Cour dans le cadre de l'interprétation de l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient, tout d'abord, de rappeler que la Cour a jugé que, comme cela résulte des termes mêmes de cette disposition, la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. La Cour a ensuite considéré que, toutefois, il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. »*

459 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 58 *« À cet égard, il convient de relever qu'il découle des points 121 de l'arrêt Commission/Anic Partecipazioni, précité, et 162 de l'arrêt Hüls/Commission, précité, que la Cour a uniquement lié l'application de ladite présomption à l'existence d'une concertation et au fait que l'entreprise est restée active sur le marché. L'ajout des termes «[i]l en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période», loin d'étayer la thèse selon laquelle la présomption de causalité est applicable uniquement dans l'hypothèse où les entreprises se réunissent régulièrement, doit nécessairement être interprété en ce sens que cette présomption est renforcée lorsque des entreprises ont concerté leur comportement de manière régulière au cours d'une longue période. ».*

460 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit, point 60 *« Ainsi que l'ont relevé à bon droit le gouvernement néerlandais ainsi que Mme l'avocat général aux points 104 et 105 de ses conclusions, ce sont tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché. En effet, si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période. En revanche si, comme dans l'affaire au principal, la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées. ».*

461 Voir arrêt de la Cour du 4 juin 2009, C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/ Raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit , point 61.

745. CERP a simplement invoqué certains éléments[462] qui expliqueraient le choix de CERP concernant le non-retour des vaccins contre la grippe invendus par les pharmaciens, ainsi que l'absence de remises octroyées aux pharmaciens en sus de celles accordées par les laboratoires pharmaceutiques.

746. Or, conformément à la jurisprudence citée supra, il appartient à CERP, non pas de donner des explications « objectives » à son comportement mais de prouver qu'il n'a pas tenu compte des informations échangées avec ses concurrents pour déterminer son comportement sur le marché dans le cadre des préventes des vaccins contre la grippe, ce que CERP ne fait absolument pas.

747. L'auditeur considère en effet que les éléments évoqués ne constituent que des affirmations très générales et qui ne sont, par ailleurs, étayées par aucune pièce.

748. Ces affirmations ne sont pas suffisantes pour prouver que CERP, depuis les derniers contacts avec les autres grossistes répartiteurs concernés par la pratique, aurait adopté indépendamment sa propre politique commerciale concernant les préventes des vaccins contre la grippe, et ne tiendrait plus compte des termes de cette concertation. Au contraire, en déposant leur demande de clémence, CERP a déclaré avoir « [CONFIDENTIEL]».

749. Pour terminer, l'auditeur renvoie aux points 599 à 607 supra, en ce qui concerne l'objet et les caractéristiques de la pratique relative aux vaccins contre la grippe où il a été démontré que l'objet et la pérennité de cette pratique ne nécessitait pas de réunions régulières, une fois les termes de l'accord établi.

750. Dans la présente affaire, la pratique relative aux vaccins contre la grippe est un accord et/ou une pratique concertée dont les termes ont été définis et affinés dès 2003 et pendant les premières années de la pratique, mais ayant vocation à s'appliquer pour une période indéterminée. Il ressort du dossier que les parties ont continué à appliquer ces termes, ce qui démontre en soi déjà que CERP a participé à un accord ou une pratique concertée tout au long de la période pendant laquelle elle a appliqué ces termes. Il s'ensuit dès lors que la période d'application doit être incluse dans la durée de l'infraction, à l'instar de la position du Tribunal et de la Cour dans l'affaire Acerinox[463].

751. Il résulte de ce qui précède, que l'auditeur ne peut suivre la position de CERP en ce que l'absence de concertation entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs après le 3 mai 2010 marquerait la fin de sa participation à l'infraction.

752. Pour le surplus, l'auteur rappelle la jurisprudence européenne constante qui considère en effet que « le régime de concurrence instauré par les articles 101 TFUE et 102 TFUE s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique. Par conséquent, en cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 101 TFUE soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de la cessation formelle des contacts collusoires. Il en découle que la durée d'une infraction peut être appréciée en fonction de la période pendant laquelle les entreprises incriminées ont mis à exécution un comportement interdit par cet article. (voir, en ce sens, arrêts du 15 juin 1976, EMI Records, 51/75, Rec. p. 811, point 30; EMI Records,

462 Voir point 114 des observations de CERP à la communication des griefs.
463 Voir les arrêts du Tribunal du XXX, T-48/98 , points 47 et ss. et de la Cour de justice du XXX C-57/02 P, points 55 et ss. dans l'affaire Acerinox/ Commission.

86/75, Rec. p. 871, point 27; EMI Records, 96/75, Rec. p. 913, point 15, et du 3 juillet 1985, Binon, 243/83, Rec. p. 2015, point 17)»[464].

753. Cette jurisprudence constante qui concerne une situation où les ententes ont formellement cessé, est d'autant plus pertinente pour les affaires où l'entente n'a pas cessé mais a continué à être mise en œuvre, comme dans la présente affaire. En effet, la cessation de la pratique par CERP n'est intervenue qu'à la date des perquisitions, soit le 21 novembre 2016.

754. C'est d'ailleurs sur base de cette jurisprudence que la position de la Commission a été remise en cause dans sa décision Chlorure de Choline[465].

755. CERP a invoqué cette décision de la Commission pour soutenir que sa situation, dans le cadre de la pratique des vaccins contre la grippe, est la même que celles des producteurs nord-américains de chlorure de choline, et qu'il y avait lieu de conclure que CERP pouvait bénéficier de la prescription conformément à l'article IV.91 CDE.

756. Dans l'affaire Chlorure de Choline, l'entente en question a été mise en œuvre à deux niveaux différents, mais étroitement liés : un arrangement au niveau mondial auquel les producteurs nord-américains et les producteurs européens participaient, et un arrangement au niveau européen impliquant uniquement les producteurs européens. Les producteurs nord-américains ne se sont pas vu imposer d'amende par la Commission, contrairement aux producteurs européens. En effet, le pouvoir de la Commission d'imposer des amendes pour des infractions à l'article 101 (1) est soumis à un délai de prescription de 5 ans à partir du 1er acte engagé par la Commission pour enquêter sur l'infraction.

757. CERP se réfère aux considérant 184 de la décision qui stipule que « Ainsi qu'il a été dit au considérant (165), les producteurs nord-américains ont mis fin à leur participation à l'infraction au terme de la réunion au niveau mondial qui a eu lieu entre le 14 et 20 avril 1994, à Johor Baru, en Malaisie. Ainsi qu'il a été dit au considérant (47), le premier acte engagé par la Commission pour enquêter sur l'infraction a été l'envoi à BASF, le 26 mai 1999, d'une demande de renseignements au titre de l'article 11 du règlement n° 17, que BASF a reçue le 4 juin 1999. Cet acte ayant eu lieu plus de cinq après que les producteurs nord-américains ont mis fin à leur participation à l'infraction, aucune amende ne peut être infligée aux producteurs nordaméricains Bioproducts, Chinook et DuCoa pour l'infraction qu'ils ont commise. »

758. CERP précise que cette conclusion est liée au fait que la Commission ne disposait pas « de preuves indiquant l'existence de réunions ou de contact auxquels ceux-ci auraient participé pendant les cinq années précédant le premier acte engagé par la Commission pour enquêter sur l'infraction »[466].

759. Or, et comme le mentionne CERP, cette décision a fait l'objet d'un recours devant le Tribunal[467] et a été annulée par celui-ci. CERP ne mentionne toutefois pas que le Tribunal a considéré que « L'interprétation du considérant 165 de la Décision proposée par la Commission ne saurait donc être acceptée. »

760. En effet, dans le cadre de ce recours devant le Tribunal, et pour ce qui concernait l'analyse de la qualification d'infraction unique des accords mondiaux et des accords européens, la Commission a soutenu

464 Arrêt de la Cour du 30 mai 2013 dans l'affaire C-70/12 P, Quinn Barlo /Commission, point 40.
465 Décision de la Commission du 9 décembre 2004, Affaire COMP / E-2 / 37.533.
466 Voir point 123 des observations de CERP à la communication des griefs.
467 Arrêt du Tribunal BASF et UCB/ Commission du 12 décembre 2007, affaire T-101/05 et T-111/05.

qu'après la fin des accords mondiaux, les producteurs nord-américains auraient continué à les appliquer en restant hors du marché européen[468]. Le Tribunal a dès lors constaté que la Commission se contredisait par rapport au considérant 165[469] de sa décision quant à la question de l'absence de preuves d'autres réunions ou d'application de l'accord : « Par ailleurs, en faisant valoir que, après la cessation formelle des accords mondiaux, les parties ont continué à les mettre en œuvre et que les producteurs nord américains ont continué à se tenir hors du marché européen, appliquant les accords mondiaux (voir point 155 ci-dessus), la Commission contredit le considérant 165 de la Décision, selon lequel elle ne possédait pas de preuves indiquant qu'il y ait eu d'autres réunions ou contacts auxquels les producteurs nord-américains auraient participé et au moyen desquels ils auraient fixé les prix pour l'EEE ou confirmé leur engagement initial de ne pas exporter vers l'Europe (voir point 9 ci-dessus) ».

761. La Commission a expliqué qu'elle ne soutenait pas le fait que les accords mondiaux avaient continué à être appliqués mais que le comportement des producteurs nord-américains était resté plus ou moins le même que lorsque les accords étaient en vigueur et qu'une distinction devait être faite entre un comportement qui reste identique à celui adopté pendant un accord et la durée de cet accord[470].

762. Le Tribunal a remis en cause cette distinction et surtout le considérant 165 de la décision de la Commission, comme suit : « Force est de constater que cette distinction, qui contredit d'ailleurs les écritures de la Commission (voir point 155 ci-dessus), se fonde sur une interprétation erronée de l'article 81 CE. En effet, selon une jurisprudence constante, le régime de concurrence instauré par les articles 81 CE et 82 CE s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique. Par conséquent, dans le cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 81 CE soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de leur cessation formelle (voir arrêts du Tribunal du 29 juin 1995, Solvay/Commission, T-30/91, Rec. p. II-1775, point 71, et du 11 décembre 2003, Ventouris/Commission, T-59/99, Rec. p. II-5257, point 182, et la jurisprudence citée). Il en découle que la durée d'une infraction ne doit pas être appréciée en fonction de la période pendant laquelle un accord est en vigueur, mais en fonction de celle pendant laquelle les entreprises incriminées ont adopté un comportement interdit par l'article 81 CE. Or, la thèse de la Commission ne permet pas d'expliquer la raison pour laquelle, si les producteurs nord américains ont continué de se comporter au-delà du 20 avril 1994 de la façon prévue par les accords mondiaux, aucune amende ne leur a été infligée. L'interprétation du considérant 165 de la Décision proposée par la Commission ne saurait donc être acceptée. »

---

468 *« En effet, il serait évident que les accords au niveau européen constituaient la continuation et la mise en œuvre des accords mondiaux en substituant simplement la répartition des marchés nationaux européens à la répartition mondiale. Cette substitution n'aurait été possible que parce que, après la fin des accords mondiaux, les parties auraient continué à les mettre en œuvre et les producteurs nord-américains à se tenir hors du marché européen, en appliquant les accords mondiaux. UCB aurait confondu la persistance des accords au niveau mondial avec la persistance de leurs effets. Il ne serait aucunement contradictoire d'admettre que l'entente a pris fin au niveau mondial mais que c'est au niveau européen qu'elle a continué à bénéficier des effets des accords mondiaux. Dans ces circonstances, la non-simultanéité ne changerait pas le caractère unique et continu de l'infraction. »*, Arrêt du Tribunal BASF et UCB/Commission, point 155.

469 *« Les membres nord-américains de l'entente ont participé à cette infraction jusqu'à la réunion au niveau mondial qui s'est tenue entre le 14 et le 20 avril 1994 à Johor Baru, en Malaisie. Ainsi qu'il a été dit au considérant (95), Chinook a indiqué lors de cette réunion qu'elle ne participerait plus à aucune réunion du groupe. La Commission ne possède pas de preuves indiquant qu'il y ait eu d'autres réunions ou contacts auxquels les producteurs nord-américains auraient pris part et au moyen desquels ils auraient fixé les prix pour l'EEE ou confirmé leur engagement initial de ne pas exporter vers l'Europe. »*, considérant 165 de la décision.

470 *« la Commission a indiqué que, par cette argumentation, elle n'entendait pas faire valoir que l'accord mondial avait persisté après la date de sa cessation retenue dans la Décision, mais que, en pratique, le comportement des entreprises impliquées est resté plus ou moins tel qu'il était lorsque les accords étaient en vigueur. Il y aurait, dès lors, lieu d'opérer une distinction entre cette circonstance et celle évoquée au considérant 165 de la Décision qui concerne la durée de l'accord mondial. »*, Arrêt du Tribunal BASF et UCB/Commission, point 186.

763. CERP ne peut dès lors se prévaloir de la décision de la Commission dans l'affaire Chlorure de Choline et des conséquences sur l'absence de preuves de contacts ou de réunions, pour pouvoir bénéficier de la prescription prévue à l'article IV.91 CDE, puisque cette décision sur ce point particulier n'a pas été suivie par le Tribunal.

764. Enfin, dans la mesure où l'existence de l'entente a été démontrée, il n'est pas possible pour CERP, pour contester l'existence de cette infraction, de simplement proposer une explication alternative qui montrerait que son comportement ne résulte pas d'une concertation mais d'un parallélisme de comportement qui trouverait une explication plausible ou une réponse rationnelle sur base des caractéristiques du marché, tel que tente de le faire CERP aux points 114 à 118 de ses observations. Il appartient à CERP de contester les faits établis par l'auditeur sur base des pièces de l'instruction.

765. L'auditeur se réfère pour soutenir cette position à la jurisprudence du Tribunal dans l'affaire PVC II dans laquelle le Tribunal a affirmé que «selon la jurisprudence, lorsque le raisonnement de la Commission était fondé sur la supposition que les faits établis dans sa décision ne pouvaient s'expliquer autrement qu'en fonction d'une concertation entre les entreprises, il suffisait aux requérantes d'établir des circonstances donnant un éclairage différent aux faits établis par la Commission et permettant ainsi de substituer une autre explication des faits à celle retenue par la Commission. Toutefois, le Tribunal a précisé que cette jurisprudence n'était pas applicable dès lors que la preuve de la concertation entre les entreprises ne résultait pas de la simple constatation d'un parallélisme de comportements sur le marché, mais de pièces d'où il ressortait que les pratiques étaient le résultat d'une concertation. Dans ces conditions, il incombe aux requérantes non pas simplement de présenter une prétendue autre explication des faits constatés par la Commission, mais bien de contester l'existence de ces faits établis au vu des pièces produites par la Commission »[471].

V.2.4.d Conclusion de l'auditeur

766. Il ressort donc de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'auditeur a prouvé la durée de participation de CERP à la pratique relative aux vaccins contre la grippe jusqu'au 21 novembre 2016 et que faits reprochés à CERP dans le cadre de la pratique des vaccins contre la grippe ne sont dès lors pas prescrits.

767. L'auditeur conclut que CERP a participé à la pratique relative aux vaccins contre la grippe du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016.

V.2.5 Etendue géographique de l'infraction

768. L'étendue géographique de l'infraction est le territoire de la Belgique. En effet, CERP et les autres parties ont une activité s'étendant sur une grande partie voire pour certaines l'ensemble du territoire belge et ensemble les parties couvrent l'entièreté du marché belge. En outre la pratique restrictive relative aux vaccins contre la grippe a été définie dans un cadre national et concerne l'ensemble des pharmaciens établis sur le territoire de la Belgique.

471 Voir arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, T-305/94, points 725 à 728.

VI. Analyse juridique

769. Pour rappel, l'instruction a établi la participation de CERP à deux infractions distinctes, soit la pratique restrictive relative aux Transfer Orders et celle relative aux vaccins contre la grippe.

VI.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

VI.1.1 Application de l'article 101 (1) TFUE et de l'article IV.1 §1er CDE

770. L'article 101 (1) TFUE interdit les accords entre entreprises, les pratiques concertées et les décisions d'association d'entreprises qui affectent le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence de manière sensible au sein du marché intérieur.

771. L'article IV.1 §1er CDE est rédigé dans les mêmes termes que l'article 101 (1) TFUE à l'exclusion de la condition de l'affection du commerce entre Etats membres.

772. En conséquence, mise à part la condition mentionnée ci-dessus, toutes les conditions de l'article 101 (1) TFUE sont valables pour l'application de l'article IV. 1 §1er CDE.

VI.1.1.a Accords et/ou pratiques concertées

i) Principes

773. Pour qu'il y ait un accord, il suffit qu'il y ait un concours de volontés entre les parties de se comporter d'une manière déterminée sur le marché. La forme que peut prendre ce concours de volonté importe peu. Il peut s'agir d'un accord écrit ou oral, accompagné ou non de sanction, ou pour lequel les parties sont ou ne sont pas légalement tenues[472].

774. Si l'article 101 (1) TFUE et l'article IV.1 §1er CDE distinguent la notion de «pratiques concertées» de celle d'«accords entre entreprises», c'est dans le dessein d'appréhender sous les interdictions de ces articles une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence[473].

775. Les critères de coordination et de coopération établis par la jurisprudence, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable plan, doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux règles de concurrence, selon laquelle tout opérateur économique se doit de définir de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs

---

472 « *Il ressort également d'une jurisprudence constante que, pour qu'il y ait accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69, Rec. p. 661, point 112, et du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 86; arrêt du Tribunal du 17 décembre 1991, Hercules Chemicals/Commission, T-7/89, Rec. p. II-1711, point 256). En ce qui concerne la forme d'expression de ladite volonté commune, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément à ses termes (voir, notamment, arrêts ACF Chemiefarma/Commission, point 112, et Van Landewyck/Commission, point 86, précités),* sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national (arrêt Sandoz, point 13). *Il s'ensuit que la notion d'accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci.* » (arrêt du 26 octobre 2000 dans l'affaire Bayer AG, T-41/96, points 67 à 69).

473 Arrêts du 14 juillet 1972, 48/69, Imperial Chemical Industries/Commission Rec. 1972, p. 619, point 64, et du 8 juillet 1999, C-199/92 P, Hüls/Commission, points 158.

économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché[474].

776. Selon une jurisprudence constante, les notions d'accord et de pratique concertée, au sens de l'article 101 (1) TFUE, appréhendent, d'un 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. Il suffit, dès lors, que la preuve des éléments constitutifs de l'une ou de l'autre de ces formes d'infraction visées à cette disposition ait été établie pour que, en toute hypothèse, cette dernière s'applique[475].

ii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux Transfer Orders

777. Le comportement des parties tel que décrit à la section V.1 constitue une infraction aux articles 101 (1) TFUE et IV.1 § 1er CDE consistant en différentes actions qui peuvent individuellement ou cumulativement être qualifiées d'accord et/ou de pratique concertée entre entreprises, par lequel CERP et les autres participants ont substitué sciemment une coopération pratique entre eux aux risques de la concurrence.

778. Par sa participation à une série de réunions et autres contacts avec ses concurrents, CERP a été impliqué dans une série de comportements collusoires qui faisaient partie d'un plan d'ensemble poursuivant un même objectif : restreindre la concurrence entre eux tant au niveau des prix que du contenu des prestations pour la gestion des commandes passées par les pharmaciens dans le cadre des Transfer Orders.

779. Les parties se sont en effet concertées afin de mettre en place un système des Transfer Orders contenant des conditions commerciales identiques, en particulier pour ce qui concerne la tarification, et avec un contenu également identique pour tous. Elles ont donc exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée et de limiter leur comportement commercial individuel, en termes de tarification et de contenu des prestations.

780. Les parties entendaient, par la mise en place du système de Transfer Orders tel que concerté, restreindre la concurrence dans le cadre de leur gestion des Transfer Orders.

781. L'auditeur conclut que le comportement des parties doit être qualifié d'accord et/ou de pratique concertée au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1 er CDE.

iii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

782. Le comportement des parties tel que décrit à la section V.2 constitue une infraction aux articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE consistant en différentes actions qui peuvent individuellement ou cumulativement être qualifiées d'accord et/ou de pratique concertée entre entreprises, par lequel CERP et les autres participants ont substitué sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence.

---

474 Arrêt du 16 décembre 1975 dans l'affaire Suiker Unie, 40-48/73, etc., points 173 et 174.

475 Arrêt du 8/07/99, C-49/92 P, Commission /Anic Partecipazioni SpA, point 132 ; Arrêt du 4/06/09, C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a., point 23 ; Arrêt du 29/11/2012, T-491/07, Groupement des cartes bancaires, point 63 ; arrêt du 5/12/2013, C-455/11 P, Solvay SA c. Commission, point 53.

783. Par sa participation à une série de réunions et autres contacts avec ses concurrents, CERP a été impliqué dans une série de comportements collusoires qui faisaient partie d'un plan d'ensemble poursuivant un même objectif: restreindre la concurrence entre elles au niveau des conditions commerciales offertes aux pharmaciens.

784. D'une part, les parties se sont concertées sur les remises à accorder aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe ; elles se sont plus particulièrement accordées pour n'octroyer aucune remise propre aux grossistes répartiteurs, en plus de celles éventuellement accordées par les laboratoires pharmaceutiques. D'autre part, les parties ont convenu de ne pas accepter les retours des vaccins contre la grippe invendus et ont déterminé conjointement la période des préventes de ces vaccins.

785. L'auditeur conclut que le comportement des parties doit être qualifié d'accord et/ou de pratique concertée au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

VI.1.1.b Infractions uniques et continues

786. Comme indiqué, au point 769, l'auditeur a considéré que CERP a participé à deux infractions distinctes, soit la pratique restrictive relative aux Transfer Orders et celle relative aux vaccins contre la grippe. Chacune de ces infractions consitute une infraction unique et continue.

i) Principes

787. Selon une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 (1) 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 et/ou du marché belge, l'Auditorat est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions à l'ensemble des parties concernées, tout en tenant compte de la participation individuelle de chacun à l'infraction[476].

788. Il importe peu à ce sujet que l'implication de l'entreprise concernée prenne une forme ou une intensité différente[477]. Une entreprise qui a participé à une telle infraction par des comportements qui lui étaient propres, qui relevaient des notions d'accord ou de pratique concertée ayant un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101 (1) TFUE et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble est également responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction. Tel est, en effet, le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque[478].

ii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux Transfer Orders

789. Comme décrit supra, CERP avec les autres participants ont pris des mesures afin de contribuer à la réalisation du même objectif anti-concurrentiel commun qui n'a pas changé pendant toute la durée de

476 C-441/11 P Commission c. Verhuizingen Coppens NV, point 41.
477 Arrêt du 8 juillet 2008 dans l'affaire AC-Treuhand, T-99/04, point 131, Affaire COMP/39922 – Bearings, decision du 19 mars 2014, point 45.
478 C-49/92 P Commission c. Anic Partecipazioni, point 83.

l'infraction, à savoir restreindre la concurrence, au niveau du prix et du contenu des prestations, dans le cadre de la gestion des Transfer Orders.

790. CERP et les autres participants avaient connaissance du comportement infractionnel des autres parties ou pouvaient raisonnablement le prévoir.

791. En effet, les parties ont ensemble mis en place et implémenté un système de Transfer Orders commun, dont le contenu et les conditions commerciales sont identiques. Ce système n'a pas subi de modification pendant la période infractionnelle, à l'exception de l'adaptation de la tarification en 2006.

792. Afin de mettre en place ce système commun de TO, CERP et les autres participants ont pris part à des réunions, ont eu des contacts par mail et ont échangé des documents et des informations afin de se concerter sur les différents aspects du système des Transfer Orders, sur son adaptation (modification de la tarification en 2006) ainsi que sur sa mise en œuvre concrète. CERP et les autres participants ont enfin appliqué de manière ininterrompue les conditions convenues entre eux pour les Transfer Orders. Les termes de la concertation n'ayant pas subi de modification, l'application des conditions convenues ne nécessitait plus de concertation.

793. Par conséquent, l'Auditeur conclut que CERP et les autres parties ont participé à une infraction unique et continue aux articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

iii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

794. Comme décrit supra, CERP avec les autres participants ont pris des mesures afin de contribuer à la réalisation du même objectif anti-concurrentiel commun qui n'a pas changé pendant toute la durée de l'infraction, à savoir restreindre la concurrence entre elles au niveau des conditions commerciales offertes aux pharmaciens (remises identiques, non-retour des vaccins invendus et délimitation de la période des préventes). CERP et les autres participants avaient connaissance du comportement infractionnel des autres parties ou pouvaient raisonnablement le prévoir.

795. En effet, CERP et les autres participants ont participé à des réunions, ont eu des contacts par emails et ont échangé des informations afin de se concerter sur les conditions commerciales qu'ils appliqueraient. CERP et les autres participants ont également appliqué de manière ininterrompue les conditions commerciales convenues aux pharmaciens. Les termes de la concertation n'ayant pas subi de modification, l'application des conditions convenues ne nécessitait plus de concertation.

796. Par conséquent, l'Auditeur conclut que CERP et les autres parties ont participé à une infraction unique et continue aux articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

VI.1.1.c Restrictions de concurrence

i) Principes

797. Les articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE interdisent les accords et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il y a lieu de rappeler que l'objet et l'effet anticoncurrentiel sont des conditions non pas cumulatives, mais alternatives pour apprécier si une pratique relève de l'interdiction énoncée à l'article 101 (1) TFUE[479].

479 Voir arrêts de la Cour de justice du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14 point 16 et du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P point 25.

798. Selon la jurisprudence, le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction «ou», conduit à la nécessité de considérer en premier lieu l'objet même de l'accord et en second lieu, d'en examiner les effets dans l'hypothèse où l'accord ne comporte pas une restriction par objet.

799. Le critère pour déterminer si un accord comporte une restriction par objet réside dans la constatation qu'un tel accord présente en lui-même un degré de nocivité suffisant à l'égard de la concurrence pour considérer qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les effets[480].

800. En effet, afin de mettre en œuvre les articles IV.1 §1er CDE et 101(1) TFUE, il n'est pas nécessaire de vérifier si un accord a des effets restrictifs de concurrence lorsqu'un objet anti-concurrentiel est identifié[481].

801. Le même raisonnement vaut pour les pratiques concertées[482].

802. L'appréciation de l'existence d'un degré suffisant de nocivité d'un accord ou d'une pratique concertée nécessite d'examiner la teneur de ses dispositions, les objectifs de celui-ci, ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère[483].

803. Or, la Cour de justice a souligné à plusieurs reprises que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de restriction par objet, de sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence »[484].

804. Il en va notamment ainsi des comportements collusoires tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix entre concurrents. Ces comportements sont considérés comme tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier le prix, la quantité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'article 101 (1) TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché[485].

805. La pratique décisionnelle considère en effet qu'une fixation de prix constitue une restriction par objet[486].

806. S'agissant de tels accords, l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut ainsi se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet.[487]

---

480 Voir arrêt de la Cour de justice du 2 avril 2020, C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal c./ Budapest Bank Nyrt. e.a., point 37.

481 Arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire Beef Industry Development et Barry Brothers, C-209/07, points 15 à 17. Voir également les points 43 à 45 et 257 de l'arrêt du 9 juillet 2009 dans l'affaire Peugeot et Peugeot Nederland / Commission, T-450/05.

482 C-8/08 T-Mobile Netherland, point 29.

483 Voir arrêts de la Cour de justice du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06, point 58, du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a,, C-32/11, point 36, du 30 janvier 2020 , Generics, C-307/18, point 67.

484 Voir notamment arrêts de la Cour de justice du 2 avril 2020, C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal c./ Budapest Bank Nyrt. e.a.,, point 35, du 11 septembre 2014, MasterCard e.a./Commission C-382/12 P, points 184 et 185.

485 Voir arrêts de la Cour de justice du 11 septembre 2014, CB/Comission, C-67/13P point 51 et du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14, point 19.

486. Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) points 21 et 23

487 Arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2016, C-373/14 P, Toshiba Corporation / European Commission, point 29.

807. Par ailleurs, l'article IV.1 §1er CDE, rédigé dans les mêmes termes que l'article 101 (1) TFUE, considère expressément comme restrictifs de la concurrence les accords et les pratiques concertées qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction.

ii) Application au cas d'espèce pour ce qui concerne l'infraction relative aux Transfer Orders

808. Les différents aspects du comportement de CERP et des autres participants dans le cadre de la pratique restrictive horizontale de concurrence des Transfer Orders, tel que décrit supra, poursuivaient un même objectif, à savoir restreindre la concurrence entre eux tant au niveau des prix que du contenu des prestations.

809. CERP et les autres participants se sont concertés afin de mettre en place un système des Transfer Orders contenant des conditions commerciales identiques, en particulier pour ce qui concerne la tarification, et avec un contenu des prestations également identique pour tous.

810. La concertation, auquel CERP a participé, a donc pour objet de fixer les prix et de définir le contenu des prestations et d'empêcher toute concurrence entre les parties en ce qui concerne ces deux paramètres de concurrence.

811. Des formules précises de calcul de la tarification des TO ont été déterminées par les parties. Ces formules de calcul tiennent compte des quantités commandées par le pharmacien et du type de médicaments.

812. La concertation a également défini le contenu de l'intervention des parties après la commande des pharmaciens jusqu'à la livraison et le service après-vente.

813. Par conséquent, l'auditeur conclut que l'objet de la pratique de CERP et des autres participants était, par sa nature, de restreindre la concurrence au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

814. S'agissant d'une infraction par objet, l'auditeur n'a pas à démontrer les éventuels effets des pratiques en cause.

815. Il a toutefois été démontré à la section V.1.2.d que le système des Transfer Orders tel que décrit avait bien été mis en œuvre par CERP et les autres participants. Cela s'est traduit concrètement dans le chef de CERP par une application généralisée du pourcentage de 5,1.

iii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

816. Les différents aspects du comportement de CERP et des autres participants dans le cadre de la pratique restrictive horizontale des vaccins contre la grippe, tel que décrit supra, poursuivaient un même objectif, à savoir restreindre la concurrence entre eux tant au niveau des prix (absence de remises propres aux grossistes répartiteur) que d'autres conditions commerciales offertes aux pharmaciens (non-retour des vaccins contre la grippe et délimitation de la période des préventes).

817. Plus particulièrement en se concertant sur les remises qui seraient octroyées aux pharmaciens, le comportement de CERP et des autre participants a empêché toute concurrence par les prix entre ceux-ci.

818. Par conséquent, l'auditeur conclut que l'objet de la pratique de CERP et des autres participants était, par sa nature, de restreindre la concurrence au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

819. S'agissant d'une infraction par objet, l'auditeur n'a pas à démontrer les éventuels effets des pratiques en cause.

820. Il a toutefois été démontré à la section V.2.2.d que les conditions commerciales telles que définies ont bien été mises en œuvre par CERP et les autres participants.

VI.1.1.d Affectation sensible de la concurrence sur le marché belge et effet sur le commerce entre États membres

i) Principes

821. L'article IV.1 §1er CDE vise les accords ou pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'affecter de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

822. L'article 101 (1) TFUE est seulement applicable dans la mesure où l'accord et /ou la pratique concertée est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

823. Selon une jurisprudence constante, un accord et/ou une pratique restrictive est susceptible d'affecter le commerce entre États membres lorsqu'il est possible d'envisager avec un degré de probabilité suffisant, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres[488].

824. A cet égard, il convient de constater que l'article 101 (1) TFUE n'exige pas que les accords et/ou pratiques concertées visés à cette disposition aient sensiblement affecté les échanges intracommunautaires, mais demande qu'il soit établi que ces accords sont de nature à avoir un tel effet[489].

825. Le commerce entre États membres peut être affecté lorsque le marché géographique pertinent est national[490]. La Cour de justice a décidé dans de nombreuses affaires qu'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[491].

826. Enfin, l'effet sur le commerce de l'accord et/ou la pratique concertée doit être appréciable, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être insignifiant[492].

ii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux Transfer Orders

827. L'infraction a une dimension nationale.

828. CERP et les autres parties représentent une grande partie du secteur et ensemble leur activité couvre l'entièreté du territoire belge.

488 Voir e.a. Affaire 42/84 Remia, point 22.
489 Voir C-219/95 P Ferriere Nord c Commission, point 19.
490 Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO [2004] C 101/81, point 22.
491 Voir e.a. C-309/99 Wouters, point 95.
492 Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO [2004] C 101/81, points 44 et suivants.

829. Le système des Transfer Orders a concerné indistinctement tous les pharmaciens et les laboratoires pharmaceutiques qui recouraient aux Transfer Orders. Les laboratoires recourant aux Transfer Orders étaient nombreux en Belgique.

830. Par conséquent, l'auditeur conclut que la pratique relative aux Transfer Orders était susceptible d'affecter de manière sensible le commerce entre Etats membres et a également faussé de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné au sens de l'article IV.1 §1er CDE.

iii) Application au cas d'espèce pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

831. L'infraction a une dimension nationale.

832. CERP et les autres parties représentent une grande partie du secteur et ensemble leur activité couvre l'entièreté du territoire belge.

833. La concertation entre les parties portant sur les conditions commerciales à accorder aux pharmaciens a concerné indistinctement l'ensemble des pharmaciens ainsi que l'ensemble des vaccins contre la grippe mis sur le marché chaque année par les laboratoires pharmaceutiques.

834. Par conséquent, l'auditeur conclut que la pratique relative aux vaccins contre la grippe était susceptible d'affecter de manière sensible le commerce entre Etats membres et a également faussé de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné au sens de l'article IV.1 §1er CDE.

VI.1.2 Non-applicabilité de l'article 101 (3) TFUE et/ou de l'article IV.1§3 CDE

835. Les dispositions de l'article 101 (1) TFUE et/ou IV.1§1er CDE peuvent être déclarées inapplicables suivant respectivement l'article 101 (3) TFUE et/ou IV.1§3 CDE à tout accord et/ou pratique concertée qui contribuent à améliorer la production ou la distribution 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 atteindre ces objectifs, ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

836. Des infractions qui consistent en un accord et/ou une pratique concertée entre entreprises telles que celles qui font l'objet de la présente communication des griefs, constituent des restrictions de concurrence peu susceptibles de remplir les conditions de l'article 101§3 TFUE[493].

837. Sur base des éléments dont dispose l'auditeur, il n'existe pas d'éléments indiquant que les conditions de l'article 101 (3) TFUE et/ou IV.1§3 CDE pourraient être satisfaites en ce qui concerne les présentes infractions.

---

493 Voir les Lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 du tTaité qui stipule que :
« … il est fort peu probable que de graves restrictions de la concurrence puissent remplir les conditions de l'article [101], paragraphe 3. En général, ces restrictions sont interdites par des règlements d'exemption par catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directrices et les communications de la Commission. D'ordinaire, les accords de cette nature ne remplissent pas les deux premières conditions (au moins) de l'article [101], paragraphe 3. Ils ne créent pas d'avantages économiques objectifs et ne bénéficient pas aux consommateurs. ».

838. L'auditeur conclut que les conditions pour une exemption énoncées à l'article 101 (3) TFUE et/ou IV.1§3 CDE ne sont pas remplies dans la présente procédure tant pour l'infraction relative au système des Transfer Orders que celle relative aux vaccins contre la grippe.

VI.2 Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

VI.2.1 Sur l'objet de la pratique relative aux TO

839. CERP considère que la pratique relative au TO consistant pour CERP et les autres grossistes répartiteurs à se concerter « afin de mettre en place un système des Transfer Orders contenant des conditions commerciales identiques, en particulier pour ce qui concerne la tarification, et avec un contenu des prestations également identique pour tous » n' a pas pour objet de restreindre la concurrence au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE.

840. Selon CERP, l'analyse pour déterminer si un accord a pour objet de restreindre la concurrence, telle que requise par la jurisprudence de la CJUE dans son arrêt Budapest Bank[494], n'a pas été réalisée par l'auditeur, celui-ci n'a pas fait un examen du contexte économique et juridique, ni pris en compte l'intention des parties.

841. Pour CERP, la concertation est une coopération horizontale légitime ayant un objet pro-concurrentiel.

842. CERP considère, dans un premier temps, que les prestations des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO, définies de manière commune lors de la concertation, constituent en réalité des conditions types d'un nouveau service développé par les grossistes-répartiteurs pour offrir une alternative efficiente à la livraison par les laboratoires pharmaceutiques de leurs ventes directes aux pharmaciens. CERP et les autres grossistes répartiteurs n'auraient fait que définir dans les « grandes lignes »[495] le contenu de leurs prestations de sous-traitant.

843. Selon CERP, le contenu des prestations devait être défini nécessairement de manière conjointe entre les grossistes répartiteurs pour que les laboratoires pharmaceutiques puissent y avoir recours. CERP souligne également que le laboratoire ne bénéficiera des avantages logistiques et économiques maximaux du système des TO que s'il peut faire des TO avec tous les grossistes répartiteurs.

844. Concrètement, CERP explique que l'intention des parties ne visait pas à restreindre la concurrence mais à assurer le succès d'un nouveau service permettant aux laboratoires de développer leurs TO à un coût moindre que les ventes directes. L'objectif de la concertation entre les grossistes répartiteurs était donc pro-concurrentiel. Pour ce faire, CERP s'appuie sur le § 301 des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[496].

845. Dans un second temps, CERP conteste la partie du grief communiqué par l'auditeur selon lequel elle a participé à une concertation avec les autres grossistes répartiteurs, concertation qui aurait pour objet de fixer les prix des prestations TO, alors que selon CERP, les marges convenues pour les prestations TO sont des marges maximales qui permettent à chaque grossiste répartiteur de convenir d'une marge plus faible.

494 Affaire C-228/18, Budapest Bank e.a.
495 Point 40 des observations de CERP.
496 Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, J.O. 2011 C 11/1.

CERP s'appuie sur la décision de transaction de l'auditeur du 18 février 2022[497], rendue dans la même affaire, mais dans le cadre de la procédure de transaction.

846. CERP souligne que la marge maximale, définie en concertation avec l'ensemble des grossistes répartiteurs pour leurs prestations dans le cadre des TO, visait à plafonner la marge à un niveau acceptable pour les laboratoires pharmaceutiques. La détermination d'une marge maximale concertée entre tous les grossistes répartiteurs était nécessaire pour éviter toute exagération de l'un d'eux dans la tarification des TO, évitant ainsi de mettre en péril la viabilité de l'ensemble du système des TO.

847. L'objectif de mettre en place une tarification commune pour leur rémunération des TO ne visait pas à restreindre la concurrence entre les grossistes répartiteurs au détriment des laboratoires pharmaceutiques ; l'objectif était de définir un système de TO à des conditions tarifaires attrayantes pour les laboratoires pharmaceutiques.

848. Selon CERP, le fait que les laboratoires pharmaceutiques aient recours à ce système de TO démontre que l'objectif de « conditions attrayantes » est atteint.

VI.2.2 Sur l'effet de la pratique relative aux TO

849. CERP estime que la pratique relative aux TO n'a pas eu pour effet de restreindre la concurrence. Cette pratique relative au TO aurait, au contraire, permis de développer la concurrence sur le marché de la distribution des produits pharmaceutiques grâce à des coûts de livraison et de facturation moindres pour les laboratoires pharmaceutiques, que si ces derniers avaient dû travailler, via les ventes directes.

850. CERP se réfère à la nécessité de réaliser une analyse contrefactuelle, telle que requise dans la jurisprudence du Tribunal dans l'affaire Master Card[498]. CERP, pour établir qu'en l'absence de la pratique relative aux TO, la concurrence serait moindre sur le marché de la distribution des produits pharmaceutiques, utilise, une nouvelle fois, la réponse fournie par Sandoz. Cette réponse indique que pour promouvoir ses produits génériques auprès des pharmaciens, le système des TO proposés par les grossistes répartiteurs, au regard de sa propre capacité logistique et administrative à gérer des ventes directes, était intéressant. Sandoz mentionne également que compte tenu de la fidélité des pharmaciens à leur(s) grossiste(s) répartiteur(s), un système où l'ensemble des grossistes répartiteurs étaient associés était le meilleur moyen pour y parvenir.

851. CERP considère également que c'est la pratique relative aux TO qui a permis l'augmentation du volume des TO car cette pratique, selon CERP, confère de nombreux avantages aux laboratoires pharmaceutiques, aux pharmaciens, aux grossistes répartiteurs et aux consommateurs.

852. CERP, pour l'analyse contrefactuelle, est d'avis qu'en l'absence de la concertation, les TO n'auraient pas rencontré le succès qu'ils ont eu, le volume des TO selon CERP n'aurait pas progressé.

---

497 Dans cette décision, l'auditeur a expliqué au paragraphe 82, pour ce qui concerne la tarification post 2006 *« Si la majorité des lignes de commandes se composait de cinq pièces et plus par ligne, même si la formule générale de calcul de la rémunération des grossistes répartiteurs est également restée fixée à 5,1% du prix pharmacien, des formules de calcul complémentaires ont été élaborées pour établir des tarifs plafonnés. »*

498 Arrêt du tribunal du 24 mai 2012, MasterCard e.a. / Commission, affaire T-111/08, point 128.

VI.2.3 Sur l'applicabilité de l'article 101(3) TFUE et / ou de l'article IV.1§3 CDE à la pratique relative aux TO

853. CERP allègue qu'en toute hypothèse, la pratique relative aux TO remplit les conditions pour bénéficier d'une exemption.

854. Selon CERP, la pratique relative aux TO améliore la distribution des produits pharmaceutiques, « le système des TO a permis d'assurer une distribution plus efficace des produits pharmaceutiques commandés directement par les pharmaciens aux laboratoires pharmaceutiques », les consommateurs en tirent un bénéfice car le système des TO a permis une augmentation de la concurrence entre les laboratoires pharmaceutiques, les restrictions sont indispensables, le système des TO n'étant pas efficace ou crédible en l'absence de la concertation et enfin le système des TO favorise la concurrence entre les laboratoires pharmaceutiques.

VI.3 Analyse de l'auditeur

VI.3.1 Sur l'objet de la pratique relative aux TO

855. L'auditeur constate que la pratique des TO est une infraction qui a pour objet de restreindre la concurrence au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE et considère que l'analyse de la pratique effectuée par l'auditeur pour le prouver est conforme à ce que requiert la jurisprudence de la CJUE dans dans son arrêt Cartes Bancaires[499] [500],. Dans cet arrêt, la Cour rappelle qu'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 (voir, en ce sens, arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, point 36 ainsi que jurisprudence citée) » [501].

856. La Cour indique également que « En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte (voir arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., EU:C:2013:160, point 37 ainsi que jurisprudence citée) »[502].

857. Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, l'auditeur, dans son analyse juridique reprise dans la communication des griefs, a déjà mentionné que « certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de restriction par objet, de sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance

499 Arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires /Commission, C-67/13 P.
500 Pour l'objet restrictif de concurrence d'une pratique, l'analyse requise dans l'arrêt de la Cour de justice du 2 avril 2020, C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal c./ Budapest Bank Nyrt. e.a., est semblable à celle requise dans l'arrêt Cartes Bancaires.
501 Arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires/Commission, C-67/13 P, point 53.

502 Arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires/Commission, C-67/13 P, point 54.

que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence »[503].

858. Il en va notamment ainsi des comportements collusoires tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix entre concurrents. Ces comportements sont considérés comme tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier le prix, la quantité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'article 101 (1) TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché[504].

859. La pratique décisionnelle de la Commission considère également qu'une fixation de prix constitue une restriction par objet[505].

860. S'agissant de tels accords, l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut ainsi se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet.[506]

861. Cependant, conformément à la jurisprudence de la Cour[507], dans le cadre de l'analyse par objet d'un accord ou d'une pratique concertée, lorsque les parties se prévalent d'effets pro-concurrentiels attachés à l'accord, il faut les prendre en compte, en tant qu'éléments du contexte, aux fins de la qualification de restriction par objet et déterminer s'ils remettent en cause le degré suffisamment nocif de l'accord.[508]

862. Toutefois, il ne suffit pas que les parties allèguent des effets pro-concurrentiels, il faut que ceux-ci soient avérés, pertinents et propres à l'accord concerné[509].

863. Enfin, la seule présence de tels effets pro-concurrentiels ne saurait, en tant que telle, conduire à écarter la qualification de « restriction par objet »[510]. En effet, la Cour précise que les effets pro-concurrentiels doivent être suffisamment importants pour permettre de raisonnablement douter du caractère suffisamment nocif à l'égard de la concurrence de la pratique en cause et donc de son objet anticoncurrentiel[511]

---

[503] Arrêt de la Cour de justice du 2 avril 2020, C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal c./ Budapest Bank Nyrt. e.a.,point 35.

504 Voir arrêts de la Cour de justice du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires/Commission, C-67/13P point 51 et du 26 novembre 2015, Maxima Latvija, C-345/14, point 19.

505 Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) points 21 et 23.

506 Arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2016, C-373/14 P, Toshiba Corporation / European Commission, point 29.

507 Arrêt de la Cour du 30 janvier 2020 Generics UK contre Competition and Markets Authority, affaire C-307/18.

508 *« il importe de relever que, lorsque les parties à cet accord se prévalent d'effets proconcurrentiels attachés à celui-ci, ceux-ci doivent, en tant qu'éléments du contexte de cet accord, être dûment pris en compte aux fins de sa qualification de « restriction par objet », ainsi que cela a été rappelé au point 67 du présent arrêt et au point 158 des conclusions de Mme l'avocate générale, dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale du degré suffisamment nocif de la pratique collusoire concernée à l'égard de la concurrence et, en conséquence, sa qualification de « restriction par objet »* arrêt de la Cour du 30 janvier 2020 Generics UK contre Competition and Markets Authority, affaire C-307/18, point 103.

509 *« Toutefois, cette prise en compte suppose que les effets proconcurrentiels soient non seulement avérés et pertinents, mais également propres à l'accord concerné, comme cela est évoqué, concernant les accords en cause au principal, par Mme l'avocate générale au point 144 de ses conclusions »*, arrêt de la Cour du 30 janvier 2020 Generics UK contre Competition and Markets Authority, affaire C-307/18, point 105.

510 *« De plus, ainsi que cela est relevé par Mme l'avocate générale au point 166 de ses conclusions, la seule présence de tels effets proconcurrentiels ne saurait, en tant que telle, conduire à écarter la qualification de « restriction par objet »*. arrêt de la Cour du 30 janvier 2020 Generics UK contre Competition and Markets Authority, affaire C-307/18, point 106.

511 *« A les supposer avérés, pertinents et propres à l'accord concerné, ces effets proconcurrentiels doivent être suffisamment importants, de sorte qu'ils permettent de raisonnablement douter du caractère suffisamment nocif à l'égard de la concurrence de l'accord de règlement amiable concerné, et, partant, de son objet anticoncurrentiel. »*, arrêt de la Cour du 30 janvier 2020 Generics UK contre Competition and Markets Authority, affaire C-307/18, point 107.

864. Pour ce qui a trait aux intentions des parties, comme le souligne la Cour, celles-ci peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être prises en compte. La Cour a eu l'occasion, dans l'arrêt Cartes Bancaires, de préciser également que les intentions poursuivies par les entreprises ne peuvent, à elles seules, suffire à établir l'existence d'un objet anticoncurrentiel[512].

865. L'auditeur renvoie à l'ensemble de la section IV « Secteur concerné » de la présente proposition motivée de décision dans laquelle l'auditeur a fait une analyse du fonctionnement de la mise sur le marché et de la distribution aux pharmaciens des produits pharmaceutiques, a rappelé les caractéristiques du marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques et a pris en compte le cadre règlementaire auquel sont soumis les grossistes répartiteurs.

866. De plus, dans sa communication des griefs[513], l'auditeur a mentionné, sur base de diverses déclarations des parties, le contexte économique dans lequel la pratique relative aux TO a été imaginée.

867. Le contexte économique et les intentions des grossistes répartiteurs dans lequel s'inscrit la pratique des TO étaient, pour ces derniers, de récupérer du volume d'activité, compte tenu des pertes qu'ils subissaient en raison de l'augmentation des ventes directes des laboratoires pharmaceutiques[514]. Ceci a d'ailleurs été confirmé par CERP[515], en ce compris dans ses observations à la communication des griefs.[516]

868. Il n'a jamais été mentionné par les demandeurs de clémence que les laboratoires ont sollicité la création du système des TO, ni n'ont participé à la concertation dans le cadre de la pratique relative aux TO. L'objectif des parties en participant à la pratique des TO a été de contrer les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques en proposant un système TO, qui devaient convaincre les laboratoires pharmaceutiques de travailler en TO.

869. Comme déjà expliqué, chaque grossiste répartiteur aurait pu décider individuellement de la marge qu'il souhaitait obtenir ainsi que des prestations qu'il souhaitait fournir dans le cadre des TO. Ceci n'a pas été le cas, car comme le souligne [CONFIDENTIEL][517] dans sa demande de clémence, les parties ont considéré que la tarification devait être similaire, ceci pour ne pas influencer le pharmacien dans son choix du grossiste répartiteur. Les parties ont donc choisi une tarification commune afin que les TO ne deviennent pas un élément concurrentiel entre eux, lorsque le pharmacien choisit son ou ses grossistes répartiteurs.

870. Le contexte économique dans lequel s'inscrit la pratique relative aux TO était donc de ne pas se concurrencer sur le marché de la distribution en gros full line, via les TO.

871. L'auditeur conteste donc le contexte économique et juridique dans lequel la pratique des TO s'inscrirait, tel que décrit par CERP, tant pour ce qui concerne le contenu des prestations des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO , que pour ce qui a trait à la tarification des TO.

872. S'agissant des effets pro concurrentiels qui découleraient de la pratique relative aux TO en cause, l'auditeur rappelle que le fait que les laboratoires pharmaceutiques considèrent qu'un système commun

---

512 *« Les intentions poursuivies par le Groupement ne pouvant à elles seules, conformément à la jurisprudence rappelée au point 54 du présent arrêt, suffire à établir l'existence d'un objet anticoncurrentiel »,* arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires/Comission, C-67/13P, point 88.

513 Voir les §§ 116-120 de la communication des griefs.

514 Voir la déclaration de clémence de [CONFIDENTIEL]

515 *« [CONFIDENTIEL] »*, demande de clémence de CERP *[CONFIDENTIEL]*point 3.1.

516 Point 12 des observations de CERP à la communication des griefs.

des TO soit une option plus intéressante pour eux que de passer par les ventes directes, ou le fait que la décision de concentration [552]McKesson /Belmedis (dans le cadre de la définition des marchés de produits et services) reconnaissent que les TO sont moins chers que les ventes directes ne signifient pas que la pratique relative aux TO fournit l'offre la plus concurrentielle ; c'est en effet le système de TO en tant que tel qui procure des avantages aux laboratoires mais pas la pratique en cause en l'espèce.

873. Les avantages dont bénéficient les laboratoires pharmaceutiques peuvent être obtenus sans la mise en place par les grossistes répartiteurs d'une fixation de prix et sans la détermination commune de leur prestation dans le cadre des TO.

874. Les effets pro concurrentiels qui sont avancés par CERP ne sont donc pas des éléments propres à l'accord en cause dans la présente affaire.

875. A ce titre, il n'y a donc pas lieu de les prendre en considération comme éléments du contexte pour l'appréciation globale du degré de nocivité de l'accord. Le degré de nocivité de cet accord n'est donc pas remis en cause par de quelconques effets pro concurrentiel.

876. Par conséquent, vu ce qui précède, l'auditeur maintient que la pratique relative aux TO a pour objet de restreindre la concurrence.

877. Au surplus, en tout état de cause, l'auditeur conteste les arguments plus spécifiques avancés par CERP dans ses observations sur le contexte dans lequel s'inscrit la pratique relative aux TO.

878. Pour ce qui concerne la tarification, l'auditeur renvoie aux points 290 à 308 supra constatant que la tarification convenue de manière concertée entre les parties avait pour objet de fixer précisément la marge que ces derniers souhaitaient obtenir dans le cadre des TO, et qu'il ne s'agissait pas d'une tarification permettant à chaque grossiste répartiteur de définir librement la marge qu'il souhaitait appliquer.

879. L'auditeur ne remet pas en cause le fait que la marge était plafonnée à 5.1% du prix pharmacien mais cela n'enlève en rien le caractère fixe de la tarification.

880. Comme déjà mentionné, dans la section V.1.2.c iv de la présente proposition de décision motivée, aucun élément du dossier ne montre que cette tarification convenue est la plus avantageuse pour les laboratoires pharmaceutiques et qu'en l'absence de concertation entre les parties, celles-ci se seraient réservées des marges plus importantes sur les TO. CERP ne peut justifier ce point en se basant sur le recours aux TO par de nombreux laboratoires pharmaceutiques. Le succès du système des TO ne peut servir à prouver que la tarification convenue est une rémunération concurrentielle.

881. Par ailleurs, pour soutenir que la concertation avait pour but de plafonner les marges, et non de fixer une rémunération, CERP cite les propos tenus par [CONFIDENTIEL] lors d'une réunion avec l'auditorat.

882. Lors de cette réunion, l'auditorat a questionné [CONFIDENTIEL]sur les raisons de l'adaptation de la tarification en 2006. [CONFIDENTIEL] a expliqué que pour certains laboratoires pharmaceutiques, l'application systématique des pourcentages tels que déterminés pendant la période 2003-2006 (voir description de la tarification) rendaient les TO trop coûteux pour ces derniers. Les grossistes répartiteurs se sont donc concertés uniquement entre eux, pour formaliser leurs calculs de marge qui rendraient le coût des TO moins onéreux pour les laboratoires pharmaceutiques, en adaptant la tarification à partir de juin

2006. Cette adaptation de la tarification concertée ne signifie pas pour autant que la rémunération commune est la plus avantageuse pour les laboratoires pharmaceutiques.

883. L'utilisation par CERP de ces propos n'est donc pas pertinente pour considérer d'une part que les marges plafonnées le sont, en concertation avec les laboratoires pharmaceutiques, et d'autre part, que cette tarification convenue est celle entrainant pour les laboratoires pharmaceutiques les coûts les plus bas.

884. S'agissant de la nécessité pour les laboratoires pharmaceutiques d'une similarité des prestatations des grossistes répartiteurs, CERP n'a ni démontré, ni justifié en quoi le contenu du système des TO devait être standardisé afin que les laboratoires choisissent de travailler via les TO. (voir la section V.1.2.c iii de la présente proposition de décision motivée).

885. Au vu de ce qui précède, CERP échoue à démontrer que le contexte économique et juridique dans lequel la pratique relative aux TO s'inscrit puisse écarter la qualification d'infraction par objet.

886. Ensuite l'objectif légitime éventuel poursuivi par les grossistes répartiteurs, à savoir maintenir leur volume d'activité mais aussi permettre aux laboratoires de développer leur TO sans de lourds investissements notamment dans l'infrastructure logistique, en mettant en place le système des TO en tant que tel, ne permet pas pour autant d'exclure que la pratique relative aux TO, , au vu du contexte économique dans lequel elle s'inscrit, est une pratique ayant pour objet de restreindre la concurrence.[518] L'intention des parties dans le cadre de la pratique relative aux TO n'est donc pas pro-concurrentielle mais est bien de limiter la concurrence entre eux.

887. Enfin, s'agissant du fait que la pratique des TO ne serait que l'élaboration de conditions générales de ventes ou d'achats de biens ou de services, tel que cela figure dans les Lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale[519] et ne seraient donc pas en tant que telles des restrictions de concurrence, l'auditeur ne peut suivre cette position.

888. L'auditeur constate que la pratique des TO ne correspond absolument pas à l'établissement de conditions générales, mais constitue un accord ou une pratique concertée de fixation de prix notamment, le critère non contraignant fait donc défaut.

889. Au vu de ce qui précède, l'auditeur maintient que la pratique relative aux TO est une pratique ayant pour objet de restreindre la concurrence.

*VI.3.2 **Sur l'effet de la pratique relative aux TO***

890. L'auditeur considère, dans la mesure où l'objet restrictif de la pratique relative aux TO a été démontré, qu'il n'y a pas lieu d'en examiner les effets.

891. L'auditeur renvoie toutefois aux §§ 205 à 210 de sa communication des griefs qui démontrent que l'entente relative aux TO qui a pour objet de restreindre la concurrence[520] entre les grossistes répartiteurs

a été mise en œuvre par les parties et que cela s'est notamment traduit par une application généralisée d'une rémunération de 5.1% du prix pharmacien pour les TO.

892. Les prémisses utilisées par CERP pour tenter de démontrer l'absence d'effet restrictif de concurrence sont soit erronées, soit ne reposent sur aucune démonstration.

893. Quant aux effets pro-concurrentiels que la pratique relative aux TO pourraient procurer, l'auditeur les conteste.

894. Comme mentionné à plusieurs reprises, le système des TO en tant que tel n'est pas remis en cause. Ce n'est que la pratique relative aux TO (détermination des conditions commerciales, dont notamment la tarification et le contenu des prestations des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO) qui fait l'objet de l'instruction. Le fait que les laboratoires pharmaceutiques considèrent qu'un système commun des TO soit une option plus intéressante pour eux que de passer par les ventes directes, ou le fait que la décision de concentration McKesson/Belmedis (dans le cadre de la définition des marchés) reconnaissent que les TO sont moins chers que les ventes directes et que bénéficier de l'infrastructure logistique des grossistes répartiteurs est un atout, ne sont donc pas des arguments pertinents pour l'analyse contrefactuelle, puisque cela n'est pas inhérent à la pratique relative aux TO mais au système des TO.

895. En effet, ces constatations ne signifient nullement que les conditions commerciales et les prestations des grossistes répartiteurs convenues dans le cadre de la pratique des TO sont celles qui permettent, notamment aux laboratoires, de tirer le meilleur profit du système des TO, ni que ces conditions et prestations concertées étaient indispensables pour obtenir les avantages du systèmes des TO au regard des ventes directes.

896. Par ailleurs, prendre la pratique relative aux TO pour justifier le succès des TO et son aspect pro-concurrentiel ne repose sur aucun argument pertinent et n'est qu'une simple affirmation.

897. CERP n'a pas démontré que les laboratoires n'auraient pas eu recours au système des TO, avec la même ardeur, si les grossistes répartiteurs avaient proposé leur propres rémunérations et prestations dans le cadre des TO. Le seul élément auquel les laboratoires pharmaceutiques ont attaché de l'importance est que le système soit un système où tous les grossistes répartiteurs participent, afin d'assurer la distribution de leurs produits sur l'ensemble du territoire belge. Cependant, comme l'auditeur l'a expliqué dans la section V.1.2.c iv de la présente proposition de décision motivée, cet élément doit être relativisé. Il a en effet pu être constaté que des laboratoires, dont Sandoz, ont pris la décision de ne plus travailler avec l'ensemble des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO, malgré les protestations des grossistes répartiteurs évincés et d'une partie des pharmaciens.

898. Il faut souligner que depuis la cessation par CERP de l'application des termes de la concertation, CERP n'a pas évoqué une diminution des recours aux TO par les laboratoires pharmaceutiques.

899. Selon CERP, la concurrence serait sortie renforcée sur le marché de la distribution des produits pharmaceutiques grâce aux coûts de livraison et facturation moindres supportés par les laboratoires pharmaceutiques. Or, si CERP parle du marché de la distribution en gros full line au sein duquel sont inclus les TO, les laboratoires ne sont pas actifs. Les avantages des laboratoires pharmaceutiques retirés du système des TO ne peut donc pas justifier l'accroissement d'une concurrence sur un marché sur lequel ils ne sont pas actifs.

900. Enfin, l'auditeur constate, une fois encore, que pour détailler les effets positifs de la pratique relative aux TO pour les grossistes répartiteurs, à savoir trouver de nouveaux débouchés et améliorer leur rentabilité, CERP confond la pratique relative aux TO incriminée et le système des TO en tant que tel. Ceci aurait pu être atteint sans mettre en œuvre la pratique relative aux TO.

VI.3.3 Sur l'applicabilité de l'article 101(3) TFUE et / ou de l'article IV.1§3 CDE pour la pratique relative aux TO

VI.3.3.a Les principes

901. Aux termes des articles 101 § 3 TFUE et IV.1 § 3 CDE, les dispositions des articles 101 § 1er TFUE et IV.1 § 1er CDE ne s'appliquent pas aux accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées qui, cumulativement : a) contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ; b) sont indispensables pour atteindre ces objectifs ; c) réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ; d) ne donnent pas aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

902. Dans le cadre de la présente analyse, l'auditeur rappelle qu'il appartient aux parties qui l'invoquent d'amener les différents éléments de preuve qui soutiennent leur raisonnement.

VI.3.3.b En l'espèce

903. Concernant les gains d'efficacité, CERP confond à nouveau dans sa démonstration le système des TO et la pratique relative aux TO et ne démontre donc pas que la pratique concertée engendre des gains d'efficacité[521]. L'auditeur renvoie aux points 223 à 229 supra où il a expliqué que « L'auditeur ne remet donc pas en cause le fait que le coûts des TO pour les laboratoires pharmaceutiques est moindre que si ces derniers pratiquent des ventes directes et ont recours à des pré-wholesalers. Ce n'est pas ce point dont il est question dans cette pratique relative aux TO. Ce qui doit être pris en compte c'est le fait que les grossistes répartiteurs se sont entendus sur une tarification et sur des services dans le cadre des TO, et le fait que rien ne montre que les laboratoires pharmaceutiques ont bénéficié via cette pratique de la meilleure tarification et des meilleurs services que ce qu'ils auraient pu obtenir si chaque grossiste répartiteur avait proposé une tarification et des services propres » et que CERP n'est pas parvenu à démontrer que « la concertation sur la tarification et sur les prestations fournies par les grossistes répartiteurs a entrainé pour les laboratoires pharmaceutiques des avantages dont ils n'auraient pas pu bénéficier en l'absence de la concertation.»

904. S'agissant de l'indispensabilité, l'auditeur renvoie aux points 213 à 22 supra où l'auditeur a constaté que CERP (1) échoue à démontrer que la démarche collective pour la mise en place du système était une nécessité, (2) ne parvient pas à justifier la nécessité d'un contenu identique des prestations des grossistes répartiteurs, (3) ne parvient pas démontrer que la tarification des TO serait une tarification permettant au grossiste répartiteur d'appliquer sa propre rémunération pour autant que le plafond de 5.1% du prix pharmacien ne soit pas dépassé. Par ailleurs, les avantages du système des TO pour les laboratoires pharmaceutiques, consistant dans le fait que leurs coûts via ce système sont moindres que s'ils ont recours aux ventes directes et à des pré-wholesalers, proviennent du système des TO en tant que tel, ils ne

nécessitent pas d'introduire une tarification et des prestations communes. Les laboratoires auraient pu bénéficier de ces avantages, même si les grossistes répartiteurs avaient proposé leurs propres rémunérations et prestations dans le cadre des TO.

905. En ce qui concerne l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, l'auditeur renvoie au contexte économique, tel que décrit aux points 861 à 865 supra. L'auditeur a ainsi expliqué que la rémunération commune des TO a été adoptée par l'ensemble des parties pour préserver les relations de chaque grossiste répartiteurs avec ses pharmaciens clients, donc pour limiter la concurrence entre les parties, dans le cadre de la vente de l'ensemble de leur produits pharmaceutiques, via les TO, et sur l'ensemble du territoire national.

906. S'agissant de la répercussion des bénéfices aux consommateurs, il est nécessaire de prouver que les gains d'efficacité, qui sont réalisés au moyen de restrictions indispensables sont répercutés sur les consommateurs de manière à compenser les effets restrictifs sur la concurrence causés par la pratique[522].

907. Selon CERP, la pratique relative aux TO aurait permis d'accroitre la concurrence entre les laboratoires pharmaceutiques, bénéfique pour les patients. L'auditeur rappelle sa position développée au point 891 supra et que par ailleurs, cette position de CERP n'est sous-tendue par aucun élément factuel. Cet accroissement de la concurrence entre les laboratoires pharmaceutiques résultant du système de TO, pour autant qu'il soit avéré, pourrait être obtenu sans qu'il soit nécessaire d'introduire une tarification commune et des prestations communes.

908. CERP n'a par ailleurs pas fourni d'éléments permettant d'établir l'existence d'une répercussion des éventuels gains d'efficacité sur les consommateurs, ni même que celle-ci compenserait les effets restrictifs de concurrence causés par la pratique relative aux TO.

909. Par conséquent, l'auditeur constate que CERP ne remplit aucune des conditions pour bénéficier de l'exemption au titre de l'article 101 (3) TFUE e/ou t IV.1 § 3 CDE.

VI.4 Conclusion de l'auditeur

910. Sur base de ce qui précède, l'auditeur conclut que l'objet de la pratique de CERP et des autres parties était, par sa nature, de restreindre la concurrence au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 §1er CDE et que les conditions pour une exemption énoncées à l'article 101 (3) TFUE et/ou IV.1 § 3 CDE ne sont pas remplies.

VII. Eléments à prendre en considération dans le calcul de l'amende

VII.1 Position de l'auditeur dans la communication des griefs

VII.1.1 Lignes directrices applicables

911. Le Comité de direction de l'Autorité belge de la Concurrence a adopté, le 3 septembre 2020, des lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er , premier alinéa, et § 2, premier alinéa CDE pour les infractions aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 (ci-après les lignes directrices pour le calcul des amendes).

912. Ces Lignes directrices s'appliquent à partir du jour de leur publication au Moniteur belge, soit le 16 septembre 2020, à toutes les affaires pour lesquelles, à ce jour, une proposition de décision motivée n'a pas encore été transmise 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 un montant de l'amende éventuelle et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction.[523]

VII.1.2 Détermination du montant des amendes

VII.1.2.a Principe de fixation des amendes

913. Le point 3 des Lignes directrices des lignes directrices pour 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.79, § 1er, premier alinéa, et § 2, premier alinéa, CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 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) ».

914. Pour le chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination du montant de base, les Lignes directrices de l'ABC de 2020 prévoient que doit être pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction[524].

915. Pour déterminer le montant de base de l'amende, l'Autorité belge de la concurrence prend en considération la gravité de l'infraction et sa durée. Un montant est également inclus au titre de l'effet dissuasif notamment pour les accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marchés et de limitation de la production.

916. Une majoration ou une minoration de ce montant de base peut être appliquée au titre de circonstances aggravantes ou atténuantes.

917. L'amende ne peut toutefois pas excéder les limites fixées à l'article IV. 79§1er CDE.

523 Voir le § 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes.
524 Voir le § 5 des lignes directrices pour le calcul des amendes.

VII.1.2.b Le montant de base des amendes

A. L'assiette et l'année de référence pour l'infraction relative aux TO

918. Selon le paragraphe 6 des Lignes directrices de la Commission de 2006, la combinaison de la valeur des ventes « en relation » avec l'infraction et de la durée de cette dernière est considérée comme une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction ainsi que le poids relatif de chaque entreprise participant à l'infraction.

919. L'assiette de référence correspondant au chiffre d'affaires réalisé par CERP en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction, est la valeur totale des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO.

920. Pour ce qui concerne l'année de référence, la jurisprudence souligne que si la Commission peut se fonder, en règle générale, sur la dernière année de participation à l'infraction comme période de référence pour le calcul de la valeur des ventes, un tel choix ne doit pas toujours être retenu.

921. En effet, il convient de choisir une méthode de calcul qui permette de tenir compte de la taille et de la puissance économique de chaque entreprise concernée ainsi que de l'ampleur de l'infraction commise par chacune d'entre elles, en fonction de la réalité économique telle qu'elle apparaissait à l'époque de la commission de l'infraction[525].

922. Dans la présente affaire, retenir uniquement les valeurs de la dernière année complète de la participation à l'infraction ne tiendrait pas compte de la réalité de l'infraction car elle risquerait de sanctionner de manière disproportionnée CERP dans la mesure où les ventes réalisées dans le cadre des TO ont connu une forte croissance depuis le début de la période infractionnelle sans que cette croissance puisse uniquement être expliquée par le succès du cartel. En effet, l'application des termes de la concertation aux médicaments génériques était au départ insignifiante et a progressé à partir de juin 2006.

923. C'est pourquoi, l'assiette de référence retenue sera la moyenne de la valeur des ventes réalisées par CERP entre 2003 et 2015 avec les pharmaciens dans le cadre des TO.

924. L'assiette prise en compte pour CERP est de [CONFIDENTIEL]euros.

B. L'assiette et l'année de référence pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

925. Pour cette infraction, l'assiette de référence correspond à la valeur totale en Belgique des ventes des vaccins contre la grippe réalisées par CERP avec les pharmaciens pendant les préventes.

926. Pour ce qui concerne l'année de référence, la dernière année complète de participation à l'infraction pour CERP est l'année 2015.

927. L'assiette prise en compte pour CERP est de [CONFIDENTIEL] *euros*

C. La gravité de l'infraction relative aux TO

928. La gravité de l'infraction détermine le pourcentage à appliquer à l'assiette de référence.

929. Pour apprécier la gravité de l'infraction, la Commission européenne rappelle dans ses lignes directrices sur le calcul des amendes que « l'appréciation de la gravité sera faite au cas par cas pour chaque type

525 Arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Sarrió/Commission, C-291/98 P, Rec. p. I-9991, et arrêt du Tribunal du 13 septembre 2010, Trioplast Industrier/Commission, T-40/06, Rec. p. II-4893, point 92.

d'infraction, tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce » et qu' « [e]n règle générale, la proportion de la valeur des ventes prises en compte sera fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30% » (points 20 et 21 des Lignes directrices de la Commission européenne sur le calcul des amendes).

930. La Commission précise encore au point 22 de ses lignes directrices sur le calcul des amendes « qu'afin de décider si la proportion de la valeur des ventes à prendre en considération dans un cas donné devait-être au bas ou au haut de l'échelle, la Commission tiendra compte d'un certain nombre de facteurs, tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction et la mise en œuvre ou non de l'infraction »[526].

931. En l'espèce, la concertation entre CERP et les autres parties portait sur la mise en place d'un système des TO qui restreignait la concurrence tant au niveau des prix que du contenu des prestations. Les parties ont proposé un système de TO à des conditions commerciales identiques, en particulier pour ce qui concerne la tarification, et avec un contenu des prestations également identique. En outre, les parties couvraient ensemble par cette pratique l'entièreté du territoire belge.

932. Cette pratique doit être considérée comme une infraction grave au droit de la concurrence.

933. Considérant les faits décrits dans la présente communication des griefs et les circonstances particulières de l'affaire, un pourcentage de 15% de l'assiette de référence est appliqué à CERP.

D. La gravité de l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

934. En l'espèce, la concertation entre CERP et les autres parties consistant à accorder des conditions commerciales identiques aux pharmaciens, constitue un accord qui poursuit un objectif anti-concurrentiel commun, à savoir restreindre notamment la concurrence au niveau des prix (absence de remises propres offertes aux pharmaciens lors des préventes des vaccins contre la grippe) et au niveau de la période des préventes. En outre, les parties couvraient ensemble par cette pratique l'entièreté du territoire belge.

935. Cette pratique doit être considérée comme une infraction grave au droit de la concurrence.

936. Considérant les faits décrits dans la présente communication des griefs et les circonstances particulières de l'affaire, un pourcentage de 15% de l'assiette de référence est appliqué à CERP.

E. La durée des infractions

937. CERP a participé aux deux infractions en cause à partir du 4 avril 2003 et la fin de sa participation a été fixée au 21 novembre 2016.

938. La durée de sa participation à ces infractions a été de 13 ans et 7 mois (coefficient multiplicateur de 13,58[527]).

F. Effet dissuasif

939. Afin de dissuader les entreprises de participer notamment à des accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché, et de limitation de production, les lignes directrices de la Commission

526 Voir également l'arrêt de la Cour de justice dans les affaires jointes Dansk Rørindustri e.a. contre Commission des Communautés européennes du 25 juin 2005, affaires C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, points 240 à 242.
527 7/12=0.58

européenne sur le calcul des amendes prévoient au point 25 d'inclure en sus dans le montant de base, un montant compris entre 15 et 25% de la valeur des ventes concernées.

940. Afin de déterminer la proportion de la valeur des ventes à prendre en compte dans un cas donné, la Commission tient compte d'un certain nombre de facteurs, en particulier ceux identifiés au point 22 des lignes directrices de la Commission européenne sur le calcul des amendes.

941. S'agissant de l'infraction relative aux TO, devrait être inclu dans le montant de base une somme équivalente à 15% des valeurs des ventes.

942. S'agissant de l'infraction relative aux vaccins contre la grippe, devrait être inclu dans le montant de base une somme équivalente à 15% de la valeur totale des ventes.

G. Conclusions sur le montant de base

943. Sur base de ce qui précède, le montant de base des amendes pour CERP, pour chaque infraction, est la somme du pourcentage de ses ventes prises en considération au titre du facteur « gravité », multiplié par la durée de sa participation à l'infraction, d'une part, et du montant au titre de l'effet dissuasif, d'autre part.

VII.1.2.c Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes ou atténuantes

944. Des majorations ou diminutions peuvent augmenter ou réduire le montant de base de l'amende s'il existe des circonstances aggravantes ou des circonstances atténuantes.

A. Circonstances aggravantes

945. Dans la présente procédure, tant pour l'infraction relative aux TO que pour celle relative aux vaccins grippe, aucune circonstance aggravante n'a été retenue à l'encontre de CERP.

B. Circonstances atténuantes

i) Circonstances atténuantes pour l'infraction relative aux TO

946. Vu les circonstances propres à cette affaire, une circonstance atténuante en raison du rôle joué par certains laboratoires pharmaceutiques pourrait être retenue.

947. En effet, il y a lieu de constater que le comportement de certains laboratoires pharmaceutiques a facilité l'application de l'accord. Concrètement, certains laboratoires ont réuni à leur initiative l'ensemble des grossistes répartiteurs participant à la pratique pour se faire présenter le système des TO.

948. Considérant ce qui précède, le montant de base de l'amende de CERP serait diminué de 10%.

ii) Circonstances atténuantes pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe

949. *Dans la présente procédure, pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe, aucune circonstance atténuante n'a été retenue pour CERP.*

VII.1.2.d La limite légale du montant des amendes

950. Vu l'article IV.79 §1er CDE, il y a lieu de vérifier que ces montants d'amendes proposés ne dépassent pas le seuil légal de 10% du chiffre d'affaires défini à l'article IV.84 §1er 1° CDE comme «le chiffre d'affaires total réalisé sur le marché national et à l'exportation au cours de l'exercice social précédent la décision».

951. Aucun des montants d'amendes ainsi calculés ne dépassent la limite légale du chiffre d'affaires total de CERP.

VII.1.2.e Les réductions d'amendes octroyées sur base des Lignes directrices sur la clémence du 22 mars 2016

952. [CONFIDENTIEL], CERP a introduit une demande d'exonération partielle d'amende.

953. [CONFIDENTIEL], le Président conformément à l'article IV.54 §§1et 2 CDE, a rendu sa décision de clémence accordant à CERP le bénéfice sous conditions d'une exonération partielle comprise entre 30 et 50% en ce qui concerne uniquement la pratique relative aux Transfer Orders.

954. L'Auditeur a constaté, au stade de la communication des griefs, que toutes les conditions reprises dans la décision de clémence du Président étaient remplies et que CERP pourrait bénéficier d'une réduction de 45% des sanctions pécuniaires pour l'infraction relative aux TO.

955. Pour l'infraction relative aux TO, CERP a déposé une demande de clémence rapidement après les perquisitions. Il a transmis des preuves renforçant la capacité de l'auditorat à prouver l'infraction. En particulier, CERP a transmis des preuves d'échanges multilatéraux entre les grossistes répartiteurs pendant la période infractionnelle ainsi que des preuves de son implication dans la pratique relative aux TO par des documents contemporains à l'infraction.

956. Par ailleurs, il a également transmis de nombreuses explications sur le protocole FTP, système informatique mis en place dans le cadre des TO par [CONFIDENTIEL] *et accepté par l'ensemble des grossistes répartiteurs, pour la transmission des commandes des laboratoires pharmaceutiques aux grossistes répartiteurs.*

957. [CONFIDENTIEL] CERP a introduit une demande d'exonération partielle d'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

958. [CONFIDENTIEL], le Président conformément à l'article IV.54 §§1et 2 CDE, a rendu sa décision de clémence accordant à CERP le bénéfice sous conditions d'une exonération partielle comprise entre 30 et 50% pour ce qui concerne la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

959. L'auditeur a constaté, au stade de la communication des griefs, que toutes les conditions reprises dans la décision de clémence du Président étaient remplies et que CERP pourrait bénéficier d'une réduction de 40% des sanctions pécuniaires, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe.

960. Pour l'infraction relative aux vaccins contre la grippe, CERP a reconnu l'existence de cette pratique et sa participation pour la période allant du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016.

961. CERP a fourni des éléments corroborant le fonctionnement de l'entente qui ont apporté une importante valeur ajoutée. CERP a transmis des documents contemporains à la période des faits démontrant des échanges multilatéraux entre les parties portant sur la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

VII.1.2.f Amendes finales envisagées dans le cadre de la communication des griefs

962. Sur base de l'article IV.79 et au regard des éléments qui précèdent, les amendes qui pourraient être imposées à CERP sont les suivantes :

pour l'infraction relative aux TO: 9 749 972 euros
pour l'infraction relative aux Vaccins contre la grippe : 427 552 euros

VII.2 Arguments de CERP dans ses observations à la communication des griefs

VII.2.1 Sur l'amende concernant la pratique relative aux TO

963. CERP est d'avis qu'il n'y a pas de lieu de lui infliger une amende pour ce qui concerne la pratique relative aux TO mais que si une amende devait lui être infligée, il y aurait lieu de s'écarter de la méthodologie générale prévue par les Lignes directrices sur le calcul des amendes[528], sur base du point 37 de ces Lignes directrices et qu'un montant d'amende forfaitaire devrait lui être appliqué.

964. Dans ce cadre, CERP développe les arguments qui suivent.

965. Le calcul de l'amende basée sur la valeur des ventes multipliée par le nombre d'années de l'infraction conduit à une amende disproportionnée compte tenu de la nature de la pratique en cause et de la durée de sa participation retenue à cette dernière (que CERP conteste).

966. Selon CERP, la pratique relative aux TO ne fait pas partie des cartels classiques, cartels qui ne produisent que des effets négatifs sur la concurrence ; cette pratique a permis d'intensifier la concurrence par le développement des « ventes directes » des laboratoires pharmaceutiques en Belgique.

967. La méthodologie du calcul des amendes développée dans les lignes directrices est destinée à s'appliquer aux cartels produisant des majorations de prix de 20 à 30. Or, la pratique relative aux TO ne permet pas aux grossistes répartiteurs de déterminer le prix pharmacien des produits pharmaceutiques vendus dans le cadre des TO, ceux-ci sont déterminés par les laboratoires pharmaceutiques.

968. Le secteur fortement régulé et le fait que la pratique incriminée n'est pas un cartel secret sont aussi des éléments avancés par CERP pour s'écarter de la méthodologie générale de calcul des amendes.

969. CERP demande également qu'une amende modérée lui soit appliquée compte tenu de la situation économique difficile des grossistes répartiteurs.

970. Ensuite, dans le cadre de l'application de la méthodologie du calcul des amendes basée sur la valeur des ventes en relation directe ou indirecte avec l'infraction, CERP est d'avis que l'assiette de référence retenue par l'auditeur à savoir la valeur totale des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO n'est pas correcte. CERP considère que la concertation sur les TO ne concerne pas le prix des produits pharmaceutiques facturés aux clients (les pharmaciens) par les

[528] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, 2006/C 210/02.

grossistes répartiteurs mais uniquement les paramètres et la tarification du service TO offert par les grossistes-répartiteurs aux laboratoires.

971. Selon CERP, la valeur pertinente en relation avec l'infraction concerne donc uniquement la rémunération par les laboratoires pharmaceutiques du service TO fourni par CERP.

972. CERP conteste la position de l'auditeur qui considère les TO comme des ventes réalisées par les grossistes répartiteurs aux pharmaciens et non comme des ventes des laboratoires pharmaceutiques aux pharmaciens. CERP est d'avis que l'auditeur prend en compte dans l'assiette de référence la valeur des ventes d'entreprises tierces, en violation du point 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes.

973. Concernant le taux de 15% retenu par l'auditeur pour le facteur gravité, CERP estime ce taux trop élevé compte tenu de la nature de la pratique en cause et de son caractère non secret.

974. CERP conteste la prise en compte dans l'assiette de référence[529] de la valeur des ventes concernées pour la période avant le 10 mars 2006, et celles pour la période après le 1er janvier 2012.

975. Ces ventes ne seraient pas en relation directe ou indirecte avec l'infraction car les TO réalisés avant le 10 mars 2006 reposaient sur une tarification et des prestations propres à chaque grossiste répartiteur. CERP affirme qu'avant cette période les discussions des grossistes répartiteurs ne constituaient que des discussions préparatoires à la mise en place de la pratique relative aux TO. CERP prend donc comme date de référence la date de la preuve du premier contact avec un laboratoire pour présenter la pratique relative aux TO, soit le 10 mars 2006.

976. CERP estime que seuls les TO réalisés au plus tard au 1er janvier 2012 doivent être retenus dans l'assiette de référence car sa participation à la concertation a pris fin le 8 décembre 2009, que son comportement ne peut être considéré comme infractionnel par le fait qu'après cette date, CERP a continué à appliquer les mêmes conditions que celles qui ont été définies dans le cadre de la concertation. CERP invoque également le fait que la pratique relative aux TO n'aurait plus été suivie par les grossistes répartiteurs dès 2012-2013 (exclusivité ou semi exclusivité accordée à certains grossistes répartiteurs et tarification différente de celle définie dans la pratique relative aux TO appliquée par certains grossistes répartiteurs).

977. CERP demande qu'une diminution de 60% du montant de base de l'amende lui soit accordée au titre des circonstances atténuantes pour les raisons qui suivent :

- *la pratique relative aux TO engendre des aspects positifs pour l'ensemble des acteurs du secteur, et plus particulièrement pour les laboratoires pharmaceutiques qui étaient demandeurs des solutions proposées ;*
- *le cartel n'est pas un cartel classique et la pratique est, d'une part, nouvelle est encore jamais condamnée par une autorité de concurrence, et d'autre part n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence ;*
- *le rôle mineur et subordonné de CERP dans l'élaboration de la pratique relative aux TO et enfin les obligations de service public lourdes pesant sur les grossistes répartiteurs et une*

529 L'assiette de référence retenue par l'auditorat correspond à la moyenne des valeurs annuelles des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO de la période infractionnelle allant du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016.

rémunération de ces derniers limitée par les marges maximales déterminées par les pouvoirs publics.

978. CERP demande que la réduction au titre de la clémence se porte à 50% et non 45% comme proposée par l'auditeur dans le cadre de sa communication des griefs. CERP soulève le fait que Pharma Belgium-Belmedis a obtenu la réduction maximum à laquelle elle pouvait prétendre au titre de la clémence, alors que sa demande de clémence n' a été déposée que quelques mois avant la décision de transaction. La valeur ajoutée significative des éléments de preuves de CERP serait également plus forte que celle de Pharma Belgium Belmedis.

979. Enfin CERP estime pouvoir bénéficier d'une réduction d'amende en vertu du paragraphe 35 des lignes directrices sur le calcul des amendes en raison de l'absence de capacité contributive de CERP compte tenu du contexte social et économique particulier de CERP qui résulte de ses résultats financiers modestes et de sa position fragile sur le marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques. CERP mentionne que son « bénéfice annuel moyen dégagé par les activités de CERP s'est élevé à [CONFIDENTIEL] *euros, représentant moins de* [CONFIDENTIEL]*% de son chiffre d'affaires » et que sur le marché de la distribution en gros full line des produits pharmaceutiques, ses parts de marché avoisinent seulement les 10% face aux deux seuls autres concurrents Febelco et Pharma Belgium Belmedis qui disposent respectivement de* [CONFIDENTIEL-40-60%] *et* [CONFIDENTIEL- 10-*30 %*] *de parts de marché. CERP est d'avis qu'une amende trop lourde pourrait entrainer sa faillite ou à tout le moins l'handicaper financièrement et limiter sa capacité concurrentielle sur un marché où il ne reste que trois acteurs.*

VII.2.2 Sur l'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe

980. CERP est d'avis qu'il n'y a pas de lieu de lui infliger une amende pour ce qui concerne la pratique relative aux vaccins contre la grippe mais que si une amende devait lui être infligée, elle considère qu'il y a lieu de s'écarter de la méthodologie générale prévue par les lignes directrices sur le calcul des amendes[530], sur base du point 37 de ces lignes directrices.

981. CERP développe les arguments qui suivent.

982. Le calcul de l'amende basée sur la valeur des ventes multipliée par le nombre d'années de l'infraction conduit à une amende disproportionnée compte tenu de la nature de la pratique en cause et de la durée.

983. Selon CERP, la pratique relative aux vaccins contre la grippe n'a produit aucun effet concret sur le marché, car sa situation financière ne lui aurait pas permis, en l'absence même de la pratique, d'accorder une propre remise grossiste aux pharmaciens. CERP souligne par ailleurs que la détermination d'une date commune de prévente n'aurait pas un caractère anticoncurrentielle mais renforcerait au contraire la concurrence ; les pharmaciens auraient de ce fait une connaissance complète des conditions commerciales de tous les grossistes répartiteurs concernés par la pratique lors de leurs commandes des vaccins contre la grippe pendant la période de prévente.

984. CERP demande que la réduction au titre de la clémence se porte à 50% et non 40% comme proposée par l'auditeur dans le cadre de sa communication des griefs. CERP soulève le fait que Pharma Belgium-

[530] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, 2006/C 210/02.

Belmedis a obtenu la réduction maximum à laquelle elle pouvait prétendre au titre de la clémence dans le cadre de la décision de transaction de l'auditeur.

VII.3 Analyse de l'auditeur

VII.3.1 Sur l'amende concernant la pratique relative aux TO

VII.3.1.a Sur la méthodologie de calcul de l'amende concernant la pratique relative aux TO

i) Principe

985. La méthodologie générale a été développée et consignée par la Commission dans ses Lignes directrices sur le calcul des amendes de 2006.

986. Le point 37 des Lignes directrices de la Commission stipule que « Bien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21. »

987. L'Autorité belge de la concurrence a adopté le 3 septembre 2020, des Lignes directrices concernant le calcul des amendes[531] et le point 3 de ces lignes directrices 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.79, § 1er, premier alinéa, et § 2, premier alinéa, CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 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) ».

988. La pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence européenne montrent que le principe de proportionnalité peut être la justification pour écarter de la méthode générale de calcul et appliquer l'exception contenue au point 37 des Lignes directrices sur le calcul de l'amende[532] .

---

[531] Lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er , premier alinéa, et § 2, premier alinéa CDE pour les infractions aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 (ci-après les lignes directrices pour le calcul des amendes), MB du 20/09/2020.

[532] *"When determining the appropriate level of the fines to be imposed on undertakings that have infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA Agreement, the Commission must ensure, in light of the specificities of the case before it, that its action has the necessary deterrent effect, while, at the same time, respecting the general EU law principle of proportionality. In order to achieve these objectives, it is appropriate for the Commission to refer to the value of sales of goods or services to which the infringement relates as a basis of setting the fine, as well as the duration and gravity of the infringement. However, while reference to these factors provides a good indication of the order of magnitude of the fine, they should not be regarded as the basis for an automatic and arithmetical calculation method. In line with the principle of proportionality, it is considered that a sufficiently deterrent effect can be achieved in the present case without having recourse to the full value of the undertakings' sales of trucks in the EEA. Therefore, the Commission deems it appropriate to apply point 37 of the Guidelines on Fines, which allows it to depart from the methodology of the Guidelines, to adjust uniformly the proportion of each undertaking's value of sales for the purposes of calculating the variable and additional amounts of the fines.",* decision de la Commission du 19 juillet 2016, CASE AT.39824 -Trucks, point 112 et
« Selon la jurisprudence le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne ECLI:EU:T:2014:630 17 ARRÊT DU 11. 7. 2014 – AFFAIRE T-540/08 ESSO E.A. / COMMISSION doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13, et du 5 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-180/96, Rec. p. I-2265, point 96 » ; arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, Prym et Prym Consumer/Commission, T-30/05, point 223).
Dans le cadre des procédures engagées par la Commission pour sanctionner les violations des règles de concurrence, l'application de ce principe implique que les amendes ne doivent pas être démesurées par rapport aux objectifs visés, c'est-à-dire par rapport au respect de ces règles, et que

989. L'Autorité belge de la concurrence considère également que le principe de proportionnalité peut justifier une méthode de calcul autre que la méthode générale mentionnée dans les lignes directrices sur le calcul des amendes[533].

990. Le respect du principe de proportionnalité permet donc de déroger à la méthode générale, mais s'écarter de cette méthode n'est possible que parce que les circonstances particulières de l'affaire le justifient.

991. Il appartient aux parties qui l'invoquent de justifier en détail pourquoi ce principe de proportionnalité ne serait pas respecté, en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire et de sa situation personnelle.

ii) En l'espèce

992. A titre liminaire, l'auditeur rappelle que dans le cadre des TO, la méthodologie générale a été adaptée afin d'assurer la proportinalité de l'amende. En effet, l'auditeur a estimé que la valeur des ventes de CERP aux pharmaciens réalisées dans le cadre des TO lors de la dernière année complète d'infraction ne tiendrait pas compte de la réalité de l'infraction. Ceci en raison de la forte croissance des TO depuis le début de la période infractionnelle, sans que cette croissance s'explique uniquement par le succès du cartel. Une moyenne de la valeur des ventes[534] de CERP aux pharmaciens réalisées dans le cadre des TO pendant toute la période infractionnelle a donc été retenue comme assiette de référence, afin de ne pas appliquer une amende qui serait disproportionnée[535], ce qui est donc favorable à CERP.

993. Pour le reste, les éléments invoqués par CERP ne sont pas pertinents pour revoir encore la méthodologie de calcul suivie par l'auditeur.

994. La pratique relative aux TO constitue un accord horizontal notamment de prix, type d'accord qui, par leur nature même, font partie des restrictions de concurrence les plus graves[536], et réfute la version du contexte économique avancée par CERP (voir points 865 à 870 supra) ainsi que les effets pro concurrentiels qui résulteraient de la pratique (voir section VI.3.2 supra de la présente proposition de décision motivée).

***995.** La pratique relative aux TO entraine un impact sur le prix payé par le pharmacien pour les produits que ce dernier commande via les TO. (voir section V.1.1.c ii supra de la présente proposition de décision motivée) L'auditeur a démontré qu'indirectement, en s'accordant sur la rémunération facturée aux*

---

le montant de l'amende infligée à une entreprise au titre d'une infraction en matière de concurrence doit être proportionné à l'infraction, appréciée dans son ensemble, en tenant compte, notamment, de la gravité et de la durée de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt Prym et Prym Consumer/Commission, point 106 supra, points 223 et 224, et la jurisprudence citée). En particulier, le principe de proportionnalité implique que la Commission doit fixer le montant de l'amende proportionnellement aux éléments pris en compte pour apprécier la gravité de l'infraction et qu'elle doit à ce sujet appliquer ces éléments de façon cohérente et objectivement justifiée (arrêts du Tribunal du 27 septembre 2006, Jungbunzlauer/Commission, T-43/02, Rec. p. II-3435, points 226 à 228, et Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, point 38 supra, point 171 »), arrêt du Tribunal du 11 juillet 2014, Esso Société anonyme française contre Commission, affaire T-540/08, points 106 et 107.

533 *« 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. »* Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 dans l'affaire MediCare market/Ordre des pharmaciens.

534 Cette méthodologie a déjà été appliquée par l'Autorité belge de la concurrence : décision de l'Auditorat, n°ABC-2017-I/O-16-AUD du 2 mai 2017, aff. CONC-I/O-13/0031 : ABB, Siemens et al. et décision du Collège de la concurrence n°ABC-2014-I/O-15 du 18 juillet 2014, aff. CONC-I/O-09-0015 Marché de gros de l'électricité.

535 Voir §589 de la communication des griefs.

536 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, 2006/C 210/02, point 23.

laboratoires pour les TO, cette rémunération impacte les remises accordées par les laboratoires aux pharmaciens.

996. *Le caractère non secret de la pratique relative aux TO n'est pas dans le cas d'espèce une circonstance qui peut justifier de déroger à la méthodologie générale de calcul de l'amende étant donné que la pratique de TO concerne un cas de fixation horizontale de prix. Par ailleurs, si dans la décision MediCare Market de mai 2019[537], l'évocation du caractère non secret de la pratique en cause ne permettait pas d'affirmer si ce fait devait être analysé comme une circonstance négative ou positive, suite à la décision d'annulation de la Cour des marchés, le Collège de la concurrence a pris une nouvelle décision dans laquelle le Collège a refusé de considérer le caractère non secret de la pratique en cause comme une circonstance atténuante[538].*

997. *La circonstance que le secteur concerné soit fortement régulé est une circonstance qui n'a pas plus bénéficié à l'Ordre des pharmaciens, dans la même affaire Medicare Market[539].*

998. *Il résulte de ce qui précède que CERP n'apporte pas d'élément justifiant de revoir la méthodologie appliquée par l'auditeur.*

VII.3.1.b Sur l'assiette de référence concernant la pratique relative aux TO

999. Pour rappel, l'auditeur a, afin de déterminer le montant de base de l'amende, utilisé la moyenne de la valeur des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO, pendant toute la période infractionnelle retenue.

1000. L'utilisation de la valeur des ventes des produits pharmaceutiques vendus aux pharmaciens dans le cadre des TO par CERP se justifient pour les trois raisons suivantes :

1001. Premièrement, dans le cadre des TO, la vente de ces produits pharmaceutiques est réalisée par le grossiste répartiteur.

- *Les produits vendus par CERP dans le cadre des TO sont la propriété de CERP ; CERP puise les produits pharmaceutiques commandés via le système des TO directement dans son stock, dont il est propriétaire, (contrairement aux acteurs de livraisons actifs sur le marché du préwholsale). CERP constitue son stock de produits de manière indistincte qu'il s'agisse de ses activités dans le cadre de la répartition classique ou de ses activités dans le cadre des TO.*
- *les activités du laboratoire pharmaceutique dans le cadre des TO se résument à d'une part promouvoir ses produits auprès des pharmaciens, via l'octroi d'une remise qu'il détermine et qu'il accorde aux pharmaciens, et d'autre part, à inscrire et transmettre les commandes des pharmaciens en mentionnant aux grossistes répartiteurs la remise dont bénéficient les pharmaciens.*

---

[537] Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 dans l'affaire MediCare market/Ordre des pharmaciens, point 119.

[538] *« Le fait que l'ordre n'ait pas agit en secret n'est pas une circonstance atténuante en l'espèce puisqu'il relevait de la stratégie d'éviction dont le caractère public permettait justement de décourager tous les concurrents potentiels de lancer de nouveaux modèles d'affaires ».* Décision n° ABC-2021-I/O-05 du 26 mars 2021 - MediCare-Market - Ordre des Pharmaciens, point 50.

[539] *« En ce qui concerne la gravité de l'infraction, le Collège considère que l'infraction est très grave. Il s'agit d'une restriction par objet, sur un marché réglementé et peu concurrentiel […] »* Décision n° ABC-2021-I/O-05 du 26 mars 2021 - MediCare-Market - Ordre des Pharmaciens, point 45.

- *les activités du grossiste répartiteur dans le cadre des TO sont au contraire nombreuses. Le grossiste répartiteur dans le cadre des TO assume, non seulement, l'ensemble des opérations et prestations liées à la gestion de ces commandes et le suivi de celles-ci, mais aussi, en est le seul responsable[540].(voir à la section XXX (présentation des faits/ TO ne sont pas des ventes directes)*
- *Dans le cadre des TO, ce sont les conditions générales de CERP qui s'appliquent aux pharmaciens[541], ce qui se comprend aisément, comme les TO sont des ventes réalisées par le grossiste répartiteur.*
- *Le système de remises de CERP applicables aux pharmaciens est basé, comme l'indique CERP[542], sur le volume de chiffre d'affaires généré par le pharmacien. Ainsi, dès qu'un pharmacien atteint un certain volume d'achats, un pourcentage de remise commerciale lui est accordé. Pour définir le volume total d'achats du pharmacien, en plus de ses achats dans le cadre de la répartition classique, les achats du pharmacien dans le cadre des TO sont également comptabilisés.*

1002. La position de CERP soutenant que les grossistes répartiteurs agissent comme des sous-traitants des laboratoires pharmaceutiques dans le cadre des TO ne peut être suivie. La jurisprudence citée par CERP n'est donc pas relevante.

1003. De même, la position de CERP concernant l'existence de deux transactions dans le cadre des TO, notamment une transaction entre les laboratoires pharmaceutiques et les pharmaciens (à savoir, la vente directe des produits pharmaceutiques aux conditions convenues entre ces laboratoires et les pharmaciens) et une transaction entre les grossistes répartiteurs et les laboratoires pharmaceutiques (à savoir, la fourniture du service TO aux laboratoires pharmaceutiques par les grossistes-répartiteurs) ne saurait être suivie.

1004. En effet, dans le cadre des TO, les grossistes répartiteurs et les pharmaciens sont dans une relation de fournisseur/client. Il ne s'agit en réalité que d'une seule transaction qui se compose de deux volets de prestations pour les grossistes répartiteurs, l'un à destination des pharmaciens, l'autre à destination des laboratoires pharmaceutiques ; les deux étant indissociables.

1005. Deuxièmement, la pratique relative aux TO impacte, indirectement, le prix effectivement payé par le pharmacien pour les produits qu'il commande aux laboratoires. L'auditeur rappelle que l'objet de la pratique relative aux TO est ne pas se concurrencer sur le marché de la distribution en gros full line. Pour se faire, les grossistes répartiteurs se sont concertés notamment pour définir une tarification commune des TO, afin que le pharmacien paye le même prix pour ses produits commandés en TO, quelque soit le grossiste répartiteur qu'il choisit.

1006. Troisièmement, comme expliqué par CERP, [CONFIDENTIEL]*, l'objectif final de l'entente était de ramener collectivement du volume d'affaires au niveau de la répartition classique. L'impact du volume de*

---

[540] Voir les réponses des laboratoires à la DDR 2, questions 1 et 2. A titre d'exemple la réponse de Eurogénérics du 7 avril 2022 à la question 2 *« EG supportait très peu de risques liés aux « transfer orders », y compris des risques financiers. Afin de maintenir leurs stocks, les grossistes passaient leurs commandes de médicaments auprès de EG, et EG se chargeait de facturer les grossistes immédiatement après. EG était donc payé pour les produits avant et indépendamment des commandes de médicaments des pharmaciens. Les commandes des pharmaciens étaient remplies depuis le stock des grossistes, et non pas par le biais d'une livraison spécifique par EG. ».*

541 Voir réponses aux questions 5b et 2b de la réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*.

542 Voir réponses à la question 4 a de la réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*.

ventes des produits en TO n'est pas différent du volume de ventes des produits dans le cadre de la répartition classique. En effet, le volume d'affaires réalisé dans le cadre des TO permet aux grossistes répartiteurs, d'une part, de maintenir une rentabilité de leur activité, et d'autre part, de bénéficier d'économies d'échelle dans la mesure où l'exécution des TO utilise, pour la logistique (stockage, préparation des commandes et livraison), la facturation et le suivi des ventes TO, les mêmes moyens que ceux utilisés pour les ventes dans le cadre de leur activité de répartition classique.

1007. Par ailleurs, individuellement, puisque le grossiste dans le cadre des TO est choisi par le pharmacien et non par le laboratoire et vu la fidélité des pharmaciens à leur grossiste (voir point sur objet restrictif de concurrence), les grossistes répartiteurs ne souhaitaient pas que les TO soient un cheval de Troie qui aurait permis des changements de grossiste répartiteur, dans le cadre de la répartition classique. C'est la raison pour laquelle la tarification commune des TO a été convenue entre les grossistes répartiteurs.

1008. La concurrence impactée par la pratique relative aux TO est donc bien celle concernant la distribution des produits pharmaceutiques aux pharmaciens via les TO.

1009. Il n'est pas possible de considérer que la détermination concertée des conditions commerciales dont la tarification et le contenu des prestations des grossistes répartiteurs dans le cadre des TO puissent avoir pour seul objectif de réduire la concurrence entre grossistes répartiteurs dans le cadre de leurs prestations aux laboratoires pharmaceutiques, dans la mesure où le laboratoire ne choisit, d'aucune manière, le grossiste répartiteur qui traitera les TO, le choix du grossiste répartiteur appartient au pharmacien qui passe sa commande TO au laboratoire pharmaceutique.

1010. Ces trois éléments sont les composantes de la réalité économique de la pratique relative aux TO, et conformément à la jurisprudence Freigt forwarding[543], l'auditeur est tenu de prendre en compte cette réalité économique dans le cadre de la détermination de l'assiette de référence pour le calcul de l'amende.

1011. L'auditeur, sur base de cette jurisprudence, considère que c'est en tenant compte de l'objectif final et réel de l'entente et en déterminant à quel niveau la concurrence est remise en cause que l'on peut déterminer les biens ou les services qui sont en relation directe ou indirecte avec l'infraction.

1012. En effet, dans cet arrêt, la Cour, pour déterminer la valeur des services en relation directe ou indirecte avec l'infraction, a, d'une part, rappelé qu'une distinction devait être faite entre le marché pertinent

543 Arrêt de la Cour du 1 er février 2018, Panalpina World Transport (Holding) Ltd e.a. contre Commission européenne, Affaire C-271/16 P.

affecté par infraction et l'infraction incriminée [544] et d'autre part, a pris en compte l'objectif de l'entente qui consiste à déterminer la restriction de concurrence qui est visée par l'entente[545].

1013. Sur base de l'objectif final et réel de l'entente (comme défini supra par le fait que les TO sont des ventes réalisées par les grossistes répartiteurs, que le prix réellement payé par le pharmacien est indirectement influencé par la tarification convenue dans la cadre de la pratique relative aux TO, et que le contexte économique est de ne pas se concurrencer sur le marché de la distribution en gros full line via les TO), la valeur des ventes des biens en relation directe ou indirecte avec l'infraction pour déterminer le montant de base de l'amende de CERP correspond à la valeur des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO.

VII.3.1.c Sur le facteur gravité concernant la pratique relative aux TO

1014. Les éléments invoqués par CERP ne sont pas pertinents pour revoir le taux appliqué au titre du facteur gravité.

1015. D'une part, la pratique relative aux TO constitue un accord horizontal notamment de prix, type d'accords qui, par leur nature même, font partie des restrictions de concurrence les plus graves, et réfute la version du contexte économique avancée par CERP (voir point 865 à 869 supra) ainsi que les effets pro concurrentiels qui résulteraient de la pratique (voir la section VI.3.2 de la présente proposition motivée de décision).

---

544 *« Il y a lieu de relever que l'intégralité de cette argumentation repose sur la prémisse selon laquelle le Tribunal aurait fait entrer les services de transit pris dans leur ensemble dans le périmètre des infractions constatées dans la décision litigieuse dont elles ont été déclarées responsables, alors même que ces infractions portent uniquement sur l'AMS, le CAF et la PSS.*
27.Cette prémisse est cependant erronée en ce qu'elle confond les infractions incriminées avec la définition du marché pertinent affecté par ces infractions.
28.En effet, il est constant que le marché du produit pertinent est celui des services de transit aérien international et non pas celui de ses diverses composantes sur la tarification desquelles Panalpina e.a. ainsi que les autres entreprises visées par la décision litigieuse se sont accordées. Si, par la décision litigieuse, la Commission a constaté quatre infractions distinctes, correspondant aux quatre accords incriminés relatifs à la fixation d'autant d'éléments destinés à être intégrés dans le prix de services de transit aérien international, c'est-à-dire les NES, AMS, CAF et PSS et que ces accords ont chacun des caractéristiques propres, qu'il s'agisse de leur contenu matériel ou géographique, de leur période d'effectivité ou des entreprises qui y ont participé, il demeure que tous concernent le marché des services de transit aérien international en tant que lot de services. », arrêt de la Cour du 1 er février 2018, Panalpina World Transport (Holding) Ltd e.a. contre Commission européenne, Affaire C-271/16 P, points 26 à 28.

545 *« 29.Dès lors, le Tribunal, après avoir relevé au point 116 de l'arrêt attaqué, dans le cadre de son appréciation souveraine des faits non contestée au stade du présent pourvoi, qu'« il existe une demande spécifique pour les services de transit en tant que lot de service », puis, au point 117 de cet arrêt, « que les ententes relatives à l'AMS, au CAF et à la PSS visaient les services de transit en tant que lot de services », n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, au point 119 dudit arrêt, que « la Commission a pu constater, sans commettre d'erreur de droit, que [l'entente relative à l'AMS] ne visait pas à restreindre la concurrence concernant les services de dépôt AMS, en tant que services individuels, mais la concurrence concernant les services de transit en tant que lot de services ». Il en va de même du motif figurant au point 121 de l'arrêt attaqué, portant sur l'entente relative au CAF.*
30.Or, il convient de rappeler que le point 13 des lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, ci-après les « lignes directrices de 2006 »), pour le calcul des amendes prévoit que, « [e]n vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou de services [...] en relation directe ou indirecte avec l'infraction ». Si cette notion de « valeur des ventes » ne peut être étendue jusqu'à englober des ventes qui ne relèvent pas de l'infraction, elle ne peut pas pour autant être circonscrite à la valeur des seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette infraction. Eu égard à l'objectif poursuivi par le point 13 des lignes directrices de 2006, qui consiste à retenir comme point de départ pour le calcul de l'amende infligée à une entreprise un montant qui reflète l'importance économique de l'infraction et le poids de cette entreprise dans celle-ci, la notion de « valeur des ventes » doit donc être comprise comme visant les ventes réalisées sur le marché concerné par l'infraction (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2013, Team Relocations e.a./Commission, C 444/11 P, non publié, EU:C:2013:464, points 76, 77 et 81).
31.Par conséquent, en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger en l'espèce, en l'application du point 13 des lignes directrices de 2006, il convenait de prendre en compte la valeur des ventes réalisées sur le marché des services de transit aérien international, dès lors que les ventes entrant dans le périmètre des infractions en cause ont été réalisées sur ce même marché. La Commission pouvait ainsi, à bon droit, utiliser comme point de départ pour le calcul des amendes les ventes réalisées sur le marché pertinent. », arrêt de la Cour du 1 er février 2018, Panalpina World Transport (Holding) Ltd e.a. contre Commission européenne, Affaire C-271/16 P, points 29 à 31.

1016. D'autre part, comme déjà mentionné dans la cadre de l'évaluation de l'applicabilité du point 37 des lignes directrices sur le calcul des amendes, dans le cas d'espèce, s'agissant d'un accord de fixation horizontal de prix, le caractère non secret de la pratique relative aux TO ne peut en diminuer sa gravité. Par ailleurs, dans la décision du Collège de la concurrence dans l'affaire MediCare Market, le Collège a refusé de considérer le caractère non secret de la pratique en cause comme une circonstance atténuante[546] *.*

1017. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que le taux de 15 % préconisé par l'auditeur au titre du facteur gravité, représente le minimum prévu par les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes pour une infraction qui est considérée comme parmi les plus grave. Le choix de ce taux résulte également de la volonté de l'auditeur de prendre en compte dans le calcul de l'amende le principe de proportionnalité

VII.3.1.d . Sur la durée concernant la pratique relative aux TO

1018. L'auditeur renvoie à la section V.1.4.c de la présente proposition de décision motivée dans laquelle l'auditeur a constaté que CERP avait participé à la concertation relative à la pratique des TO dès le 4 avril 2003 et a établi la participation de CERP à cette pratique jusqu'au 21 novembre 2016.

1019. L'auditeur considère donc que la période à prendre en compte pour le calcul de l'amende débute le 4 avril 2003 et se termine le 21 novembre 2016.

VII.3.1.e Sur les circonstances atténuantes concernant la pratique relative aux TO

1020. L'auditeur conteste les éléments soulevés par CERP pour obtenir d'autres circonstances atténuantes que celle déjà accordée par l'auditeur qui concerne le rôle de certains laboratoires ayant facilité la mise en œuvre de la pratique relative aux TO.

1021. De manière générale, l'auditeur a déjà souligné à plusieurs reprises (voir section V.1.2.c iv de la présente proposition de décision motivée) que les avantages qui peuvent bénéficier aux laboratoires ne résultent pas de la pratique relative aux TO mais du système des TO en lui-même.

1022. L'auditeur rappelle que le fait que les laboratoires pharmaceutiques considèrent qu'un système commun des TO soit une option plus intéressante pour eux que de passer par les ventes directes, ou le fait que la décision de concentration [547]*McKesson /Belmedis (dans le cadre de la définition des marchés de produits et ervices) reconnaissent que les TO sont moins chers que les ventes directes ne signifient pas que la pratique relative aux TO fournit l'offre la plus concurrentielle, c'est le système de TO en tant que tel qui procure des avantages aux laboratoires mais pas la pratique en cause en l'espèce.*

1023. L'auditeur a constaté, à la section V.1.2.c iii de la présente proposition de décision motivée, que CERP n'a, ni démontré, ni justifié en quoi le contenu du système des TO, non seulement, devait être standardisé afin que les laboratoires choisissent de travailler via les TO, mais aussi, procurerait les gains d'efficacité avancés. De même, CERP n'a pas démontré que la tarification convenue dans le cadre de la pratique relative aux TO serait la plus avantageuse et qu'en l'absence de concertation entre les grossistes répartiteurs, ceux-ci se seraient réservés des marges plus importantes sur les TO.

---

546 « *Le fait que l'ordre n'ait pas agit en secret n'est pas une circonstance atténuante en l'espèce puisqu'il relevait de la stratégie d'éviction dont le caractère public permettait justement de décourager tous les concurrents potentiels de lancer de nouveaux modèles d'affaires* ». Décision n° ABC-2021-I/O-05 du 26 mars 2021 - MediCare-Market - Ordre des Pharmaciens, point 50.

547 décision du Collège de la concurrence n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017 dans l'affaire CONC–C/C–16/0038.

1024. CERP ne démontre pas plus que la concurrence entre les laboratoires pharmaceutiques se serait accrue grâce à la pratique relative aux TO, au bénéfice également des consommateurs.

1025. L'auditeur a expliqué que la rémunération des grossistes répartiteurs pour les TO impactait le prix payé par le pharmacien, il ne peut donc être considéré que celui-ci retirerait des avantages de la pratique relative aux TO.

1026. L'auditeur a constaté que la pratique relative aux TO constitue notamment un accord horizontal de fixation de prix, l'argument de CERP quant à une infraction nouvelle ne peut être suivi, le fait que la pratique n'aurait pas uniquement un objectif anticoncurrentiel est sans incidence[548], comme développé par l'auditeur au point 885 supra.

1027. S'agissant du rôle mineur de CERP, l'instruction a démontré que CERP avait participé à la grande majorité des réunions qui ont pu être établies par l'instruction.

1028. Ce n'est que lors de l'adaptation de la tarification post 2006 que CERP n'a pas pris part à quelques réunions, cependant il a été informé des résultats de la concertation et a ensuite appliqué la tarification convenue. Ce fait ne peut justifier l'octroi d'une circonstance atténuante.

1029. Concernant les lourdes obligations de service public supportées par CERP entrainant la faible rémunération alléguée de ses activités, due également aux marges légales, celles-ci ne sauraient prospérer pour accorder des circonstances atténuantes à un accord horizontal de fixation de prix, sur le marché de la distribution en gros full line. En effet, ces circonstances ne sont pas inhérentes à la pratique relative aux TO et à l'activité des grossistes répartiteurs pour la fourniture de leurs prestations aux laboratoires pharmaceutiques dans le cadre des TO. Cette activité n'était soumise à aucune réglementation tarifaire.

VII.3.1.f Sur la réduction au titre de la demande de clémence concernant la pratique relative aux TO

1030. L'auditeur constate que CERP, au regard de ses observations, ne répond plus à la condition de coopération qui s'impose à elle en vertu de la décision de clémence du président du [CONFIDENTIEL].

1031. La portée des observations de CERP en réponse à la communication des griefs est telle qu'elle remet en cause le respect par CERP de son obligation de coopération, telle que contenue dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL]. Le président a en effet accordé à CERP, pour ce qui concerne la pratique relative aux TO, « le bénéfice d'une exonération partielle d'amende comprise entre 30 et 50 % en ce qui concerne uniquement la pratique relative aux TO, dans toute décision arrêtée au terme de la procédure par le Collège ou l'auditeur, à la condition que le demandeur de clémence continue de satisfaire aux obligations visées aux points 28 et 29 des Lignes directrices sur la clémence, et plus particulièrement à l'obligation de coopération, jusqu'à l'adoption de la décision au fond dans toute décision arrêtée au terme de la procédure par le Collège ou l' Auditorat ».

1032. Partant, le bénéfice d'une réduction de l'amende de CERP au titre de la clémence octroyée par le Président dans sa décision de clémence du [CONFIDENTIEL], spécifiquement conditionnée au respect de cette obligation de coopération tout au long de la procédure (et ce jusqu'au moment de l'adoption de la décision au fond) est également remis en cause.

548 Voir arrêt de la Cour de justice du 2 avril 2020, C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal c./ Budapest Bank Nyrt. e.a., point 52.

i) L'obligation de coopération : cadre légal

1033. En Belgique, le programme de clémence a été introduit en 2004 par la Communication conjointe du Conseil de la concurrence et du Corps des rapporteurs sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (MB du 30/04/2004).

1034. Dans cette communication conjointe, le point 6 de l'introduction mentionne : « Le Conseil de la concurrence estime, à l'instar de la Commission européenne et de diverses autres autorités nationales de la concurrence, qu'il est de l'intérêt de l'économie nationale et communautaire de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec les autorités de la concurrence. Le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui lui permettent de découvrir et de sanctionner de telles pratiques.

1035. Le point 9 de communication conjointe précise également que l'immunité d'amende ou la réduction d'amende doit refléter la contribution effective de l'entreprise à l'établissement de l'entente : « Le Conseil de la concurrence considère que la collaboration d'une entreprise à la découverte d'une entente a une valeur intrinsèque. Le Corps des rapporteurs partage également cet avis. Une contribution déterminante à la constatation d'une infraction assortie de la production d'éléments probants révélant l'existence d'une entente peut justifier l'octroi d'une immunité d'amendes à l'entreprise en question, sous réserve que certaines conditions supplémentaires soient réunies. De surcroît, la coopération d'une ou de plusieurs entreprises qui ne remplissent pas les conditions pour obtenir une immunité d'amendes, peut légitimer une réduction du montant de l'amende qui devrait à défaut être infligée par le Conseil de la concurrence. Toute diminution de ce montant doit refléter la contribution effective de l'entreprise à l'établissement de l'existence d'une entente. Ces réductions seront limitées aux entreprises qui fournissent aux autorités belges de la concurrence des éléments de preuve qui représentent une valeur ajoutée significative par rapport à ceux qui sont déjà en leur possession. »

1036. Ces mêmes préoccupations continuent d'être partagées par l'Autorité belge de la Concurrence[549].

1037. Les Lignes directrices sur la clémence de 2016 reprennent à la section IV.3 (points 27 à 30) l'obligation de coopération du demandeur de clémence.

1038. Plus particulièrement, le point 29 stipule notamment que « Depuis la demande jusqu'à la décision au fond conformément aux articles IV.48, IV.49 ou IV.57 CDE, doit collaborer pleinement de manière continue, de bonne foi et rapidement avec l'ABC. Ceci implique entre autres que le demandeur :

i. doit fournir à l'ABC toutes les informations et éléments de preuve pertinents en sa possession ou à sa disposition,

549 Les point 5 et 6 des Lignes directrices de 2016 et de 2020 sur la clémence réaffirment que *« La détection et la cessation des cartels sont pour les consommateurs et les citoyens au moins aussi importantes que d'infliger une amende aux personnes physiques, entreprises et associations d'entreprises qui ont permis à l'ABC de détecter et de sanctionner ces pratiques généralement secrètes.* » et que *«Comme dans d'autres pays le législateur a par conséquent décidé qu'il est dans l'intérêt général que les personnes physiques, entreprises et associations d'entreprises qui coopèrent avec l'ABC dans la lutte contre les cartels se voient accorder une exonération totale ou partielle de l'amende. ».*

ii. ne peut, à aucun moment, contester les éléments de fait qu'il a communiqué dans sa demande de clémence- le cas échéant sa demande d'immunité- et sur lesquels l'avis de clémence se fonde, ni la matérialité des faits qu'il a rapportés ou l'existence même de ces pratiques.

iii. doit rester à la disposition de l'ABC pour répondre rapidement aux questions qui peuvent aider à établir les faits en cause […] ».

1039. Cette obligation de coopération, bien qu'illustrée par des comportements précis mais non exhaustifs aux points 29 i à 29 vi, reste une obligation dont les termes utilisés pour définir sa portée sont très généraux : le demandeur « doit collaborer pleinement de manière continue, de bonne foi et rapidement avec l'ABC. »

1040. Les Lignes directrices sur la clémence de 2020 définissent l'obligation de coopération du demandeur de clémence dans les mêmes termes à la section IV.3 (points 28 à 30).

1041. De même, l'article IV.54 §4 3° CDE reprend l'obligation de collaboration des demandeurs de clémence: « § 4. Afin de bénéficier de l'exonération totale ou partielle d'amendes visée aux paragraphes 2 et 3, le demandeur de clémence satisfait en outre aux conditions de coopération suivantes[…]: 3° dès le dépôt de sa demande de clémence jusqu'à ce que l'Autorité belge de la concurrence ait clos sa procédure en adoptant une décision, collaborer pleinement, de manière continue, de bonne foi et rapidement avec l'Autorité belge de la concurrence. Ceci implique entre autres pour le demandeur de clémence de:

a) […]

b) rester à la disposition de l'Autorité belge de la concurrence pour répondre rapidement aux questions qui peuvent contribuer à établir les faits en cause; […]. »

ii) La portée de l'obligation de coopération : jurisprudence et pratique décisionnelle

1042. Afin de déterminer la portée de l'obligation de coopération qui est attendue d'un demandeur de clémence, l'auditeur se réfère à la pratique décisionnelle de l'Autorité belge de la concurrence et à la jurisprudence du Tribunal de l'UE et de la CJUE.

1043. Ainsi que l'indique le Tribunal [550], la portée exacte de la coopération, dans le cadre d'une demande de clémence « ne peut être comprise que dans le contexte dans lequel elle s'inscrit, à savoir dans le cadre du programme de clémence ».[551]

1044. Le Tribunal rappelle l'économie du programme de clémence : d'une part est mentionné que « la création d'un programme de clémence trouve sa justification dans la considération qu'il est de l'intérêt de l'Union de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent avec la Commission aux enquêtes relatives aux ententes secrètes concernant les pratiques faisant partie des violations les plus graves de l'article 81 CE, à savoir celles visant, notamment, à fixer les prix, des quotas de production ou de vente, à répartir les marchés ou encore à restreindre les importations ou les exportations. En effet, la Commission considère que le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de l'assurance de voir les ententes secrètes révélées et interdites est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui lui permettent de découvrir et de sanctionner de telles pratiques (voir

550 Voir arrêt du Tribunal du 9 septembre 2011, Deltafina, T-12/06.
551 Voir point 124 de l'arrêt du Tribunal Deltafina.

point 4 de la communication sur la coopération de 2002, repris au point 3 de la communication sur la coopération de 2006) »[552].

1045. D'autre part, le Tribunal souligne que « Le programme de clémence poursuit ainsi un objectif d'instruction, de répression et de dissuasion des pratiques faisant partie des violations les plus graves de l'article 81 CE. Il se fonde sur une sorte d'accord conclu entre la Commission et les entreprises ayant participé auxdites ententes illégales qui décident de coopérer avec la Commission. En effet, ces entreprises offrent une coopération active et volontaire à l'enquête en facilitant la tâche de la Commission qui consiste en la constatation et en la répression des infractions aux règles de la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, BASF et UCB/Commission, T 101/05 et T 111/05, Rec. p. II 4949, point 90 »[553].

1046. Ces objectifs sont par ailleurs confirmés dans un document de travail de l'OCDE de 2018 sur le programme de clémence[554]*, indiquant que l'introduction d'un tel programme poursuit principalement trois objectifs : la détection, la dissuasion et l'efficacité de la répression des infractions. S'agissant de ce dernier objectif, l'OCDE explique notamment qu'avec la clémence, « les autorités de la concurrence disposent d'un outil rentable pour détecter et sanctionner les ententes. Les membres d'ententes se dénonçant eux-mêmes, elles peuvent en effet consacrer moins de temps à rechercher les preuves nécessaires pour confondre les participants. La coopération des demandeurs de clémence tout au long de la procédure administrative leur épargne une partie des difficultés rencontrées pour recueillir des preuves de l'infraction et leur permet donc d'économiser du temps et de réduire les coûts administratifs. L'enquête est plus rapide et plus approfondie. »*

1047. Le Tribunal attire, en outre, l'attention sur le fait que les entreprises qui se voient octroyer une exonération totale d'amende ou une réduction d'amende bénéficient, de ce fait, d'une exception totale ou partielle au principe de la responsabilité personnelle de l'entreprise pour une violation des règles de concurrence.[555]

1048. Cette exception à la responsabilité personnelle des entreprises est justifiée par l'importance reconnue par la Commission (mais aussi par l'ABC) de détecter les pratiques restrictives de concurrence les plus graves, de faciliter les instructions et de les interdire.

1049. L'auditeur, à l'instar du Tribunal, considère qu'il est donc nécessaire pour que le demandeur de clémence bénéficie d'une exonération (ou d'une réduction d'amende) pour son comportement infractionnel, et donc bénéficie de cette exception au principe de responsabilité personnelle, que le demandeur de clémence collabore « pleinement de manière continue, de bonne foi et rapidement avec l'ABC ».

---

552 Points 105 et 106 de l'arrêt du Tribunal Deltafina.

553 Point 107 et 108 de l'arrêt du Tribunal Deltafina.

554 Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi -Défis et coordination des programmes de clémence - Note de référence du Secrétariat du 5 juin 2018.

555 *« Le programme de clémence, tel que prévu par la communication sur la coopération de 2002, prévoit la possibilité pour la Commission tant d'octroyer une immunité totale d'amendes à la première entreprise qui coopère à l'enquête que d'octroyer des réductions d'amendes aux entreprises qui coopèrent postérieurement. Dans le premier cas, l'entreprise en cause bénéficiera d'une exception totale au principe de la responsabilité personnelle, en vertu duquel lorsqu'une entreprise enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe de répondre de cette infraction (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 24 septembre 2009, Erste Group Bank e.a./Commission, C 125/07 P, C 133/07 P, C 135/07 P et C 137/07 P, Rec. p. I 8681, point 77). Dans les autres cas, le degré d'application de cette exception variera en fonction de l'ordre chronologique de la présentation de la demande de coopération et de la qualité de la coopération fournie »,* arrêt du Tribunal Deltafina, point 109.

1050. Comme indiqué par le Tribunal[556], et vu la similitude des critères de coopération belge et européen, cette coopération doit se comprendre comme une coopération qui doit être immédiate, complète, absolue, sans réserve , et ce pendant toute la procédure administrative.

1051. La coopération du demandeur de clémence est en effet exigée jusqu'à la décision au fond (voir point 75 des Lignes directrices sur la clémence de 2016[557] mais également dans l'article IV.54§ 4 3°[558]).

1052. De plus, le Tribunal, se basant sur une jurisprudence constante de la Cour[559], rappelle « qu'une réduction de l'amende sur le fondement de la communication sur la coopération ne saurait être justifiée que lorsque les informations fournies et, plus généralement, le comportement de l'entreprise concernée peuvent à cet égard être considérés comme démontrant une véritable coopération de sa part. […] Ainsi qu'il résulte de la notion même de coopération, telle que mise en évidence dans le texte de la communication sur la coopération de 2002, c'est en effet uniquement lorsque le comportement de l'entreprise concernée témoigne d'un tel esprit de coopération qu'une réduction sur la base de ladite communication peut être accordée (voir, en ce sens, concernant la communication sur la coopération de 1996, arrêts Dansk Rørindustri e.a./Commission, point 127 supra, point 396, et Erste Group Bank e.a./Commission, point 109 supra, point 282) »[560].

1053. Le Tribunal dans son arrêt Danone a non seulement explicitement admis que la coopération du demandeur de clémence est reconnue lorsque son comportement facilite la tâche de l'Autorité de concurrence « pour qu'une entreprise puisse bénéficier d'une réduction d'amende au titre de sa coopération durant la procédure administrative, son comportement doit faciliter la tâche de la Commission consistant en la constatation et en la répression des infractions aux règles communautaires de la concurrence »[561], mais a aussi considéré que la contestation par la requérente des faits ne saurait être considérée comme facilitant la tâche de la Commission en vue de constater l'infraction aux règles de concurrence.[562]

1054. Certains comportements de demandeurs de clémence ont été considérés comme ne reflétant pas un esprit de coopération véritable, et tout particulièrement le fait de ne pas informer en temps utile la

---

556 *« Or, il découle de la qualification de la coopération de « totale » que la collaboration que le demandeur d'immunité doit fournir à la Commission afin de bénéficier de l'immunité doit être complète, absolue et sans réserve. La qualification de « permanente » et « rapide » implique que cette collaboration doit s'étendre tout au long de la procédure administrative et qu'elle doit être, en principe, immédiate. »*, arrêt du tribunal Deltafina, point 126.

557 Le point 75 des Lignes directrices sur la clémence de 2016 stipule que *« Au moment de la décision au fond, le Collège de la concurrence accorde, pour autant que les conditions énoncées dans l'avis de clémence aient été respectés, selon le cas, une exonération totale ou partielle d'amende ou une immunité des poursuites ».*

558 *« […]dès le dépôt de sa demande de clémence jusqu'à ce que l'Autorité belge de la concurrence ait clos sa procédure en adoptant une décision, collaborer pleinement, de manière continue, de bonne foi et rapidement avec l'Autorité belge de la concurrence »*

559 Voir les arrêts de la Cour du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e. a./Commission, C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P à C 208/02 P et C 213/02 P, point 395 ; du 29 juin 2006, Commission/SGL Carbon, C 301/04 P, point 68, et Erste Group Bank e.a./Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, point 281.

560 Voir arrêt du Tribunal Deltafina, points 127 et 128.

561 Arrêt du Tribunal Danone T-38/02 du 25/10/05, point 505.

562 « En second lieu, une déclaration de non-contestation de la matérialité des faits assortie, comme en l'espèce, d'un ensemble d'observations par lesquelles la requérante vise prétendument à clarifier la portée de certains faits mais qui, en réalité, se traduisent par une contestation de ces faits ne saurait être considérée comme facilitant la tâche de la Commission consistant en la constatation et la répression de l'infraction en cause aux règles de concurrence », arrêt du Tribunal Danone T-38/02 du 25/10/05, point 515.

Commission de faits pertinents susceptibles, même potentiellement, d'impacter négativement le déroulement de la procédure administrative et l'efficacité de l' instruction[563].

1055. Tel est le cas également pour la transmission de renseignements incomplets et trompeurs[564].

1056. Le Conseil de la concurrence a, par le passé, refusé d'accorder une réduction d'amende au titre de la clémence[565] en raison du comportement ambigu d'un demandeur de clémence.

iii) L'analyse de l'obligation de coopération de CERP dans le cadre de sa demande de clémence [CONFIDENTIEL] concernant la pratique relative aux TO

1057. L'auditeur souhaite contextualiser la coopération de CERP et rappeler au Collège que dans la proposition de décision de clémence[CONFIDENTIEL], la coopération « pleine et entière » de CERP avait déjà fait l'objet de réserves de la part de l'Auditorat, qui avait demandé une modification conséquente du comportement de CERP[566].

1058. L'Auditeur considère que les observations de CERP à la communication des griefs ne sont pas compatibles avec son obligation de coopération. L'auditeur est d'avis que CERP ne respecte plus cette obligation qui doit pourtant perdurer jusqu'à ce qu'une décision au fond soit prise.

A. Sur le début de la pratique

1059. Concernant le début de la participation de CERP à la pratique relative aux TO, bien que CERP reconnaisse dans ses observations[567] que des réunions concernant le système des TO ont eu lieu dès 2003 entre les grossistes répartiteurs, CERP considère aux paragraphes 88 de ces mêmes observations que la date du début de sa participation effective à la pratique des TO devrait être le 10 mars 2006: « Par conséquent , la période à prendre en compte pour le calcul de l'amende dans le cas d'espèce doit commencer le 10 mars 2006 et non le 4 avril 2003 ».

1060. Or, cela est en contradiction avec leur déclaration de clémence complémentaire [CONFIDENTIEL]concernant la pratique relative aux TO. En effet, dans cette déclaration complémentaire, CERP a précisé que s'agissant de la pratique relative aux TO, la demande de clémence soumise le [CONFIDENTIEL] *« [CONFIDENTIEL]».*

---

563 *« De même, une entreprise qui souhaite bénéficier de l'immunité totale d'amendes sur la base de sa coopération à l'enquête ne peut omettre d'informer la Commission de faits pertinents dont elle a connaissance et qui sont capables d'affecter, fût-ce potentiellement, le déroulement de la procédure administrative et l'efficacité de l'instruction de la Commission. Ainsi, une coopération véritable et totale présuppose que, pendant toute la durée de la procédure administrative, l'entreprise concernée informe en temps utile la Commission de toute circonstance pertinente susceptible d'avoir une influence négative sur le bon déroulement de l'enquête ainsi que sur la découverte et sur la répression efficace de l'entente en cause. Cette obligation d'information est d'autant plus importante lorsqu'une telle circonstance concerne les relations entre cette entreprise et les autres membres de l'entente et, à plus forte raison, si l'éventuelle survenance de ladite circonstance a fait l'objet au préalable d'une discussion explicite entre la Commission et cette entreprise dans le cadre de la procédure administrative »,* arrêt du tribunal Deltafina, point 132.

564 Arrêt de la Cour du 29 juin 2006, Commission/SGL Carbon,C-301/04 point 69.

565 Voir Décision du Conseil de la concurrence n°2008-I/O-13 dans le secteur Chimique, Affaire Bayer AG, Ferro (Belgium)SPRL, Lonza SpA et Solutia Europe SA du 4 avril 2008 points 48 et 49 : *« En outre, l'auditeur a constaté que le comportement de Lonza était quelque peu ambigu. D'une part, sa demande de clémence est intervenue seulement après l'envoi de la communication des griefs qui lui fut adressée le 7 juillet 2005. D'autre part, ses observations du 31 août 2005 sur la communication des griefs faisaient encore état du fait "qu'en ce qui concerne la Belgique, Lonza n'a jamais participé à un quelconque accord anticoncurrentiel", cette dernière prise de position ayant cependant fait l'objet d'une rectification lors de son audition du 7 septembre 2005. Conformément au titre C, point 16, alinéa 2, de la Communication conjointe relative à la clémence, l'auditeur estime que Lonza n'est pas susceptible de bénéficier d'une réduction du montant de l'amende au sens du titre C, point 13 » et «Le Conseil suit la proposition de l'auditeur ».*

566. [CONFIDENTIEL]», proposition de décision de clémence de l'auditeur général *[CONFIDENTIEL]*.

567 Voir les points 13, 30 et 86 des observations de CERP à la communication des griefs.

1061. Cette période n'avait pas été comprise dans la déclaration de clémence[CONFIDENTIEL], puisque CERP avait déclaré «[CONFIDENTIEL]».

1062. En faisant une telle déclaration complémentaire [CONFIDENTIEL], CERP considérait donc, après mûres réflexions, que les réunions s'étant tenues pendant la période du 4 avril 2003 au 31 décembre 2005 constituaient des preuves de la concertation entre les grossistes répartiteurs.

1063. De plus, dans sa réponse[CONFIDENTIEL][568], CERP déclare «[CONFIDENTIEL]».

1064. Il convient encore de rappeler que CERP a reconnu dans le cadre de l'instruction de sa demande de clémence que les directeurs des achats se réunissaient «[CONFIDENTIEL]» et que «[CONFIDENTIEL]».

1065. Si CERP ne nie pas l'existence de réunions entre les grossistes répartiteurs avant le 10 mars 2006 auquelles elle a participé, il conteste la nature et le caractère anticoncurrentiel de ces réunions.

1066. En contestant sa participation dès le 4 avril 2003 à la pratique relative aux TO, CERP conteste la portée des faits qu'il a lui-même transmis, faits qui ont par ailleurs été corroborés par des éléments de preuves fournis par les autres participants à l'infraction ou recueillis lors des perquisitions[569].

1067. L'auditeur est d'avis que par ce comportement, CERP remet en cause la matérialité des faits qu'il a rapporté dans sa demande de clémence, en violation de son obligation de coopération.

1068. Au surplus, l'auditeur considère, compte tenu des circonstances procédurales spécifiques décrites supra, que l'obligation de coopération de bonne foi à laquelle CERP est tenue. fait défaut.

1069. L'auditeur conclut que CERP ne respecte pas son obligation de coopération au titre de demandeur de clémence telle que contenue dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

B. Sur la durée

1070. CERP, dans ses observations remet en cause les déclarations faites dans le cadre de sa demande de clémence [CONFIDENTIEL], et dans ses réponses aux demandes de renseignements en vue d'instruire cette demande de clémence et qui concernent la fin de la période de la participation de CERP à la pratique relative aux TO. CERP considère, en effet, dans ses observations[570] que le comportement infractionnel de CERP dans le cadre de cette pratique, ne pourrait être retenu , que pour autant que l'on démontre une concertation continue tout au long de la période infractionnelle. (Ceci a été contesté par l'auditeur (voir point XX Durée)).

1071. Cette position de CERP n'est pas conforme aux déclarations faites par cette dernière dans le cadre de sa demande de clémence, ou de ses réponses à l'instruction de sa demande de clémence.

1072. Dans sa demande de clémence concernant les TO [CONFIDENTIEL], CERP déclare au moment du dépôt de la demande de clémence, que cette pratique était toujours en cours «[CONFIDENTIEL] ».

***1073.** Dans sa réponse du [CONFIDENTIEL][571], CERP indique à la question de l'auditorat suivante : « [CONFIDENTIEL]. » « [CONFIDENTIEL]».*

---

568 Réponse à la question 8 a de la demande de renseignements.
569 Voir la section V.1.3 et notamment les documents *[CONFIDENTIEL],* I-273, I- 321, I-294 et KDV5.
570 Voir points 31 et 55 de ses observations.
571Réponse à la demande de renseignements de l'auditeur *[CONFIDENTIEL]*

1074. L'auditeur a constaté que CERP avait reconnu mettre fin à sa participation à la pratique relative aux TO, le 1er avril 2019[572] et conclu que CERP a participé à l'infraction pour la période allant du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016.

1075. Pour établir l'infraction et sa durée, l'auditeur a pris en considération l'ensemble des preuves recueillies au cours de l'instruction, en ce compris les déclarations de CERP faites dans sa demande de clémence, telles que citées supra, mais aussi les preuves fournies dans le cadre de cette même demande de clémence (voir les documents [CONFIDENTIEL]).

1076. Au surplus, l'affirmation suivante de CERP au paragraphe 55 de ses observations, « la participation de CERP à la concertation au sujet des TO avec les autres grossistes répartiteurs a pris fin le 8 décembre 2009 » est également différente de sa réponse [CONFIDENTIEL]. Dans cette dernière, à la question suivante de l'auditorat « [CONFIDENTIEL]» CERP répond « [CONFIDENTIEL]»

1077. En arguant, dans ses observations que l'infraction a pris fin en 2009, CERP conteste la portée des faits qu'il a lui-même transmis, fait qui ont par ailleurs été corroborés par des éléments de preuves fournis par les autres participants à l'infraction, recueillis lors des perquisitions, ou renseignements fournis par les laboratoires pharmaceutiques.[573]

1078. L'auditeur constate que par ce comportement, CERP remet en cause la matérialité des faits qu'il a rapporté dans sa demande de clémence, en violation de son obligation de coopération.

1079. L'auditeur conclut que CERP ne respecte pas son obligation de coopération au titre de demandeur de clémence telle que contenue dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

C. Sur la marge applicable pour les produits pharmaceutiques vendus via le système des TO

1080. CERP fait valoir aux paragraphes 29, 43 et 46 de ses observations que cette marge de 5.1% était une marge maximale : « Il a aussi été convenu de limiter la marge du grossiste-répartiteur à un niveau maximum de 5,1%, significativement inférieur à la marge maximale légale de 13.1%. Il s'agissait d'une marge maximale. Chaque grossiste-répartiteur était libre de convenir avec le laboratoire pharmaceutique d'une marge inférieure » «les marges pour les prestations TO convenues entre les grossistes-répartiteurs étaient des marges maximales », « la marge de 5.1% était uniquement une marge maximale qui permettait aux parties de convenir d'une marge plus faible » et « le taux de 5.1 n'est qu'un maximum et que les grossistes-répartiteurs sont libres d'appliquer un taux inférieur ».

1081. Or, CERP dans sa demande de clémence du [CONFIDENTIEL] n'a, à un quelconque moment, déclaré que cette marge constituait une marge maximale permettant à chaque grossiste répartiteur de convenir librement d'une marge inférieur à 5.1% du prix pharmacien. CERP a au contraire déclaré «[CONFIDENTIEL]»[574] et «[CONFIDENTIEL]».

572 Dans la proposition de décision de clémence de l'auditeur *[CONFIDENTIEL]*, l'auditorat a précisé que *« CERP a appliqué la marge de 5.1% sur les TO à partir du second semestre 2006 et a cessé de participer à cette pratique à partir du 1er avril 2019 puisqu'elle a arrêté d'appliquer la marge de 5.1% à partir de cette date. »* CERP disposait, conformément au point 68 des Lignes directrices, d'un délai de huit jours ouvrables pour présenter des observations. CERP n'a déposé aucune observation sur cette proposition de décision de clémence.

573 Voir la section V.3 et notamment les documents DVW 11, DVW 14, DVW 23, I-187, I-189, I-251, I-030, *[CONFIDENTIEL]*, KDV3 et II-10.

574 Les exceptions évoquées concernent les produits dits chers, chimiques et les envois de TO manuels pour lesquels une autre marge a été définie de manière concertée entre les grossistes répartiteurs.

1082. Au cours de l'instruction de la demande de clémence CERP n'a pas non plus évoqué qu'il s'agissait d'une marge maximale permettant à chaque grossiste répartiteur de convenir librement d'une marge inférieure à 5.1% du prix pharmacien mais bien que ce pourcentage de 5.1% avait un caractère fixe, comme en témoignent les déclarations de CERP suivantes :« [CONFIDENTIEL] »[575], « [CONFIDENTIEL]»[576] et « [CONFIDENTIEL]»[577], « [CONFIDENTIEL]»[578].

1083. L'auditeur conteste d'une part cette affirmation[579] et, d'autre part, s'étonne, si celle-ci avait dû s'avérer exacte, qu'elle ne soit évoquée par le demandeur de clémence qu'à ce stade de la procédure. En effet, le demandeur de clémence est tenu en vertu du point 41 c des Lignes directrices sur la clémence de fournir lors du dépôt de sa demande de clémence « une description détaillée du cartel présumé, en ce compris (i) les objectifs, activités et fonctionnement […] ».

1084. L'auditeur considère qu'en contestant, dans ses observations la description de la tarification convenue dans le cadre de la pratique relative aux TO , CERP conteste les faits qu'il a communiqués dans le cadre de la demande de clémence.

1085. L'auditeur conclut que CERP ne respecte pas son obligation de coopération au titre de demandeur de clémence telle que contenue dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

D. Analyse de l'argument de CERP sur la réduction au titre de la clémence

1086. L'argument de CERP est analysé à titre superfétatoire, si le Collège de la concurrence ne devait pas suivre la position de l'auditeur défendue au point précédent.

1087. S'agissant de la discrimination invoquée par CERP à son égard, au regard du pourcentage de réduction que l'auditeur a proposé de lui appliquer lors de la communication des griefs et du pourcentage de réduction accordé à Pharma Belgium-Belmedis par l'auditeur dans sa décision de transaction, réduction correspondant au maximum dont Pharma Belgium Belmedis pouvait bénéficier, l'auditeur rappelle que le principe d'égalité de traitement, principe général du droit communautaire, n'est violé, selon une jurisprudence constante, que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié[580]. Or, en l'espèce, CERP a, certes, fourni une demande de clémence assez tôt après les perquisitions menées par l'auditorat, mais l'auditeur a indiqué aux points 186 et 187 que sa description de la pratique était très générale. Par ailleurs, les discussions concernant notamment la cessation de la pratique ont été longues et ont notamment justifié, comme cela a été mentionné supra au point 1057, une mise en garde de l'auditeur dans sa proposition de décision de clémence, relative à son comportement en tant que demandeur de clémence. Ces éléments ont été pris en considération dans le cadre de la réduction

575 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 7.
576 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 8.
577 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 14 b).
578 Voir réponse de CERP *[CONFIDENTIEL]*, question 16 a).
579 L'auditeur conteste la présentation de CERP concernant cette prétendue marge maximale de 5.1%, présentation qui laisse supposer que la tarification appliquée par les grossistes répartiteurs aux laboratoires dans le cadre des TO est libre mais plafonnée à 5.1%. (voir les points 292 à 310 supra).
580 Voir arrêt du Tribunal, 5 décembre 2006 , Westfalen Gassen Nederland BV contre Commission, affaire T-303/02, point 152 *« À cet égard, selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement n'est violé que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (arrêts de la Cour du 13 décembre 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, point 28, et du 28 juin 1990, Hoche, C-174/89, arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, BPB de Eendracht/ Commission, T-311/94, Rec. p. II-1129, point 309) »*.

à accorder à CERP au titre de sa demande de clémence ; ces circonstances ne se sont pas produites avec Pharma Belgium-Belmedis.

1088. Par ailleurs, s'agissant de la demande de clémence de Pharma Belgium-Belmedis, ce dernier a reconnu avoir participé à l'infraction relative aux TO[581], facilitant l'auditeur dans l'établissement des faits et de la pratique relative aux TO, élément qui peut justifier une réduction d'amende maximum[582].

1089. L'auditeur a considéré que la situation de ces deux grossistes répartiteurs n'était pas identique, et qu'un traitement différent devait être appliqué à CERP.

VII.3.1.g Sur la capacité contributive de CERP

1090. L'auditeur souhaite rappeler les différentes conditions à remplir pour pouvoir bénéficier du point 35 des lignes directrices de la Commission européenne. Celui-ci est rédigé comme suit « Dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre par la Commission sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende, dans les conditions fixées par les présentes Lignes directrices, mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur. ».

1091. Il appartient donc à l'entreprise qui invoque le point 35 des lignes directrices sur le calcul des amendes d'étayer sa demande en vue d'établir les circonstances exceptionnelles qui justifie son application. Ces circonstances exceptionnelles peuvent par exemple tenir du déclin structurel d'un secteur, d'une crise sanitaire dans un secteur particulier, ou de graves difficultés financières de l'entreprise[583].

1092. Concernant ce dernier point, la jurisprudence européenne constante considère que la Commission n'est pas obligée de tenir compte de la situation déficitaire de l'entreprise, étant donné que la reconnaissance d'une telle obligation reviendrait à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché[584].

1093. La Cour insiste sur le fait que la Commission doit tenir compte d'éléments précis et propres à la situation « personnelle » de l'entreprise « Par ailleurs, la difficulté de comparer le niveau d'amendes infligées à des entreprises ayant participé à des accords différents, sur des marchés distincts, à des moments parfois éloignés dans le temps, peut résulter des conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une politique efficace de concurrence. Dès lors, ce n'est pas parce que la Commission a tenu compte, dans de précédentes affaires, des difficultés financières d'une entreprise qu'elle est obligée de porter la même appréciation dans une affaire ultérieure.»[585].

---

581 *« [CONFIDENTIEL]»* et *[CONFIDENTIEL]»,* demande de clémence de *[CONFIDENTIEL]*

582Arrêt du Tribunal du 6 mai 2009, Wieland-Werke AG contre Commission européenne , affaire T-116/04, points 133 et ss.

583 Voir N. PETIT, Droit européen de la Concurrence, 3 ed. 2020, LGDJ, para. 1771.

584 Voir arrêt du Tribunal du 28 avril 2010, BST/ Commission, affaire T-452/05, points 95 et 96, arrêts de la Cour du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, C-96/82 points 54 et 55; Dansk Rørindustri e.a./Commissiondu 28 juin 2005, C-189/02P, point 327; SGL Carbon/Commission, du 29 juin 2006, C-308/04P, point 105, ainsi que SGL Carbon/Commission du 10 mai 2007, C-328/05, point 100.

585 Voir arrêt de la Cour du 8 décembre 2011 KME Germany AG, KME France SAS, KME Italy SpA contre Commission, affaire C-389/10 P, point 105.

1094. Il appartient dès lors à l'entreprise d'étayer sa demande avec des éléments de faits de nature à établir que les difficultés financières qu'elle supporte sont exceptionnelles[586] et ne sont pas la résultante d'une gestion peu efficace de l'entreprise, à défaut cette demande doit être rejetée.

1095. L'auditeur constate que CERP n'étaye pas sa demande avec des éléments précis propres à sa situation personnelle de nature à établir son incapacité de payer une amende trop élevée, l'évocation de faibles marges n'étant pas suffisante, conformément à la jurisprudence pour justifier l'application du point 35 des Lignes directrices.

1096. L'auditeur considère qu'il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande de réduction du montant d'amende sur cette base.

VII.3.2 Sur l'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe

VII.3.2.a Sur la méthodologie de calcul de l'amende concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe

i) Principe

1097. La méthodologie générale a été développée et consignée par la Commission dans ses lignes directrices sur le calcul des amendes de 2006.

1098. Le point 37 des lignes directrices de la Commission stipule que « Bien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21. »

1099. L'Autorité belge de la concurrence a adoptée le 3 septembre 2020, des Lignes directrices concernant le calcul des amendes[587] et le point 3 de ces lignes directrices 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.79, § 1er, premier alinéa, et § 2, premier alinéa, CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 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) ».

1100. La pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence européenne montrent que le principe de proportionnalité peut être la justification pour écarter de la méthode générale de calcul et appliquer l'exception contenue au point 37 des Lignes directrices sur le calcul de l'amende[588] .

---

586 *« Ainsi, contrairement à ce que font valoir les requérantes, le Tribunal a jugé non pas que l'exercice de sa compétence de pleine juridiction ne pouvait s'effectuer que dans des circonstances exceptionnelles, mais qu'une réduction d'amende fondée sur l'existence de prétendues difficultés financières ne pouvait s'effectuer que lorsque ces difficultés présentent un caractère exceptionnel. Aux points 434 et 443 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a estimé que, sur la base des éléments dont il disposait, tel n'était pas le cas en l'espèce."* , arrêt du 7 septembre 2016, Pilkington Group e.a. / Commission , affaire C-101/15 P, point 77.

587 Lignes directrices concernant le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.79, § 1er , premier alinéa, et § 2, premier alinéa CDE pour les infractions aux articles IV.1, § 1er, IV.2 et/ou IV.2/1 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 (ci-après les lignes directrices pour le calcul des amendes), MB du 20/09/2020.

588 *"When determining the appropriate level of the fines to be imposed on undertakings that have infringed Article 101 TFEU and Article 53 of the EEA Agreement, the Commission must ensure, in light of the specificities of the case before it, that its action has the necessary deterrent effect, while, at the same time, respecting the general EU law principle of proportionality. In order to achieve these objectives, it is appropriate for the*

1101. L'Autorité belge de la concurrence considère également que le principe de proportionnalité peut justifier une méthode de calcul autre que la méthode générale mentionnée dans les lignes directrice sur le calcul des amendes[589].

1102. Le respect du principe de proportionnalité permet donc de déroger à la méthode générale, mais s'écarter de cette méthode n'est possible que parce que les circonstances particulières de l'affaire le justifient.

1103. Il appartient aux parties qui l'invoque de justifier en détail pourquoi ce principe de proportionnalité ne serait pas respecté, en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire et de sa situation personnelle.

ii) En l'espèce

1104. Les éléments invoqués par CERP ne sont pas pertinents pour s'écarter de la méthodologie générale de calcul suivie par l'auditeur.

1105. La pratique relative aux vaccins contre la grippe constitue un accord horizontal notamment de prix, type d'accord qui, par leur nature même, font partie des restrictions de concurrence les plus graves[590].

1106. CERP se contente d'affirmer que la pratique relative aux vaccins contre la grippe n'a eu aucun effet sur la concurrence parce qu'à titre personnel, s'agissant de l'absence de remise propre du grossiste répartiteur accordée aux pharmaciens, CERP n'aurait pu faire autrement. Cela n'est en rien démontré.

1107. Pour ce qui a trait à la date de début de prévente, il y a lieu de rappeler que les conditions commerciales offertes aux pharmaciens, dans le cadre des préventes, étaient identiques pour l'ensemble des grossistes. La date de début de prévente commune ne visait donc pas à renforcer la transparence des conditions commerciales au bénéfice des pharmaciens. C'est justement en raison de cette identité de

---

Commission to refer to the value of sales of goods or services to which the infringement relates as a basis of setting the fine, as well as the duration and gravity of the infringement. However, while reference to these factors provides a good indication of the order of magnitude of the fine, they should not be regarded as the basis for an automatic and arithmetical calculation method. In line with the principle of proportionality, it is considered that a sufficiently deterrent effect can be achieved in the present case without having recourse to the full value of the undertakings' sales of trucks in the EEA. Therefore, the Commission deems it appropriate to apply point 37 of the Guidelines on Fines, which allows it to depart from the methodology of the Guidelines, to adjust uniformly the proportion of each undertaking's value of sales for the purposes of calculating the variable and additional amounts of the fines.", decision de la Commission du 19 juillet 2016, CASE AT.39824 -Trucks, point 112 et
« Selon la jurisprudence le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne ECLI:EU:T:2014:630 17 ARRÊT DU 11. 7. 2014 – AFFAIRE T-540/08 ESSO E.A. / COMMISSION doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13, et du 5 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-180/96, Rec. p. I-2265, point 96 » ; arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, Prym et Prym Consumer/Commission, T-30/05, point 223).
Dans le cadre des procédures engagées par la Commission pour sanctionner les violations des règles de concurrence, l'application de ce principe implique que les amendes ne doivent pas être démesurées par rapport aux objectifs visés, c'est-à-dire par rapport au respect de ces règles, et que le montant de l'amende infligée à une entreprise au titre d'une infraction en matière de concurrence doit être proportionné à l'infraction, appréciée dans son ensemble, en tenant compte, notamment, de la gravité et de la durée de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt Prym et Prym Consumer/Commission, point 106 supra, points 223 et 224, et la jurisprudence citée). En particulier, le principe de proportionnalité implique que la Commission doit fixer le montant de l'amende proportionnellement aux éléments pris en compte pour apprécier la gravité de l'infraction et qu'elle doit à ce sujet appliquer ces éléments de façon cohérente et objectivement justifiée (arrêts du Tribunal du 27 septembre 2006, Jungbunzlauer/Commission, T-43/02, Rec. p. II-3435, points 226 à 228, et Amann & Söhne et Cousin Filterie/Commission, point 38 supra, point 171 »), arrêt du Tribunal du 11 juillet 2014, Esso Société anonyme française contre Commission, affaire T-540/08, points 106 et 107.

589 *« 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.* » Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2019-I/O-14 du 28 mai 2019 dans l'affaire MediCare market/Ordre des pharmaciens.

590 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, 2006/C 210/02, point 23.

conditions commerciales, que les grossistes répartiteurs ont défini une date de début de prévente puisque pour un grossiste répartiteur, démarrer les préventes des vaccins contre la grippe le premier était un élément concurrentiel dans la vente aux pharmaciens des vaccins contre la grippe, dans le cadre des préventes. L'argument ne saurait donc être suivi.

1108. Pour ce qui concerne la durée de la participation de CERP à la pratique relative aux vaccins contre la grippe, l'auditeur renvoie à la section V.2.4.c de la présente proposition de décision motivée dans laquelle il a constaté que CERP avait participé à cette pratique dès le 4 avril 2003 et a établi la fin de sa participation au 21 novembre 2016.

1109. L'auditeur considère donc que la période à prendre en compte pour le calcul de l'amende débute le 4 avril 2003 et se termine le 21 novembre 2016.

1110. Il résulte de ce qui précède que CERP n'apporte aucun d'élément pertinent justifiant de revoir la méthodologie appliquée par l'auditeur.

VII.3.2.b Sur la réduction au titre de la clémence concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe

1111. La portée des observations de CERP en réponse à la communication des griefs est telle qu'elle remet en cause le respect par CERP de son obligation de coopération telles que contenue dans sa décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL]. En effet, le Président a accordé à CERP, pour ce qui concerne la pratique relative aux vaccins contre la grippe, par application de l'article IV.54, § 1 CDE et du point 19 des Lignes directrices sur la clémence de 2016, « le bénéfice d'une exonération partielle d'amende comprise entre 30 et 50 % pour la pratique relative aux vaccins contre la grippe, dans toute décision arrêtée au terme de la procédure par le Collège ou l'auditeur, à la condition que le demandeur de clémence continue de satisfaire aux obligations visées aux points 28 et 29 des Lignes directrices sur la clémence, et plus particulièrement à l'obligation de coopération, jusqu'à l'adoption de la décision au fond».

1112. Partant, le bénéfice d'une réduction de l'amende de CERP au titre de la clémence octroyée par le Président dans sa décision de clémence du [CONFIDENTIEL], spécifiquement conditionnée au respect de cette obligation de coopération tout au long de la procédure (et ce jusqu'au moment de l'adoption de la décision au fond) est également remis en cause.

A. L'analyse de l'obligation de coopération de CERP dans le cadre de sa demande de clémence

1113. L'auditeur renvoie aux points 1033 à 1056 supra concernant le cadre légal et la portée de l'obligation de coopération dans le cadre d'une demande de clémence.

1114. L'Auditeur considère que les observations de CERP à la communication des griefs ne sont pas compatibles avec son obligation de coopération. L'auditeur est d'avis que CERP ne respecte plus cette obligation qui doit pourtant perdurer jusqu'à ce qu'une décision au fond soit prise.

1115. CERP, dans ses observations remet en cause les déclarations faites dans le cadre de sa demande de clémence du [CONFIDENTIEL], concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe, déclarations qui sont pourtant assez récentes.

1116. CERP allègue au point 103 de ses observations que les faits concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe sont prescrits.

1117. CERP invoque aussi aux points 112 et 113 de ses observations que «En l'absence du moindre contact infractionnel au sujet des conditions commerciales des préventes des vaccins contre la grippe entre CERP et les autres grossistes-répartiteurs après le 13 octobre 2011, le comportement commercial de CERP ne saurait servir de base à une constatation d'infraction à son égard. » et souligne le fait que la simple constatation de l'application des termes de la concertation après le 13 octobre 2011 « est insuffisant pour établir l'existence d'une concertation prohibée par le droit de la concurrence en l'absence de contact à ce sujet avec d'autres grossistes-répartiteurs ».

1118. Par ailleurs, aux points 120 et 121 de ses observations, se basant sur une interprétation erronée des preuves décrites[591] dans la section V.3.2.b de la communication des griefs (voir les sections V.2.2.c iii et iv de la présente proposition de décision motivée), CERP affirme que « la concertation multilatérale avait pris fin en 2010 , les conditions commerciales de CERP n'étaient pas identiques à celles de ses concurrents et qu'il n'y a pas lieu d'évoquer ici une quelconque coordination tacite avec ses concurrents, qui, de toute façon, ne tomberait pas dans le champ d'application de l'article 101 TFUE ».

1119. Or, c'est précisément le contraire que CERP a déclaré dans sa demande de clémence concernant les vaccins contre la grippe du [CONFIDENTIEL].

1120. En effet, CERP en préambule de sa demande de clémence indique « [CONFIDENTIEL]».

1121. L'entente telle que décrite par CERP correspond à la pratique des vaccins contre la grippe qui a été décrite dans la communication des griefs. CERP déclare en effet dans sa demande de clémence que l'entente porte sur les remises accordées aux pharmaciens, sur la possibilité ou non de retour des vaccins contre la grippe invendus et sur la délimitation de la période des préventes de ces vaccins. S'agissant des remises, CERP a précisé que « [CONFIDENTIEL]»[592].

1122. Ensuite, bien qu'ayant souligné que CERP n'a plus eu de contact avec les autres grossistes répartiteurs au-delà du 3 mai 2010, CERP a déclaré avoir participé à l'entente pendant toute la période entre le 4 avril 2003 et le 21 novembre 2016 «[CONFIDENTIEL]»[593]

1123. L'auditeur a pris en considération pour établir l'infraction et sa durée, l'ensemble des preuves recueillies au cours de l'instruction, en ce compris les déclarations de CERP faites dans sa demande de clémence, telles que citées supra.

1124. En contestant, dans ses observations le fait que l'infraction a pris fin le 21 novembre 2016 en ce qui le concerne, CERP conteste la portée des faits qu'il a lui-même transmis, faits qui ont par ailleurs été corroborés par les déclarations d'autres demandeurs de clémence, et par les éléments de preuves recueillis lors des perquisitions.[594]

1125. L'auditeur est d'avis que par ce comportement, CERP remet en cause la matérialité des faits qu'il a rapporté dans sa demande de clémence, en violation de son obligation de coopération.

591 CERP considère que le non-respect de l'aspect remis dans la cadre de la pratique relative aux vaccins contre la grippe, pourtant très limité, comme expliqué au point XX, montrerait que CERP ne participe plus à cette pratique.
592 Demande de clémence de CERP *[CONFIDENTIEL]*, point 1.1.
593 Déclaration de clémence de CEEP *[CONFIDENTIEL]*, point 4.
594 Déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]*, Interview de *[CONFIDENTIEL] «[CONFIDENTIEL]*» et documents I-028 et *[CONFIDENTIEL]*

1126. L'auditeur conclut que CERP ne respecte pas son obligation de coopération au titre de demandeur de clémence telle que contenue dans la décision de clémence [CONFIDENTIEL].

1127. Au surplus, Il est également surprenant de constater que CERP utilise certains éléments disponibles à son égard dans le dossier d'instruction et leur donne un sens et une portée qui ne correspond pas à la réalité pour remettre en cause les déclarations qu'elle a tenues dans le cadre de sa demande de clémence.

1128. Ainsi, CERP affirme dans ses observations , au point 118, que « Dans le cas de CERP, les pharmaciens peuvent passer commande dès réception du formulaire de prévente qui est souvent envoyé avant cette date. »[595] Or, dans le cadre de sa demande de clémence, CERP a déclaré « [CONFIDENTIEL] ». En faisant de la sorte, CERP conteste les faits qu'elle a dénoncés dans le cadre de sa demande de clémence.

1129. Par ailleurs, au point 119 de ses observations, CERP fait référence au document [CONFIDENTIEL]qui montre que la date de début des préventes n'a pas été respectée par CERP et que [CONFIDENTIEL] *n'a pas su contacter CERP. CERP en conclut que cela démontre l'absence de contact entre lui et les autres grossistes répartiteurs. CERP omet pourtant de citer un point important : « [CONFIDENTIEL] » (traduction libre « [CONFIDENTIEL]»). Certes, cette mention ne démontre pas de manière certaine un contact entre les grossistes répartiteurs, (ce qui explique que ceci n'a pas été repris dans la communication des griefs), mais cela étaye et confirme les déclarations des autres demandeurs de clémence, concernant l'application des termes de la concertation jusqu'en 2016.*

1130. Enfin, CERP au point 120 de ses observations tente de démontrer que ses conditions commerciales (et plus particulièrement les remises octroyées aux pharmaciens dans le cadre des préventes) sont très divergentes de celles de ses concurrents. En faisant de la sorte, CERP conteste les faits qu'elle a dénoncés dans le cadre de sa demande de clémence en déclarant « « [CONFIDENTIEL]»[596] en lien avec [CONFIDENTIEL] »[597]

1131. Sur cette question de divergences fortes entre les conditions commerciales de CERP et celles des autres grossistes répartiteurs, l'auditeur renvoie à la section V.2.2.c.iii de la présente proposition de décision motivée où l'auditeur a relativisé ces divergences et a estimé que cela ne remet pas en cause la participation de CERP à la pratique relative aux vaccins contre la grippe.

1132. L'auditeur conclut que CERP ne respecte pas son obligation de coopération au titre de demandeur de clémence telle que contenue dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

B. Analyse de l'argument de CERP sur la réduction d'amende au titre de la clémence

1133. L'argument de CERP est analysé à titre superfétatoire, si le Collège de la concurrence ne devait pas suivre la position de l'auditeur défendue au point précédent.

1134. S'agissant de la discrimination que subirait CERP, compte tenu du pourcentage de réduction que l'auditeur a proposé de lui appliquer lors de la communication des griefs au regard du pourcentage de réduction accordé à Pharma Belgium-Belmedis par l'auditeur dans sa décision de transaction, réduction

595 L'auditeur, à la section V.2.2.c iv de la présente proposition de décision motivée, a montré que sauf pour quelques saisons, l'auditeur ne disposait pas de preuve montrant la date de début des préventes aux pharmaciens des vaccins contre la grippe, l'auditeur s'est basé sur la déclaration de clémence de CERP du *[CONFIDENTIEL]* stipulant « *[CONFIDENTIEL]*

596 Demande de clémence de CERP du *[CONFIDENTIEL]*, point 1.1.

597 Déclaration de clémence de CEEP du *[CONFIDENTIEL]*, point 4.

correspondant au maximum dont Pharma Belgium Belmedis pouvait bénéficier, l'auditeur rappelle que le principe d'égalité de traitement, principe général du droit communautaire, n'est violé, selon une jurisprudence constante, que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié[598].

1135. Or, en l'espèce, CERP et Pharma Belgium ont déposé tous les deux assez tard leur demande de clémence.

1136. La demande de clémence de CERP fait une description de la pratique relative aux vaccins contre la grippe et de son fonctionnement très générale.

1137. Cet élément a été pris en considération dans le cadre de la réduction à accorder à CERP au titre de sa demande de clémence ; ces circonstances ne se sont pas produites avec Pharma Belgium-Belmedis.

1138. En effet, la description de la pratique relative aux vaccins contre la grippe et son fonctionnement sont plus détaillés dans la demande de clémence de Pharma Belgium-Belmedis.

1139. De plus, Pharma Belgium-Belmedis a reconnu avoir participé à l'infraction relative aux vaccins contre la grippe[599], facilitant l'auditeur dans l'établissement des faits et de la pratique relative aux vaccins contre la grippe. Cet élément peut justifier une réduction d'amende[600] maximum. L'établissement des faits et de la pratique ont encore été facilités par le fait que Pharma Belgium-Belmedis a, également dans sa demande de clémence, corroboré les éléments de preuves relatifs à la pratique relative aux vaccins contre la grippe, auxquels il avait eu accès dans le cadre de la procédure de transaction.

1140. L'auditeur a considéré que la situation de ces deux grossistes répartiteurs n'était pas identique, et qu'un traitement différent devait être appliqué à CERP.

VII.4 Conclusions de l'auditeur

1141. S'agissant de l'amende concernant la pratique relative au TO, l'auditeur maintient sa proposition de méthodologie telle que décrite dans la communication des griefs.

1142. L'assiette de référence à prendre en compte est la moyenne de la valeur des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO, pendant toute la période infractionnelle retenue, soit du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016, soit [CONFIDENTIEL] *euros.*

1143. Cette infraction doit être considérée comme une infraction grave au droit de la concurrence, l'auditeur propose qu'un taux de 15 % au titre du facteur gravité soit appliqué.

1144. Au titre de l'effet dissuasif, l'auditeur propose qu'un montant équivalent à 15 % de la valeur des ventes soit inclus dans le montant de base.

---

598 Voir arrêt du Tribunal, 5 décembre 2006 , Westfalen Gassen Nederland BV contre Commission, affaire T-303/02, point 152 *« À cet égard, selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement n'est violé que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (arrêts de la Cour du 13 décembre 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, point 28, et du 28 juin 1990, Hoche, C-174/89, arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, BPB de Eendracht/ Commission, T-311/94, Rec. p. II-1129, point 309) ».*

599 *« [CONFIDENTIEL].»* et « [*[CONFIDENTIEL]*», demande de clémence de [CONFIDENTIEL] point 2.2

600 Arrêt du Tribunal du 6 mai 2009, Wieland-Werke AG contre Commission européenne , affaire T-116/04, points 133 et ss.

1145. Il y a lieu de retenir une circonstance atténuante dans le chef de CERP menant à une réduction de 10%, en raison du rôle joué par certains laboratoires pharmaceutiques ayant facilité l'application de l'accord.

1146. La durée de l'infraction est de 13 ans et 7 mois.

1147. Le montant de l'amende avant application du plafond légal de 10% s'élève dès lors à [CONFIDENTIEL] *euros.*

1148. Le plafond légal de 10% du chiffre d'affaires s'élève, quant à lui, à 38 724 529 euros.[601]

1149. CERP ne peut bénéficier d'une réduction d'amende au titre de sa demande de clémence concernant la pratique relative aux TO puisque CERP est en défaut de respecter les conditions de coopération reprises dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

1150. S'agissant de l'amende concernant la pratique relative au vaccins contre la grippe, l'auditeur maintient sa proposition de méthodologie telle que décrite dans la communication des griefs.

1151. L'assiette de référence à prendre en compte est la valeur totale en Belgique pour l'année 2015 des ventes des vaccins contre la grippe réalisées par CERP avec les pharmaciens pendant les préventes, à savoir [CONFIDENTIEL] *euros.*

1152. Cette infraction doit être considérée comme une infraction grave au droit de la concurrence et propose qu'un taux de 15 % au titre du facteur gravité lui soit appliqué.

1153. Au titre de l'effet dissuasif, l'auditeur propose un montant équivalent à 15 % de la valeur totale en Belgique pour l'année 2015 des ventes des vaccins contre la grippe réalisées par CERP avec les pharmaciens pendant les préventes.

1154. Il n'y a pas lieu de retenir de circonstance agravante, ni de circonstance atténuante,

1155. La durée de l'infraction est de 13 ans et 7 mois.

1156. Le montant de l'amende avant application du plafond légal de 10% s'élève dès lors à [CONFIDENTIEL] *euros.*

1157. Le plafond légal de 10% du chiffre d'affaires s'élève, quant à lui, à 38.724.529 euros.[602]

1158. CERP ne peut plus bénéficier d'une réduction d'amende au titre de sa demande de clémence concernant la pratique relative aux vaccins contre la grippe puisque CERP est en défaut de respecter les conditions de coopération reprises dans la décision de clémence du Président du [CONFIDENTIEL].

VIII. Proposition

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

601 Conformément aux articles IV.79 et IV.84, § 1er, 1° du Code de droit économique, les amendes infligées ne peuvent dépasser 10% du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché belge et à l'exportation par CERP au cours de l'exercice comptable précédant la décision, soit l'exercice comptable de 2021. Le chiffre d'affaires à prendre en compte s'élève ainsi à 387 245 294 euros.

602 Conformément aux articles IV.79 et IV.84, § 1er, 1° du Code de droit économique, les amendes infligées ne peuvent dépasser 10% du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché belge et à l'exportation par CERP au cours de l'exercice comptable précédant la décision, soit l'exercice comptable de 2021. Le chiffre d'affaires à prendre en compte s'élève ainsi à 387 245 294 euros.

Sur l'infraction relative aux Transfer Orders :

- *De constater, que les comportements tels que décrits dans la communication des griefs et la proposition motivée de décision et attribués à CERP constituent une infraction par objet unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE ;*
- *Qu'il s'agit d'une infraction grave, commise du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016 ;*
- *De constater que CERP n'a pas respecté ses obligations de coopération telles que décrites dans la décision de clémence du [CONFIDENTIEL] pour ce qui concerne la pratique relative aux TO, et de ne pas lui accorder une réduction d'amende au titre de sa demande de clémence en raison du non-respect par CERP de la condition de continuer à satisfaire à son obligation de coopération introduite par ladite décision de clémence, jusqu'à l'adoption de la décision au fond ;*
- *D'imposer une amende de 17 727 222 euros à CERP SA, en application de l'article IV.79 CDE pour cette infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE.*

Sur l'infraction relative aux vaccins contre la grippe :

- *De constater, que les comportements tels que décrits dans la communication des griefs et la proposition motivée de décision et attribués à CERP constituent une infraction par objet unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE ;*
- *Qu'il s'agit d'une infraction grave, commise du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016 ;*
- *De constater que CERP n'a pas respecté ses obligations de coopération telles que décrites dans la décision de clémence du [CONFIDENTIEL], pour ce qui concerne la pratique relative aux vaccins contre la grippe, et de ne pas lui accorder une réduction d'amende au titre de sa demande de clémence en raison du non-respect par CERP de la condition de continuer à satisfaire à son obligation de coopération introduite par ladite décision de clémence, jusqu'à l'adoption de la décision au fond*
- *D'imposer une amende de 712 586 euros à CERP SA, en application de l'article IV.79 CDE pour cette infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE .* »

III. Observations écrites de CERP

44. Le 20 février 2023, CERP a déposé les observations écrites suivantes : « VOIR ANNEXE À LA DÉCISION »

IV. L'analyse par le Collège de la concurrence

IV.1 Entreprise visée

45. L'entreprise visée est le Centre européen de répartition pharmaceutique SA (ci-après « CERP »). CERP est un grossiste répartiteur de produits pharmaceutiques actif en Belgique. CERP est une filiale du groupe français Astera (groupe coopératif de pharmaciens associés).

CERP est membre de l'association sectorielle dénommée ANGR (Association Nationale des Grossistes Répartiteurs de Spécialités Pharmaceutiques).

46. Deux autres entreprises ayant la même activité que CERP, à savoir Febelco et Pharma Belgium-Belmedis SA ont participé aux pratiques détaillées par l'auditeur dans la Proposition motivée de décision en application de l'article IV.46, §4 du Code de droit économique (ci-après PMD). Ces entreprises ne sont cependant pas visées par la présente décision, ayant accepté une transaction avec l'Auditorat (PMD, § 5).

47. Pharma Belgium-Belmedis SA (ci-après Pharma Belgium-Belmedis) est l'entité juridique résultant de la fusion par absorption du 1er avril 2018 entre deux entités du groupe McKesson, à savoirPharma Belgium SA et Belmedis SA.

Pharma Belgium SA (ci-après Pharma Belgium) était active en Belgique en tant que grossiste répartiteur de produits pharmaceutiques.

Belmedis SA (ci-après Belmedis) était aussi active en Belgique en tant que grossiste répartiteur de produits pharmaceutiques.

Le groupe McKesson a acquis le contrôle exclusif de Belmedis en date de l'approbation de l'opération par l'Autorité belge de la concurrence (Décision n° ABC-2017-CC-13 du 20 avril 2017).

48. La procédure de transaction a concerné les pratiques de Belmedis et de Pharma Belgium avant leur fusion (PMD, §12). La décision de transaction du 18 février 2022 a été adressée à Pharma Belgium-Belmedis tant pour la participation de Pharma Belgium que pour celle de Belmedis aux pratiques en cause (PMD, §13).

49. Febelco a été destinataire de la décision de transaction du 18 février 2022 (PMD, §9).

IV.2 Evaluation du Collège concernant le marché pertinent pour les activités des grossistes répartiteurs

IV.2.1 Les TO

Analyse de l'auditeur

50. Pour l'auditeur, les produits et services concernés sont les produits pharmaceutiques vendus et l'ensemble des prestations effectuées par le grossiste répartiteur dans le cadre des Transfer Orders (en abrégé : TO).

51. Dans le cadre des TO, les pharmaciens commandent directement aux laboratoires pharmaceutiques les produits mais la vente et la distribution aux pharmaciens sont assurées par les grossistes répartiteurs

en prenant en compte les remises éventuellement accordées par les laboratoires aux pharmaciens (PMD, §§103 – 114).

52. Pour l'auditeur, il ne s'agit pas de ventes directes des laboratoires pharmaceutiques qui seraient sous-traitées aux grossistes répartiteurs. Au contraire, l'objectif des TO est de contrer la croissance des ventes directes (PMD, §§140 et s. (en particulier les §§186 et s.), 870, 899).

53. Pour l'auditeur, les TO ne constituent qu'une variante de la distribution en gros full line (répartition classique), par opposition aux ventes directes des laboratoires pharmaceutiques (PMD, §§134 - 139). A l'appui de sa thèse, l'auditeur souligne que les grossistes répartiteurs sont propriétaires des produits livrés dans le cadre des TO, qu'ils les prélèvent sur leurs propres stocks (PMD, §110) et qu'ils supportent le risque financier si le pharmacien ne paie pas, tandis que le laboratoire pharmaceutique ne court aucun risque financier (réponses de [CONFIDENTIEL], de CERP et de [CONFIDENTIEL] à la demande de renseignements du 14 octobre 2016, question 2b ; témoignages de Sandoz et d'Eurogenerics, PMD §§104, 119, 123, 1001). L'auditeur souligne aussi le rôle du grossiste dans la formation du prix final via la prise en compte de sa rémunération (la marge) dans le prix final et via la coordination des conditions tarifaires (PMD, §§129, 130, 131, 277, 298) :

« La coordination des conditions tarifaires devait permettre au laboratoire pharmaceutique d'indiquer systématiquement au pharmacien un prix « All In » (tout compris) similaire quel que soit le grossiste répartiteur choisi par ce dernier pour la gestion de sa commande. » (§122 de la Communication des griefs), formulation qui est reprise dans les OE de CERP (§29).

54. Plus précisément, pour l'auditeur, le rôle du grossiste dans la formation du prix final est d'abord direct parce que ce prix *« All in »* identique quel que soit le grossiste répartiteur choisi par le pharmacien est obtenu à la fois par la collusion sur la marge, identique pour tous les grossistes impliqués dans les TO, et par le fait que dans le système des TO les grossistes se sont engagés à ne pas accorder de rabais additionels par rapport aux rabais accordés par les laboratoires pharmaceutiques eux-mêmes. L'auditeur ajoute que les grossistes ont aussi un effet indirect sur le prix final facturé au pharmacien parce que les laboratoires pharmaceutiques prennent en compte la hauteur de la marge convenue entre les grossistes pour déterminer le rabais maximal qu'ils accordent sur le prix final facturé au pharmacien (PMD, §§ 129, 133, 1013).

55. L'auditeur ajoute que le rôle des laboratoires pharmaceutiques dans la détermination du prix final est limité. Selon l'auditeur, les laboratoires pharmaceutiques ne jouent qu'un rôle très limité dans le système des TO.

Position de CERP

56. Les TO ne sont que des modalités de ventes directes par les laboratoires pharmaceutiques (OE CERP, §§3, 19, 20-24, 61 et s.). A l'appui de cette thèse, le rôle des laboratoires pharmaceutiques dans la détermination du prix final serait déterminant (OE CERP, §14. PMD, §§115, 125 – 133, 151, 312).

57. En réponse aux arguments de l'auditeur (PMD, §§870, 899) selon lesquels l'objectif des TO est de contrer la croissance des ventes directes, CERP rétorque que le système TO est simplement une option efficace offerte à l'industrie pharmaceutique (OE CERP, §§75, 77, 101 et 114). A cet effet, CERP se réfère au projet de décision supplémentaire de l'Auditorat dans l'affaire McKesson/Belmedis : « *138. La création*

des transfer orders est une réponse des grossistes aux ventes directes. En effet, afin de conserver une partie du volume des ventes négociées directement entre les laboratoires et les transfer orders [il faut lire : « les pharmaciens »]*, les grossistes-répartiteurs ont créé un modèle de distribution proche de la répartition classique mais permettant aux laboratoires d'offrir de meilleures conditions aux pharmaciens (souvent conditionnés à des volumes minimaux d'achat)* ».

Evaluation du Collège

58. Le Collège constate que, tout comme dans la répartition classique full-line, le grossiste prélève les produits sur son propre stock et est propriétaire des produits; son rôle dépasse la sous-traitance.

59. Néanmoins, le grossiste assure sans doute la distribution et la facturation, mais l'élément central de la transaction de vente des médicaments dans le cadre des TO, c'est-à-dire la détermination du prix de détail *All in*, se déroule entre les laboratoires pharmaceutiques et les pharmaciens, sans implication du ou des grossistes.

60. L'absence d'implication des grossistes dans la détermination du prix *All in* se marque aussi par le fait que le prix de gros ex-usine standard payé par le grossiste au laboratoire pharmaceutique dans le cadre des TO peut être significativement supérieur au prix de détail *All in* convenu entre la société pharmaceutique et la pharmacie et utilisé pour la facturation par le grossiste au pharmacien. Dans ce cas:

« Par conséquent, la société pharmaceutique doit émettre une note de crédit pour la différence entre le prix d'achat (sachant que le grossiste fournira typiquement de son stock existant) et le prix net (payé par la pharmacie) plus la marge accordée au grossiste pour l'exécution de la prestation ».

(réponse de [CONFIDENTIEL] à la demande de renseignements du 14 octobre 2016, annexe 1).

Le laboratoire pharmaceutique supporte ainsi le coût du rabais qu'il accorde au pharmacien et c'est dans l'ajustement payé par le laboratoire au grossiste que la marge de 5,1% convenue entre les grossistes est répercutée. Il n'est dès lors pas permis d'affirmer que cette marge est répercutée dans le prix *All in* payé par le pharmacien. Au demeurant, la marge de 5,1% n'est pas calculée sur le prix *All in* mais sur un « prix pharmacien » qui se compose du prix ex-usine plus la marge légalement régulée des grossistes (PMD, §83).

61. Quant à l'engagement des grossistes à ne pas accorder de rabais supplémentaires par rapport aux rabais accordés par les laboratoires pharmaceutiques, canal par lequel les grossistes auraient un effet direct sur le prix *All in*, cet engagement peut être considéré comme une condition accessoire par rapport à l'objet principal qu'est la collusion entre grossistes sur leur marge pour éliminer la concurrence en prix entre les grossistes pour la prestation de leurs services.

62. Pour le Collège, les prestations des grossistes dans le cadre des TO constituent donc des prestations de services convenues entre les laboratoires pharmaceutiques et les grossistes, qui sont distinctes de la convention de vente conclue entre les laboratoires pharmaceutiques et les pharmaciens dans le cadre des TO.

IV.2.2 Distribution de vaccins

Analyse de l'auditeur

63. Les produits et services visés concernent la distribution des vaccins contre la grippe vendus et distribués par CERP et les autres parties aux pharmaciens (PMD, §546).

64. Chaque année, le vaccin est différent en fonction de la mutation du virus et doit être administré pendant l'automne. Chaque laboratoire pharmaceutique demande aux grossistes répartiteurs une estimation de leurs futures ventes annuelles, estimation basée sur les formulaires de prévente envoyés par les grossistes aux pharmaciens permettant aux pharmaciens, pendant une période de quelques semaines, de commander anticipativement les différents vaccins contre la grippe avant qu'ils ne soient disponibles sur le marché. Les laboratoires pharmaceutiques attendent, de manière générale, les commandes des grossistes répartiteurs pour le début de l'été (PMD, §§553 – 557).

Position de CERP

65. CERP confirme, en se référant à l'auditeur (PMD, §563) que, dans le cadre de ce système annuel de préventes, « *à une certaine époque, CERP et les autres parties se sont concertées sur certains aspects* » de ce système, à savoir les trois aspects suivants : (i) les remises à octroyer aux pharmaciens ; (ii) l'absence de retours des vaccins contre la grippe invendus ; et (iii) la délimitation de la période des préventes (OE de CERP, §276).

IV.3 Le grief. Description des pratiques et analyse de leur qualification : les pratiques incriminées sont-elles une infraction à l'article IV.1 CDE et à l'article 101 TFUE ?

IV.3.1 LES TO

IV.3.1.a Caractère nécessaire ou non de la concertation entre tous les grossistes

Analyse de l'auditeur

66. L'analyse de l'auditeur insiste sur la distinction entre le système des TO et les pratiques relatives aux TO. L'auditeur admet que le système des TO a des effets bénéfiques sur le plan logistique pour les grossistes (PMD, §§213- 222) et pour les laboratoires pharmaceutiques (PMD, §§223 – 229). En outre, les grossistes répartiteurs bénéficient de coûts joints importants entre leur activité traditionnelle de répartiteur et leur activité dans le système des TO (par ex. PMD, §§872 et s.). L'auditeur ne remet donc pas en cause le système des TO (PMD, §191).

67. Ce sont des pratiques de concertation relatives aux TO qui, pour l'auditeur, posent problème au regard du droit de la concurrence (PMD, §§900, 903.). L'auditeur soutient que la participation de tous les grossistes aux TO par concertation n'est pas indispensable (PMD, §§230-233).

68. L'auditeur évoque aussi le caractère non indispensable de la concertation entre tous les grossistes dans son analyse de la non-applicabilité du §3 de l'article 101 TFUE (PMD, §§213 – 222, 894, 899, 903).

Position de CERP

69. CERP conteste cette distinction entre le système des TO et les pratiques relatives aux TO (OE de CERP, §82 et s.; §122). La nécessité d'une concertation entre tous les grossistes découlerait de la structure des

relations entre grossistes et pharmaciens qui prendraient la forme de « silos » (schéma §69 des OE de CERP et référence au §329 de la décision McKesson/Belmedis de l'Autorité belge de la concurrence). Il y aurait complémentarité et non pas concurrence entre grossistes (OE CERP, §68).

70. Le système des TO doit nécessairement englober tous les grossistes pour obtenir les gains d'efficacité que les TO rendent possibles (OE de CERP, §26).

Evaluation du Collège

71. Pour le Collège, cette vue en termes de silos n'est pas représentative de la réalité du marché, en particulier parce que, comme cela a été confirmé à l'audience, de nombreuses pharmacies ont recours aux services de deux ou plusieurs grossistes. Ce fait n'est pas contredit par la décision McKesson/Belmedis de l'Autorité belge de la concurrence, puisque son paragraphe 329, auquel CERP se réfère pour soutenir sa thèse de « silos » (OE de CERP, §39), se lit comme suit : *« Dans le cadre des transfer orders, certains laboratoires ont accordé une exclusivité ou une semi-exclusivité à certains grossistes. »* (nous soulignons).

72. Certes, le système des TO doit de manière optimale englober tous les grossistes parce que, comme le note l'auditeur, *« [l]e seul élément auquel les laboratoires pharmaceutiques ont attaché de l'importance est que le système soit un système où tous les grossistes répartiteurs participent, afin d'assurer la distribution de leurs produits sur l'ensemble du territoire belge »* (PDM, § 897).

73. Ceci ne veut pas pour autant dire que les discussions entre grossistes doivent nécessairement porter sur les conditions commerciales et le contenu détaillé des prestations fournies dans le cadre des TO (PMD, §§191 et s.).

74. Le Collège note par ailleurs qu'un argument de CERP, argument relatif au début de la période de concertation, semble contredire l'affirmation selon laquelle un accord entre tous les grossistes était nécessaire pour le système des TO : « *Avant cette date du 10 mars 2006, les grossistes-répartiteurs effectuaient certes déjà des TO mais ceux-ci étaient pratiqués sur une base purement individuelle* » (OE de CERP, §191). Cette date du 10 mars 2006 est, selon CERP, la date à laquelle, après de longues discussions entre les acteurs concernés, la mise en place d'un système de TO coordonnés a été réalisée.

IV.3.1.b Les pratiques des grossistes relatives aux TO constituent-elles une infraction ?

i) . Accord et pratique concertée

Analyse de l'Auditeur

75. Le système des TO est le résultat d'une concertation multilatérale entre les grossistes répartiteurs de laquelle il résulte que les répartiteurs ne se concurrencent pas sur les conditions commerciales et le contenu détaillé des prestations fournies dans le cadre des TO (PMD, §870 ; §§140 et s.; 316 et s.; 773 – 785).

76. Il s'agit d'une réduction significative de la concurrence (PMD, §§821 – 834, 867 – 870, 1000-1008).

77. En outre, l'auditeur rapporte que les initiatives des contacts entre les laboratoires pharmaceutiques et les grossistes émanent des grossistes (PMD, §§344 – 351), et que le système des TO ne résulte pas d'une initiative des laboratoires pharmaceutiques qui n'ont jamais sollicité ce système (PMD, §868).

78. En outre, cette concertation a été continue (PMD, §§786-796).

Position de CERP :

79. CERP s'oppose à la qualification d'infraction continue, sur base de la distinction suivante : (1) la concertation s'est limitée à la période de 2003 à 2006 pour la mise sur pied du système ; (2) la période de 2006 à 2016 s'est limitée à une simple application de la concertation, qu'on ne peut qualifier d'infraction (OE de CERP, §§9, 117-129, 132, 133, 272).

80. CERP met en avant les gains d'efficacité résultant de la concertation entre tous les grossistes (OE CERP, §§25 et s., 69, 70, 73). À cet effet, CERP se réfère aussi au projet supplémentaire de l'Auditorat dans la concentration McKesson/Belmedis (§§138 et 507 à 511). L'entente entre les grossistes est donc pro-compétitive (OE de CERP, §§ 83-85, 267, 268, 348-361) et n'entraîne pas d'affectation sensible de la concurrence (OE de CERP, §§108 – 115).

81. En outre, CERP défend la position que le système a été adopté à l'initiative des laboratoires pharmaceutiques (OE de CERP, §76). CERP (OE de CERP, §36, note 22) relève que l'auditeur admet que certains laboratoires pharmaceutiques ont réuni à leur initiative l'ensemble des grossistes répartiteurs participant à la pratique pour se faire présenter le système des TO et ont ainsi facilité la conclusion des accords entre les grossistes (PMD, §947).

Evaluation du Collège

82. Le Collège, à l'instar de l'auditeur, reconnait les avantages en termes d'efficacité du système des TO au niveau logistique et reconnait que ces avantages sont obtenus lorsque tous les grossistes participent au système pour assurer une couverture géographique complète et le choix par le pharmacien de son grossiste. Il n'en reste pas moins que, pour le Collège, la concertation entre tous les grossistes a abouti à un accord explicite sur la détermination de leur marge et le contenu détaillé des prestations fournies dans le cadre des TO.

83. Le Collège constate que le système des TO n'est pas un système où ce sont les demandeurs des services (les laboratoires pharmaceutiques) qui ont pris l'initiative. Le Collège estime que CERP ne démontre pas que ce sont exclusivement les laboratoires pharmaceutiques qui ont pris l'initiative des TO, certainement pas l'initiative que les grossistes répartiteurs déterminent de manière concertée leur marge et le contenu détaillé des prestations fournies dans le cadre des TO, comme en témoignent les initiatives prises par les grossistes à l'égard des laboratoires pharmaceutiques (PMD, §§344-351).

ii) Les faits sont-ils prescrits ? Date de début de l'infraction

Analyse de l'auditeur

84. Le début de l'infraction est, pour l'auditeur, la concertation ayant eu lieu le 4 avril 2003 (PMD, §§495 et 497, 512 et §§327 à 344 de la Communication des griefs).

Position de CERP

85. CERP ne conteste pas avoir participé à des réunions dès 2003, mais elle conteste le fait que l'accord soit déjà en place et/ou mis en œuvre avant 2006 (OE de CERP, §§190-198). Pour CERP, le point de départ de la concertation est le 10 mars 2006 :

> « *Ce n'est d'ailleurs que le 6 décembre 2005 [renvoi à la note 164] que CERP a confirmé formellement son accord à participer à la pratique des TO et c'est seulement le 10 mars 2006*

qu'a eu lieu la première réunion entre les grossistes répartiteurs et un laboratoire pharmaceutique afin de mettre en évidence l'intérêt pratique et économique des TO » (OE de CERP, §191).

Analyse du Collège

86. Le dossier d'instruction contient un document (doc.*[CONFIDENTIEL]*) qui est le PV d'une réunion tenue le 4 avril 2003, dont un extrait indique que des accords entre grossistes avaient déjà à cette date donné lieu à des modalités de distribution des médicaments et à la détermination d'une marge :

« [CONFIDENTIEL]».

Le Collège relève en effet les mots « huidige » (« actuels ») et « nieuwe » (« nouveaux ») qui attestent du fait que des accords existaient même avant le 4 avril 2003 et que de nouveaux accords étaient appelés à être conclus.
Il n'est donc pas permis d'affirmer, comme le fait CERP (OE de CERP, §191) que, avant la date du 10 mars 2006, les TO fonctionnaient uniquement sur base individuelle.

87. Dans l'extrait des observations écrites de CERP cité ci-dessus (OE de CERP, §191), CERP avance, en renvoyant à la note 164, que ce n'est que le 6 décembre 2005 que CERP a confirmé formellement son accord à participer à la pratique des TO. La déclaration reprise en note 164 de cet extrait des observations de CERP est la suivante :

« *Au cours de cette réunion [du 6 décembre 2005] entre responsables des achats des grossistes répartiteurs, il a été indiqué que '* [CONFIDENTIEL] *meldt dat CERP terug wil aanwezig zijn op de vergardering, en wenst verder te werken via TO' »* (Traduction libre : *«* [CONFIDENTIEL] *signale que CERP souhaite être à nouveau présent lors de la réunion et souhaite continuer à travailler via TO* »*).*

88. Cette déclaration indique plutôt un retour dans le système des TO dans le chef de CERP, plutôt que le fait de ne jamais en avoir fait partie.

89. L'auditeur (PMD, §450) cite le contenu d'un document du dossier (pièce *[CONFIDENTIEL]*), qui est un extrait du discours du Président de l'ANGR lors de l'assemblée générale de 2005 qui, concernant l'année 2004 écoulée, déclare pour les TO que :

«[CONFIDENTIEL]».

90. Le Collège constate par ailleurs que la période de 2003 à 2006 est couverte par la déclaration de clémence additionnelle du *[CONFIDENTIEL]*par laquelle, en ce qui concerne les Transfer Orders, la demande de clémence soumise le *[CONFIDENTIEL]* doit être comprise comme couvrant également la période allant du 4 avril 2003 au 31 décembre 2005 (doc. A 2.10.3).

91. Il ressort de ces éléments que l'auditeur a correctement établi le début de l'infraction le 4 avril 2003.

iii) Les faits sont-ils prescrits ? Date de fin de l'infraction

Analyse de l'auditeur

92. L'auditeur présente des preuves documentaires qu'il y a eu concertation entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs dans le cadre de la pratique des TO jusqu'au 3 avril 2014 (PMD, §§499 – 504) et renvoie aux §§125, 135, 232 et surtout 270 à 272 de la Communication des griefs :

270. (I-030 ,[CONFIDENTIEL]) La description de l'agenda de la réunion des acheteurs (CERP, [CONFIDENTIEL]*) du 19 mars 2014 mentionne que sera discutée, entre autres sujets, la tarification : «[CONFIDENTIEL]»*

271. (KDV 3 et II-10) Le 20 mars 2014 dans un mail de [CONFIDENTIEL] *de au laboratoire Bayer, [CONFIDENTIEL] l'informe de son accord d'effectuer les Transfer Orders pour une rémunération de 8,1% ou de 5,1% selon que l'on passe ou non par les Transfer Orders pour l'ensemble des commandes :*

« [CONFIDENTIEL]»

Traduction libre :

«[CONFIDENTIEL]

Ce mail est transféré le 21 mars 2014 par Monsieur [CONFIDENTIEL] à Monsieur [CONFIDENTIEL] (CERP).

Le même jour, Bayer demande à CERP ses conditions pour les Transfer Orders. CERP lui répond en précisant les mêmes conditions que celles de Belmedis :

> *« Je vous confirme que je suis d'accord de livrer les TO Bayer qui nous parviendront. Le FEE sera de 8,1% dans le cas qui nous occupe mais peut être réduit à 5,1% si l'ensemble de vos ventes en pharmacie passe par le grossiste.*
>
> *Nous pouvons livrer des displays tant vides que remplis et il faut en effet demander des « CNK » à Febelco.*

272. (I-251) Ce document fait état de discussions entre CERP, [CONFIDENTIEL] concernant la tarification proposée à Omega concernant les TO.

Un email de Monsieur [CONFIDENTIEL] *du 3 avril 2014 qui, suite à l'annonce d'Omega Pharma de cesser les TO avec Belmedis pour des « raisons de prix », informe en interne avoir pris contact avec CERP et. Ces derniers lui ont confirmé ne pas avoir changé leurs prix. Monsieur* [CONFIDENTIEL] *a contacté également qui indique ne pas « avoir changé ses prix et respecter les mêmes conditions que par le passé ».*

93. L'auditeur (PMD, §512) se réfère encore à des preuves documentaires obtenues dans le cadre de l'instruction pour avancer que la pratique relative aux TO a été mise en œuvre par CERP de 2003 à 2016 (§§327 à 344 de la Communication des griefs).

Position de CERP

94. CERP avance des arguments visant à démontrer que CERP n'a pas participé à l'infraction après le 13 octobre 2011, c'est-à-dire 5 ans avant le début de l'instruction (OE de CERP, §§35 – 41) :

- les laboratoires pharmaceutiques ayant adhéré spontanément au système TO et à tous les avantages qui en découlaient, il n'a plus été nécessaire pour les grossistes répartiteurs d'encore en faire la promotion collectivement, le dernier exemple d'une activité de promotion collective étant une présentation PowerPoint de *[CONFIDENTIEL]* (OE de CERP, §36, note 21) ;
- certains laboratoires ont conclu des contrats d'exclusivité avec un grossiste plutôt que de recourir au système des TO (OE de CERP, §39) ;
- les réunions entre grossistes-répartiteurs postérieures au 10 mars 2006 mentionnées par l'auditeur (PMD, §§164 et 176) n'ont pas donné lieu à des modifications du système des TO (OE de CERP, §41).

Analyse du Collège

95. Les preuves documentaires apportées par l'auditeur pour soutenir qu'il y a eu concertation entre CERP et d'autres grossistes répartiteurs dans le cadre de la pratique des TO jusqu'au 3 avril 2014 (supra, numéro 92) sont convaincantes.

96. Les arguments avancés par CERP (ci-dessus, numéro 94) ne répondent pas à la démonstration de l'auditeur sur l'existence d'une concertation jusqu'en avril 2014 :

- il n'est pas exact que les laboratoires pharmaceutiques auraient pris des initiatives spontanées rendant superflue toute concertation et promotion collective (supra, numéro 81) ;
- la question de savoir si les laboratoires pharmaceutiques peuvent conclure des contrats d'exclusivité avec un grossiste ou ont l'obligation d'avoir recours au système est hors de propos. Le caractère indispensable ou non du recours au système par les laboratoires pharmaceutiques n'est pas un élément constitutif de l'infraction ; la concertation était maintenue en dépit de quelques éventuelles exclusivités ;
- enfin, le fait que le système des TO n'ait plus été modifié après 2006 n'est pas pertinent non plus par rapport à la question de savoir si la concertation s'est maintenue après 2006.

97. En ce qui concerne la période entre le 3 avril 2014 et le 21 novembre 2016, la Communication des griefs (§343) renvoie à un document qui fait état de l'application de la marge de 5,1% par CERP pour la période du 1er juillet 2014 au 30 juin 2015 pour un laboratoire et un document fait état de l'application de cette marge pour un laboratoire encore en juin 2016 (§§344 et 347 de la Communication des griefs). Le dossier contient par ailleurs un document II-012 duquel il ressort que CERP a, le 28 mai 2015, utilisé une présentation rédigée par *[CONFIDENTIEL]*en 2009 pour présenter le système des TO et les conditions applicables à un client. Le Collège renvoie également aux §§ 521-522 de la PMD.

98. Comme il ne ressort pas de ces éléments que des contacts visant à mettre en œuvre la concertation se sont encore tenus après le 3 avril 2014, la thèse de l'auditeur pour soutenir que l'infraction a continué au-delà du 3 avril 2014 repose sur une jurisprudence européenne selon laquelle « … *en cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 101 TFUE soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de la cessation formelle des contacts collusoires* … » (arrêts du 15 juin 1976, EMI Records, 51/75, Rec. p. 811, point 30; EMI Records, 86/75, Rec. p. 871, point 27; EMI Records, 96/75, Rec. p. 913, point 15, et du 3 juillet 1985, Binon, 243/83, Rec. p. 2015, point 17. PMD, § 541).

99. CERP n'avançant pas d'éléments convaincants permettant de soutenir qu'elle se serait distanciée de l'infraction entre le 3 avril 2014 et le 21 novembre 2016, le Collège adhère à cette argumentation de l'auditeur qui permet, sur base des éléments repris ci-dessus, de soutenir que la participation de CERP à l'infraction s'est poursuivie jusqu'au 21 novembre 2016.

100. Le Collège conclut que l'infraction s'est poursuivie après le 13 octobre 2011 et que les faits relatifs aux TO ne sont pas prescrits.

iv) Infraction par objet

Analyse de l'auditeur

101. CERP a participé à une concertation avec les autres parties ayant pour objet de mettre en place conjointement une méthode uniforme de gestion des commandes passées par les pharmaciens dans le cadre des TO, où étaient définis le contenu des prestations effectuées par les parties dans ce cadre et les conditions commerciales applicables, notamment la marge bénéficiaire commune que les grossistes souhaitaient obtenir pour cette activité (PDM, §§234, 235, 238 - 245).

102. Quant aux faits, il y a eu très peu de cas de déviation par rapport à cette tarification commune, si ce n'est notamment à l'occasion d'octroi d'exclusivités en 2013 et 2014 (PMD, §§326, 327).

103. Quant à l'analyse juridique de l'auditeur, elle mène à la qualification d'infraction par objet parce que la concertation débouche sur un accord horizontal sur le prix pratiqué par les grossistes (PMD, §§869, 870, 886 à 889). L'auditeur reconnait les mérites du système des TO, mais les avantages pro-compétitifs que le système génère ne sont pas propres à l'accord entre tous les grossistes sur le niveau de leur rémunération.

104. L'auditeur argumente que la marge est une marge fixe et non, comme le défend CERP, une marge maximale en-dessous de laquelle les grossistes peuvent descendre (PMD §§292 à 310, 878, 879, 891, 1081, 1082).

Position de CERP

105. CERP défend la thèse que le système TO ne peut pas être une infraction par objet pour les raisons suivantes (OE de CERP, §§67 et s.) :

(i) Les grossistes-répartiteurs ne sont pas dans un rapport de concurrence entre eux, mais plutôt de complémentarité. La concertation incriminée ne visait donc pas à restreindre la concurrence entre grossistes-répartiteurs (OE de CERP, §94).

(ii) La concertation relative aux TO a l'objet pro-concurrentiel de créer un nouveau service offrant aux labos une alternative plus efficiente et moins coûteuse à la gestion en interne du suivi des ventes directes des laboratoires pharmaceutiques, dans le contexte précis de ventes directes caractérisées par des prix promotionnels pour les pharmaciens.

(iii) Une concertation qui produit le système TO, dont la PMD reconnaît expressément les mérites concurrentiels, ne saurait être considérée comme ayant un objet anticoncurrentiel.

(iv) La concertation relative aux TO ne correspond pas à la notion de restriction par objet. La restriction par objet requiert une forme de coordination révélant *« un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. Il doit s'agir de comportements dont « l'expérience montre » qu'ils « entraînent des*

réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs » (OE de CERP, §88).

106. Or, selon CERP, le caractère nocif des accords de fixation de prix concerne des accords par lesquels les parties cherchent à pousser les prix à la hausse, alors que l'objet du plafonnement de la marge maximale dans le système TO est exactement inverse : réduire considérablement la marge à laquelle les grossistes répartiteurs pouvaient prétendre afin d'offrir aux laboratoires pharmaceutiques un coût de gestion de leurs ventes directes qui soit plafonné et moins élevé que dans le cas où les laboratoires assument eux-mêmes la logistique de la distribution de leurs ventes directes.

107. CERP défend que la marge de 5,1% est une marge maximale et que chaque grossiste peut pratiquer une marge plus faible, notamment à l'occasion de l'octroi d'exclusivités (OE CERP, §§42, 44, 98 à 105. Réponse de CERP aux griefs §§32, 33).

Analyse du Collège

108. Même si l'on admet que les grossistes participant au système TO sont complémentaires pour assurer une bonne couverture territoriale ou laisser au pharmacien le choix de son grossiste, la pratique incriminée est un alignement des grossistes à la fois sur le contenu des prestations dans le cadre des TO et une marge fixe et non pas maximale (PMD, §§876 – 879, 1072 - 1081).

109. Il y a certes eu quelques déviations par rapport à la marge convenue. Dans la réponse de CERP à la Communication des griefs (§§32, 33), CERP fait état d'une exclusivité ou quasi-exclusivité accordée par quelques laboratoires à un grossiste et d'une tarification « plancher » (au forfait) d'un grossiste, Belmedis, tarification équivalant à une marge de 6%.

110. Il apparaît aussi, sur la base d'un email interne de CERP, que *[CONFIDENTIEL]* auraient proposé « *aux grands comptes, de leur redistribuer une partie de leur marge nette* » (OE de CERP, § 104).

111. Toutefois, des déviations ponctuelles et tricheries par rapport au prix convenu ne sont pas de nature à remettre en cause l'existence de la concertation.

112. En outre, la logique économique amène à constater que les grossistes ont d'autant moins d'incitant à se concurrencer en prix, donc sur le niveau de la marge, que les bénéfices liés aux TO peuvent, certaines années, faire toute la différence entre un résultat bénéficiaire ou une perte (OE de CERP, §48). Certes, «*Dans ce système, le grossiste-répartiteur perçoit donc une rémunération substantiellement inférieure à celle qu'il aurait perçue dans le cadre d'une répartition classique* » (OE de CERP, §48), mais le coût incrémental de l'activité TO est vraisemblablement minime, permettant au système des TO de générer une marge brute non négligeable.

113. CERP fait valoir que pour être considérée comme une restriction de concurrence « par objet », une forme de coordination doit révéler *« un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence »* (OE de CERP, §88).

114. L'infraction en cause est bien une infraction « par objet ». Une marge fixe entre concurrents horizontaux constitue un accord tarifaire nocif en prix.

115. En outre, dès lors qu'elles se concertaient sur la structuration du prix à pratiquer, les parties se sont interdites d'adopter un autre type de tarification (notamment, par exemple, une tarification forfaitaire

par livraison, indépendamment du montant des produits vendus). Les parties se sont entendues pour adopter une stratégie persistante de formation des prix basée sur un « cost-plus » calculé, non pas sur le prix de détail *All in* qui tient compte de la remise accordée par le laboratoire au pharmacien (et qui donc peut fluctuer au gré des remises accordées), mais sur le prix pharmacien qui est le prix utilisé dans le secteur (PMD, §§309 à 313 ; supra, numéro 60). La concertation sur les marges a empêché la concurrence de s'exprimer par d'autres modalités tarifaires.

116. Il y a donc atteinte significative à la concurrence en prix entre grossistes. La concurrence entre grossistes sur les autres aspects que le prix est également éliminée puisque les services prestés par les grossistes sont, par la concertation, identiques.

117. A titre tout à fait surabondant, le Collège relève que le Conseil français de la concurrence a déjà pu décider que : *« rien, dans la jurisprudence ne permet de penser qu'un prix maximal concerté dans le cadre d'une entente « horizontale » serait licite ; une telle pratique limite, en effet, la liberté commerciale des offreurs dans des conditions dont il n'est pas certain que les consommateurs bénéficient. Par exemple, un prix plus élevé que le maximum imposé pourrait soit permettre d'offrir un meilleur service, soit donner à l'entreprise des ressources l'autorisant à proposer un autre produit à un prix plus bas ou de meilleure qualité »* (Conseil français de la concurrence, Avis n° 01-A-13 du 19 juin 2001 relatif à une demande d'avis de l'Union Fédérale des Consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire, p. 6).

118. CERP argumente que le système TO, en réduisant le coût des ventes directes, a stimulé la concurrence horizontale par les ventes directes entre les laboratoires pharmaceutiques.

119. Pour le Collège, ces gains d'efficience au niveau des laboratoires, pour autant qu'ils soient avérés, peuvent être obtenus par le système des TO sans la pratique infractionnelle.

IV.3.2 Vaccins

IV.3.2.a Le Grief

Analyse de l'auditeur

120. Le grief est la détermination par voie de concertation entre les grossistes de trois paramètres commerciaux à appliquer aux pharmaciens pour les ventes de vaccins contre la grippe pendant les périodes de prévente :

121. CERP et les autres parties se sont en effet concertées sur les remises accordées aux pharmaciens, sur la possibilité ou non de retours des vaccins contre la grippe invendus et sur la délimitation de la période des préventes (PMD, §§547 et 549 ; par exemple, PMD, §654 pour la saison 2009 – 2010).

122. L'auditeur distingue deux périodes :

- Une concertation multilatérale suivie de 2003 jusqu'à la saison 2010 – 2011, qui ne fait aucun doute pour l'auditeur (PMD, §§566-568).
- Ensuite, l'infraction consiste, dans l'analyse de l'auditeur, en l'application des termes de la concertation jusqu'en 2016 (PMD, §591).

Position de CERP

123. CERP reconnait les échanges qui ont lieu entre tous les grossistes-répartiteurs au sujet des préventes des vaccins contre la grippe au cours des saisons vaccinales de 2003 à 2010 et renvoie à cet égard aux paragraphes 631 à 670 de la PMD (OE de CERP, §281). La dernière concertation multilatérale a eu lieu le 3 mai 2010 (OE de CERP, §300).

124. Après la cessation de la concertation annuelle sur une base multilatérale en 2010, celle-ci s'est poursuivie sur une base bilatérale entre *[CONFIDENTIEL]* après 2010. CERP n'a plus participé à la concertation et son comportement concernant les modalités de distribution des vaccins a été différent de celui de *[CONFIDENTIEL]* (OE de CERP, §294).

125. Au demeurant, la politique commerciale de CERP concernant les préventes n'a jamais varié dans le temps. Par exemple, concernant les retours de vaccins invendus, CERP n'a jamais accepté de les reprendre. Cette politique commerciale de CERP s'explique par le fait que le virus de la grippe mute annuellement de telle sorte que les vaccins invendus d'une saison déterminée sont inutilisables les saisons suivantes.

126. Pour CERP, les faits sont prescrits. En effet, une procédure d'instruction menée par l'Auditorat ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans avant la date de la décision de l'Auditeur Général de procéder à une instruction d'office, c'est-à-dire le 13 octobre 2016. Il s'ensuit que l'instruction ne peut porter que sur des faits postérieurs au 13 octobre 2011 (OE de CERP, §132). Or, la dernière concertation multilatérale date du 3 mai 2010.

Evaluation du Collège

127. Concernant la période de 2003 à 2010 de concertation multilatérale, CERP a adopté un comportement identique à celui des autres grossistes concernant les trois paramètres de la distribution des vaccins : les remises accordées aux pharmaciens, l'absence de retours des vaccins contre la grippe invendus et la délimitation de la période des préventes.

128. Pendant cette période, CERP a participé à l'infraction à l'article 101 TFUE et à l'article IV.1 du CDE.

129. Concernant toute la période après la concertation multilatérale du 3 mai 2010, CERP invoque la prescription prévue à l'article IV.91 CDE. Le Collège se doit de vérifier si et dans quelle mesure, après cette date, CERP a participé ou non à la concertation avec les autres grossistes et a dévié de manière significative du comportement de *[CONFIDENTIEL]* ou non.

130. Le Collège consacre dès lors ci-dessous une analyse distincte sur la fin de la participation à l'infraction de CERP et partant, sur la prescription.

IV.3.2.b Fin de la participation de CERP à l'infraction

Analyse de l'auditeur

131. L'auditeur renvoie notamment au paragraphe 390 de sa Communication des griefs qui fait état de réunions entre grossistes entre avril 2003 et le 21 avril 2009 et même le 2 mai 2011 (PMD, §732) et il fait encore état d'une concertation le 3 mai 2010 portant sur les réductions à accorder (ou pas) pour les différents vaccins pour la saison 2010 – 2011 (PMD, §664).

132. Après ces dates, l'objet de la concertation était appliqué spontanément par tous les grossistes (Communication des griefs, §§399-400).

133. L'auditeur considère qu'il suffit que tous les grossistes appliquent encore cet accord après 2010, fût-ce de manière tacite, pour que l'infraction soit établie après 2010 (PMD, §§734, 736 ; Communication des griefs, §413).

134. Afin de démontrer que la fin des contacts actifs en 2010-2011 ne signifie pas que l'entente a pris fin, l'auditeur renvoie à la jurisprudence européenne, principalement à l'arrêt de la Cour dans l'affaire T-Mobile (C8/08, §§60 et 61), aux arrêts du Tribunal et de la Cour dans l'affaire Acerinox (T-48/98, §§47 et s. et C-57/02 P, §§55 et s.) et à l'arrêt de la Cour dans l'affaire Quinn Barlo (C-70/12 P, §40).

135. L'auditeur conteste ensuite la thèse de CERP, basée sur la décision de la Commission dans l'affaire Chlorure de Choline (Décision de la Commission du 9 décembre 2004, Affaire COMP / E-2 / 37.533, PMD, §754) et de ses conséquences concernant l'absence de preuves de contacts ou de réunions après 2010, thèse selon laquelle CERP peut bénéficier de la prescription prévue à l'article IV.91 CDE.

136. L'auditeur cite à cette fin un passage particulièrement pertinent de l'arrêt du Tribunal suite à cette décision Chlorure de Choline (PMD, §762) :

« … En effet, selon une jurisprudence constante, le régime de concurrence instauré par les articles 81 CE et 82 CE s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique. Par conséquent, dans le cas d'ententes qui ont cessé d'être en vigueur, il suffit, pour que l'article 81 CE soit applicable, qu'elles poursuivent leurs effets au-delà de leur cessation formelle (voir arrêts du Tribunal du 29 juin 1995, Solvay/Commission, T-30/91, Rec. p. II-1775, point 71, et du 11 décembre 2003, Ventouris/Commission, T-59/99, Rec. p. II-5257, point 182, et la jurisprudence citée). Il en découle que la durée d'une infraction ne doit pas être appréciée en fonction de la période pendant laquelle un accord est en vigueur, mais en fonction de celle pendant laquelle les entreprises incriminées ont adopté un comportement interdit par l'article 81 CE ».

137. L'auditeur conclut que, en dépit du fait que CERP n'a plus participé à la concertation après 2010, et en dépit du fait que CERP a appliqué des conditions différentes de [CONFIDENTIEL] pour un vaccin (Inflexal : 20% de remise pour CERP / 10% pour les 3 autres grossistes – Communication des griefs, §471), le comportement infractionnel de CERP a continué après 2010 (PDM, §738).

138. L'auditeur considère donc que, pour les saisons postérieures à la saison 2010-2011, tant qu'il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe, l'infraction peut être considérée comme continuée dans le chef de CERP sans qu'aucune concertation ne soit nécessaire à cet effet (PMD, §750).

139. Pour montrer que la pratique relative aux vaccins contre la grippe avait été effectivement mise en œuvre de 2003 à 2016, l'auditeur renvoie (PMD, §610) à sa Communication des griefs (§§399 – 413 et section V.2.3.b). Cette section V.2.3.b de la Communication des griefs montre que tous les grossistes ont participé à la concertation jusqu'à la saison 2010 – 2011. Pour les saisons ultérieures, l'auditeur constate qu'il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe (PMD, §§599 –

605 ; par exemple pour la saison 2011 – 2012 : PMD, §673 ; pour la saison 2012 – 2013 : PMD, §681; pour la saison 2013 – 2014 : PMD, §688 ; pour la saison 2014 – 2015 : PMD, §696 ; pour la saison 2015 – 2016 : PMD, §702).

140. Ainsi, selon l'auditeur, la date de la mi-mai est appliquée comme début de la période de préventes pour les différentes saisons, en particulier pour la saison 2009 – 2010 jusqu'à la saison 2015 – 2016 (PMD, §§631 et s.).

141. L'auditeur rejette également l'argument de CERP selon lequel, vu le caractère annuel de l'administration des vaccins, il y aurait nécessairement eu des réunions annuelles si la concertation entre grossistes s'était poursuivie après mai 2010 (PMD, §§597 et s.; §724).

142. L'auditeur renvoie en outre à la jurisprudence européenne (arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, Sarrio contre Commission C-291/98, point 50) qui souligne qu'il faut se distancier des termes de la concertation pour qu'on puisse considérer qu'elle a pris fin, alors que CERP ne s'est jamais distancié des termes de la concertation (PMD, §733). CERP n'a donc pas prouvé qu'elle n'avait plus participé à l'entente.

143. L'auditeur renvoie aussi à la jurisprudence européenne selon laquelle, dans le cadre d'une entente, le fait que les membres puissent tricher n'a pas pour conséquence d'infirmer l'existence de l'infraction, ni d'infirmer la participation à l'infraction des entreprises qui « trichent » (PMD, §738).

144. L'auditeur se base aussi sur la déclaration de clémence de CERP du *[CONFIDENTIEL]*pour constater que CERP a participé à l'entente pendant toute la période entre le 4 avril 2003 et la date des perquisitions (PMD, §729).

Analyse de CERP

145. L'analyse de CERP peut être décomposée en 4 points (OE de CERP, §307) : (i) une concertation annuelle est nécessaire ; (ii) le comportement commercial de CERP après 2010 ne manifeste en rien une continuation des effets de la concertation ; (iii) la preuve de l'existence d'une concertation est un élément indispensable d'une infraction consistant en une pratique concertée ; or CERP n'a pas respecté les termes de la concertation après 2010 ; (iv) La jurisprudence européenne soutiendrait l'analyse de CERP.

146. Concernant l'étape (i) de l'argumentation de CERP, une concertation annuelle s'avère nécessaire pour faire appliquer de manière uniforme les trois modalités de la distribution des vaccins (pas de ristourne au-delà des remises de labos, dates des préventes, non reprise des invendus). En effet, tous les contacts infractionnels entre tous les grossistes-répartiteurs jusqu'à la saison 2010-2011, ont un caractère annuel (OE de CERP, §311). Les contacts après la saison 2010 – 2011 sont des contacts bilatéraux entre [CONFIDENTIEL] et sont également annuels (OE de CERP, §§294 – 296). Cela réfute l'argument de l'auditeur que des contacts annuels ne sont pas nécessaires (OE de CERP, §§313-314). L'auditeur doit donc prouver l'existence de contacts annuels impliquant CERP s'il veut incriminer un comportement infractionnel dans son chef après la saison 2010-2011. [CONFIDENTIEL]

147. CERP ne conteste pas sa participation à la concertation concernant la distribution des vaccins pour les saisons 2003-2004 à 2010-2011 (PMD, §662 ; annexes 3 et 12 de la réponse du 31 octobre 2019 de CERP). Le dernier contact entre CERP et les autres grossistes-répartiteurs au sujet des préventes des vaccins

contre la grippe pour la saison 2010-2011 est un e-mail envoyé le 3 mai 2010 par *[CONFIDENTIEL]*aux autres grossistes (OE de CERP, §300).

148. Le dernier contact entre tous les grossistes n'est pas une réunion convoquée pour le 2 mai 2011, parce que rien n'indique dans le dossier que cette réunion ait eu lieu (PMD, §676; OE de CERP, §300, note infrapaginale 232).

149. La dernière saison au cours de laquelle CERP a participé à des discussions avec les autres grossistes-répartiteurs est donc la saison 2010-2011 dont les préventes se sont terminées le 15 juin 2010 (OE de CERP, §301).

150. Concernant l'étape (ii) de l'argumentation de CERP, elle consiste à défendre que, pour les années ultérieures, une simple application par CERP de modalités ayant fait l'objet dans le passé de contacts entre tous les grossistes ne suffit pas pour établir que CERP a participé à une concertation. D'ailleurs, certaines modalités ayant fait l'objet de la concertation annuelle comme la non reprise des invendus, s'expliquent par le fait que le virus de la grippe mute annuellement et ces modalités sont inhérentes à l'activité de CERP dans des produits pharmaceutiques réfrigérés autres que les vaccins pour lesquels la chaîne du froid ne peut pas être interrompue (OE de CERP, §§331, 332 et 334). Par conséquent, les vaccins invendus d'une saison déterminée sont inutilisables les saisons suivantes. La non reprise des invendus ne constitue donc pas l'application d'un des termes de la concertation (OE de CERP, §336).

151. Après 2010, CERP s'est donc comporté comme avant l'entente et de la même façon que pour d'autres produits.

152. Concernant l'étape (iii) de l'argumentation de CERP, CERP met en avant les nombreuses déviations dans son chef par rapport aux modalités qui avaient fait l'objet de la concertation jusqu'en 2010 : facilités de paiement accordées aux pharmaciens, dates des préventes différentes de celles de *[CONFIDENTIEL]*, conditions commerciales différentes pour les vaccins (OE de CERP, §§333, 337, 340, 341, 344).

153. En mai 2013 par exemple, *[CONFIDENTIEL]* constatent que CERP a commencé ses préventes avant le 15 mai. Il ressort de documents du dossier (OE de CERP, §338 document GV-6) que *[CONFIDENTIEL]* sont très mécontents de ce fait.

154. Concernant l'étape (iv) de l'argumentation de CERP, CERP invoque la jurisprudence européenne pour souligner que *« la notion de pratique concertée suppose effectivement l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité »* (OE de CERP, §§348 et s.).

Analyse du Collège

155. La PMD (§§ 610, 732) renvoie à la section V.2.2.b et à la section V.2.3.b de la Communication des griefs. La section V.2.2.b se réfère à une série de réunions, dont l'avant-dernière date du 21 avril 2009 et la dernière daterait du 2 mai 2011. Comme relevé plus haut (numéro 60, PMD, §676; OE de CERP, § 300), rien n'indique que cette réunion du 2 mai 2011 ait eu lieu.

156. La section V.2.3.b montre que tous les grossistes ont participé à la concertation jusqu'à la saison 2010 – 2011.

157. Ces sections de la Communication des griefs ne contiennent donc aucun élément démontrant que CERP a continué à participer à la concertation après 2010 ou en tous les cas après l'éventuelle réunion du 2 mai 2011 ou après le 30 juin 2011, date de fin de la prévente pour la saison 2010-2011.

158. L'auditeur se réfère à l'arrêt de la Cour du 16 novembre 2000 (Sarrio contre Commission C-291/98, point 50 ; voir ci-dessus numéro 142) et souligne qu'une entreprise doit se distancier des termes de la concertation pour qu'il puisse être considéré qu'elle a pris fin. Le Collège estime que ce précédent n'est pas pertinent en l'espèce où 4 entreprises étaient parties à l'entente jusqu'en 2010 (avant la fusion le 1er avril 2018 entre [CONFIDENTIEL].) mais où, pour la période postérieure à la saison 2010 – 2011, l'auditeur considère deux situations différentes : d'une part, [CONFIDENTIEL] et, d'autre part, la situation de CERP, pour laquelle l'infraction ne continuerait que du simple fait qu'elle met en œuvre les termes de la concertation, sans participation active (c'est-à-dire sans contacts avec les autres parties à la concertation).

159. Sur la base de la jurisprudence européenne qu'il cite, l'auditeur défend que la fin des contacts actifs ne signifie pas que l'entente a pris fin, pourvu que les parties continuent à appliquer les termes de l'entente ; et l'auditeur considère que, pour les saisons ultérieures à 2010 - 2011, il apparait que CERP est l'une des parties qui a appliqué les accords auparavant convenus par les parties concernant les conditions commerciales pour les préventes des vaccins contre la grippe.

160. Le Collège constate néanmoins que CERP a commis de nombreuses déviations par rapport aux modalités qui avaient fait l'objet de la concertation jusqu'en 2010, et a eu un comportement clairement différent de celui de *[CONFIDENTIEL]*, alors que des contacts suivis se sont poursuivis entre ces seuls deux grossistes.

161. Le Collège mentionne à cet égard les OE de CERP (§338) qui relatent notamment, à l'occasion des préventes de mai 2013, la réaction agressive de *[CONFIDENTIEL]* qui se plaignent du comportement de CERP sur le marché des vaccins et de ne même pas pouvoir joindre l'acheteur de CERP. Le Collège considère cette pièce ambigüe et ne pas suffire à établir la thèse de l'auditeur. La difficulté de communication qui est évoquée peut aussi bien refléter l'existence de contacts après 2010 que l'absence de contacts avec CERP depuis une longue période.

162. Quant à l'argument de CERP [CONFIDENTIEL], le Collège comprend qu'il s'agit d'une mesure de prudence de la part de l'auditeur dans ce premier cas de procédure hybride, impliquant une ou des décisions de transaction et une procédure au fond devant l'Autorité belge de la concurrence. *[CONFIDENTIEL]*

163. Le Collège conclut ne pas disposer d'éléments pour conclure que CERP a continué à participer à l'entente infractionnelle après la fin des contacts, c'est-à-dire au-delà d'une éventuelle réunion du 2 mai 2011 ou du 30 juin 2011, date de fin de la prévente pour la saison 2010-2011 :

- Après 2010, la concertation active ne continue qu'entre deux acteurs autres que CERP (ci-dessus, numéros 152 et 153).
- CERP a mis en œuvre des termes commerciaux différents de ceux de l'entente à de nombreuses reprises après 2010 : facilités de paiement accordées aux pharmaciens (OE de CERP, §333), dates des préventes différentes de celles de [CONFIDENTIEL] (OE de CERP, §§340 et 341), remises différentes pour les vaccins (OE de CERP, §344).

- Il y a une manifestation de vif mécontentement de ces deux acteurs en 2013 à propos du comportement de CERP sur le marché (ci-dessus, numéro 153).

164. Sur la base de ces éléments, le Collège constate qu'il n'y a pas d'éléments de preuve convaincants que, dans le cas de CERP, les faits constitutifs de l'infraction se manifestent encore au-delà du 2 mai 2011 ou du 30 juin 2011.

165. Ce constat est, dans le cas de CERP, apparemment contradictoire avec les déclarations de clémence subséquentes.

166. Il est exact que dans leurs déclarations, les demandeurs de clémence ont chacun reconnu avoir participé à la pratique relative aux vaccins contre la grippe du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016 pour CERP et [CONFIDENTIEL], et du 4 avril 2003 au 19 octobre 2016 pour [CONFIDENTIEL].

167. La PMD (§731) renvoie sur ce point à la déclaration de clémence de *[CONFIDENTIEL]* qui *« [CONFIDENTIEL]»*.

168. La PMD (§729) renvoie par ailleurs à un extrait de la déclaration de clémence de CERP du *[CONFIDENTIEL]*.

169. Toutefois, il ressort du paragraphe 163 ci-dessus que les faits constatés et l'analyse menée par le Collège concernant la date de fin de l'infraction relative à la distribution des vaccins contre la grippe ne corroborent pas, dans le cas de CERP, le contenu de sa déclaration de clémence.

170. En ce qui concerne la déclaration de clémence des autres entreprises, le Collège n'y voit aucune indication de la participation de CERP. Ainsi, la déclaration de clémence précitée de *[CONFIDENTIEL]*, par laquelle celle-ci *«[CONFIDENTIEL]»*, n'implique pas CERP.

171. En ce qui concerne la déclaration de clémence de CERP, celle-ci est depuis revenue sur les termes de sa déclaration au motif qu'ils auraient été dictés par une considération purement opportuniste en lien avec la procédure transactionnelle en cours concernant l'infraction relative aux TO. CERP avance qu'elle espérait en effet que sa renonciation à se prévaloir de la prescription concernant les vaccins pourrait lui valoir une décision transactionnelle favorable concernant les TO (OE de CERP, §374). Aussi CERP avance-t-elle, s'étant retirée de la procédure transactionnelle pour les faits relatifs aux TO, que cette déclaration de clémence concernant la distribution des vaccins doit être écartée.

172. Dès lors que CERP revient sur sa déclaration de clémence et en demande l'écartement, le Collège doit en analyser la validité et sa valeur probante.

173. Dans les Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence, l'entreprise ne peut retirer sa demande que si le Président a rejeté la demande d'exonération totale, puis la demande d'exonération partielle (point 70 des Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence).

Au niveau européen, l'entreprise ne peut retirer sa demande que s'il s'agit d'une demande d'immunité et que les conditions d'octroi de l'immunité ne sont pas remplies (considérant 20 de la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, Journal Officiel 2006/C 298/11).

174. A contrario, une demande d'exonération partielle ne peut être retirée (voir AT.39258 – Airfreight, 17.03.2017, §104).

175. Le Collège estime donc que la déclaration de clémence de CERP *[CONFIDENTIEL]*ne peut être écartée.

176. Les informations fournies dans le cadre d'une déclaration de clémence doivent, comme toute autre information, être appréciées en fonction de leur caractère plus ou moins probant.

177. Ceci ressort notamment des Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence :

« (16) Afin de bénéficier d'une exonération partielle d'amendes, le demandeur de clémence doit : a. fournir des éléments de preuve du cartel présumé qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de l'ABC au moment de la demande, et b. se conformer à l'obligation de coopération détaillée à la Section IV.3 des Lignes directrices.

(17) La notion de valeur ajoutée significative vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature et/ou leur niveau de précision, la capacité de l'ABC à établir l'existence du cartel présumé. En principe, l'ABC estimera généralement que :

- les éléments de preuve datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments de preuve établis ultérieurement,

- les éléments de preuve se rapportant directement aux faits en cause ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments s'y rapportant indirectement, et

- les éléments de preuve qui sont suffisants par eux-mêmes ont une valeur plus élevée que les éléments de preuve devant être corroborés par d'autres sources en cas de contestation ».

178. Au niveau européen, la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (op. cit.) précise (nous soulignons) :

« La notion de "valeur ajoutée" vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée. Lors de cette appréciation, la Commission estimera généralement que les éléments de preuves écrits datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments de preuve établis ultérieurement. Les éléments de preuves à charge se rattachant directement aux faits en question seront le plus souvent considérés comme qualitativement plus importants que ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec ces derniers. De même, le degré de corroboration d'autres sources nécessaire pour pouvoir se fonder sur une preuve à l'égard d'autres entreprises impliquées dans l'affaire influera sur sa valeur, de sorte que les preuves déterminantes se verront attribuer une valeur plus élevée que les éléments de preuve tels que les déclarations qui doivent être corroborées si elles sont contestées ».

179. Vu l'ensemble des faits précités dont plusieurs semblent contraires au contenu de la déclaration de clémence, le Collège considère que les éléments exprimés dans cette déclaration de clémence concernant la durée de l'infraction de CERP, ne sont pas suffisamment probants.

180. Le Collège conclut, sur la base des éléments objectifs du dossier, que les faits constitutifs de l'infraction relatifs aux vaccins peuvent être considérés comme n'allant pas au-delà du 2 mai 2011 ou du 30 juin 2011, dates qui précèdent la date butoir de la prescription (13 octobre 2011). Les faits sont donc prescrits.

IV.4 Calcul de l'amende pour la pratique des TO.

IV.4.1 Assiette de l'amende

Analyse de l'auditeur

181. Pour le chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination du montant de base, les Lignes directrices de l'ABC de 2020 prévoient que doit être pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction (PMD, § 914).

182. Selon l'auditeur, l'assiette de référence correspondant au chiffre d'affaires réalisé par CERP en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction, est la valeur totale des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO (PMD, §924).

183. L'assiette de référence retenue par l'auditeur est la moyenne de la valeur des ventes réalisées par CERP entre 2003 et 2015 avec les pharmaciens dans le cadre des TO (PMD, §§922 – 923).

184. L'assiette prise en compte pour CERP est de [CONFIDENTIEL] euros (PMD, §924).

Position de CERP

185. Puisque l'infraction alléguée vise la concertation par laquelle les grossistes-répartiteurs se sont entendus pour établir des conditions standardisées pour la fourniture de prestations TO aux laboratoires pharmaceutiques, les ventes en relation directe avec cette infraction alléguée sont celles des services TO fournis aux laboratoires pharmaceutiques par les grossistes-répartiteurs. La rémunération de CERP pour la fourniture des services en question avoisine 5% du montant des ventes réalisées par les laboratoires pharmaceutiques dans le cadre des TO.

186. CERP fait valoir qu'il existe deux transactions distinctes :

(i) Les ventes facturées par CERP aux pharmaciens dans le cadre des TO sont des ventes réalisées par les laboratoires pharmaceutiques ;

(ii) Les ventes en relation avec la prétendue infraction sont celles des prestations TO fournies par les grossistes-répartiteurs aux laboratoires pharmaceutiques.

187. Concernant la première transaction (i), CERP souligne que, dans les TO, c'est exclusivement le laboratoire pharmaceutique qui détermine à quel pharmacien les produits sont proposés à la vente et à quel prix. C'est entre ces deux parties exclusivement que la vente est conclue, même si le rôle du grossiste-répartiteur inclut la facturation du prix *All-in* au pharmacien. Une vente directe prend ainsi place entre les laboratoires pharmaceutiques et les pharmaciens, pour des produits à des prix promotionnels dont la livraison et la facturation sont assurées par les grossistes-répartiteurs en tant qu'agents d'exécution, via le système TO.

188. CERP fait valoir que la concertation alléguée concerne uniquement les conditions de la deuxième transaction (ii). Selon CERP, la concertation porte sur une vente de prestations TO par les grossistes-répartiteurs aux laboratoires pharmaceutiques.

189. La valeur pertinente des ventes « en relation » avec l'infraction alléguée n'est donc pas le montant des ventes directes facturé par CERP aux pharmaciens pour le compte des laboratoires pharmaceutiques, ventes dont les grossistes-répartiteurs ne déterminent pas le prix, mais uniquement leur rémunération, par les laboratoires pharmaceutiques, du service TO fourni.

190. L'assiette de l'amende est donc le montant de la rémunération payée par les laboratoires à CERP pour le service TO (OE de CERP, §154). La moyenne de cette rémunération pour les années 2011-2015 est [CONFIDENTIEL] euros.

191. Enfin, CERP réfute l'analyse de l'auditeur selon laquelle la jurisprudence européenne Freight Forwarding est un précédent pertinent pour la présente affaire qui justifierait que l'assiette de l'amende soit la valeur totale des ventes des produits pharmaceutiques réalisées par CERP avec les pharmaciens dans le cadre des TO.

192. Dans Freight Forwarding, les prestataires du service en cause - les transitaires - s'étaient entendus pour introduire une surtaxe pour certaines prestations de dédouanement. En dépit du fait que la concertation ne portait que sur une des composantes du service de transit, la valeur des ventes retenue par la Commission pour le calcul de l'amende a été celle des ventes de services de transit facturées par les transitaires à leurs clients.

193. Selon CERP, l'affaire Freight Forwarding n'est pas pertinente pour le cas présent parce que dans le cas Freight Forwarding, il n'y avait qu'une seule transaction dans laquelle les transitaires fournissaient et facturaient pour compte propre leur service de transit à leurs clients finals, alors que dans la présente affaire, contrairement au cas Freight Forwarding, il y a deux transactions.

194. La première est, selon CERP, une vente directe aux pharmaciens par les laboratoires pharmaceutiques, de produits à des prix promotionnels dont la livraison et la facturation sont assurées par les grossistes-répartiteurs, via le système TO.

195. La deuxième est une vente de services TO par les grossistes-répartiteurs aux laboratoires pharmaceutiques. La concertation incriminée dans la présente affaire concerne uniquement les conditions de la deuxième transaction (OE de CERP, §§157, 158). Ceci justifie que l'assiette de l'amende soit le montant de la rémunération payée par les laboratoires à CERP pour le service TO.

Analyse du Collège

196. Le Collège constate que la définition du marché pertinent quant au produit, à laquelle tant l'auditeur que CERP ont consacré une analyse fouillée, a un effet décisif sur la détermination de l'assiette de l'amende.

197. Pour l'auditeur, les TO sont une variante du système de répartition classique full-line ; l'auditeur ne prend donc pas en compte le rôle des laboratoires dans les transactions de vente intervenant, dans le cadre des TO, sur le marché de détail (les pharmacies).

198. Pour CERP, en revanche, les TO sont une variante des ventes directes où ce sont les seuls laboratoires pharmaceutiques qui réalisent la vente des médicaments aux pharmacies.

199. Il convient que l'assiette de l'amende soit identifiée de la manière la plus précise possible (Conseil de la concurrence, déc. n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, aff. CONC-P/K-05/0065 : Base c. BMB, p. 53).

200. Pour le Collège, les TO constituent des prestations de services convenues entre les laboratoires pharmaceutiques et les grossistes, prestations qui sont distinctes de l'activité de répartition classique full-line et des ventes directes aux pharmacies (supra, numéros 59, 60 et 62).

201. Il est vrai que, dans le système des TO, ce sont les grossistes qui facturent aux pharmaciens. Cependant, le prix *All-in* qu'ils facturent n'a pas été négocié par eux mais par les laboratoires, et les grossistes ne facturent pas dans le cadre d'une seule transaction comme c'était le cas pour les transitaires dans l'affaire Freight Forwarding, mais interviennent dans le cadre d'une seconde transaction qui est la prestation de services TO par les grossistes-répartiteurs aux laboratoires pharmaceutiques. Au demeurant, dans le cadre de cette seconde transaction, les grossistes-répartiteurs et les laboratoires pharmaceutiques sont engagés dans un mécanisme de compensation si le prix *All in* facturé par les grossistes ne leur permet pas de recouvrer le prix de gros et de dégager leur marge.

202. La réponse de CERP à la Communication des griefs (§71) met en évidence la décision de la Commission européenne dans l'affaire Services de déménagements internationaux. CERP rappelle que cette décision visait le marché belge des déménagements internationaux vers ou à partir de la Belgique, où les seules parties à la concertation en cause étaient les déménageurs établis en Belgique. La question s'était posée de savoir si le chiffre d'affaires à retenir pour le calcul de l'amende devait comprendre les montants facturés par certains déménageurs belges en tant que sous-traitants de déménageurs étrangers qui n'étaient pas parties à la concertation. La Commission a répondu par la négative à cette question. Elle a accepté qu' *« une distinction doit être faite entre les déménagements internationaux pour lesquels les participants à l'entente menaient eux-mêmes les négociations commerciales et leurs activités en tant que sous-traitants dans un déménagement international »* (Décision de la Commission européenne du 11 mars 2008, Affaire 38543, Services de déménagements internationaux, para. 530). La Commission a donc décidé de ne pas retenir la valeur des ventes réalisées sur des contrats de sous-traitance dans la valeur des ventes en relation avec l'infraction car celles-ci étaient imputables uniquement aux déménageurs étrangers pour le compte desquels elles avaient été effectuées et n'étaient donc pas touchées par l'infraction.

203. Ce raisonnement emporte l'approbation du Collège. Pour le dire autrement, le Collège considère que la concurrence entre grossistes a été suspendue non sur les activités de revente de produits pharmaceutiques pour lesquelles la concurrence en prix entre laboratoires est effective et basée sur le montant des remises aux pharmaciens, mais sur les activités de services (transport et distribution) en aval des activités de vente.

204. En conséquence, le Collège estime que l'assiette de l'amende est le montant des seules ventes de services TO des grossistes aux laboratoires. C'est donc le montant de la rémunération payée par les laboratoires à CERP pour le service TO.

205. L'année de référence pour l'infraction est la dernière année complète de participation à l'infraction de l'entreprise visée.

206. L'infraction ayant perduré jusqu'au 21 novembre 2016 (supra, numéro 99), la dernière année complète de participation à l'infraction de l'entreprise visée est donc 2015. L'assiette de l'amende est [CONFIDENTIEL] euros (OE de CERP, §154).

IV.4.2 Calcul de l'amende

207. Concernant le facteur de gravité, l'auditeur retient 15%. Le Collège retient également ce pourcentage eu égard au fait qu'il y a eu coordination des deux principaux paramètres du système des TO : la marge, donc le prix des services prestés et la définition du contenu des prestations.

208. CERP invoque que le facteur gravité devrait être inférieur à 15% au motif que la pratique incriminée n'a pas eu d'effet sur le prix de vente final des médicaments (PMD, §§967 et 970). L'argument n'est pas pertinent parce que le marché de détail des médicaments n'est pas un marché concerné dans la présente affaire et les laboratoires pharmaceutiques qui définissent le prix des ventes directes aux pharmacies ne sont pas visés par la pratique incriminée.

209. CERP invoque aussi le fait que la pratique incriminée produit des effets bénéfiques dans le secteur de l'offre de services de suivi logistique des ventes directes, (OE de CERP, §187). Le Collège estime que ces effets bénéfiques découlent du système des TO, et non pas de la pratique incriminée.

210. Concernant le facteur durée, l'infraction a été commise du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016 (supra, numéros 95 et 99), soit 13 ans et 7 mois, c'est-à-dire un facteur durée de 13,58.

211. Le montant de base de l'amende est donc égal à [CONFIDENTIEL] x 0,15 x 13,58 = [CONFIDENTIEL] euros.

212. Les lignes directrices de la Commission européenne sur le calcul des amendes prévoient d'inclure en sus dans le montant de base, un montant compris entre 15 et 25% de la valeur des ventes concernées. L'Autorité belge de la concurrence applique ce montant additionnel notamment pour les accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marchés et de limitation de la production (PMD, §915).

213. Le Collège suit l'auditeur et applique un supplément pour l'effet dissuasif de 15% de [CONFIDENTIEL] euros, ce qui donne [CONFIDENTIEL] euros

214. Le montant de base de l'amende est égal à [CONFIDENTIEL] euros plus [CONFIDENTIEL] euros, soit [CONFIDENTIEL] euros.

215. L'auditeur accorde une réduction de 10% à titre de circonstances atténuantes eu égard au rôle des laboratoires qui ont facilité l'application de l'accord (PMD, §§946-948).

216. CERP demande une réduction de 60% à ce titre sur la base des arguments suivants (OE de CERP, §§199 à 207) :

- Les laboratoires étaient demandeurs des TO.
- CERP a joué un rôle passif et même mineur dans la concertation multilatérale.
- La pratique incriminée se caractérise par sa nouveauté.

- CERP est le plus petit des acteurs sur ce marché, avec une part de 10% et sa disparition du marché laisserait un duopole.

217. Le Collège estime qu'il n'est pas démontré que les laboratoires ont demandé que les grossistes s'entendent sur les termes de la concertation retenue. Par ailleurs, il n'est pas exact de soutenir que CERP a joué un rôle passif ou mineur dans l'infraction (PMD, §§495-504). Ensuite, le Collège ne souscrit pas à l'argument que la pratique incriminée est nouvelle puisqu'elle concerne un accord sur les prix et les prestations dans le cadre d'un service. Enfin, la circonstance qu'une amende aurait pour effet que CERP disparaisse du marché n'est pas une circonstance atténuante, qui pourrait être déduite du bon comportement de CERP.

218. Cette dernière circonstance peut certes être prise en compte par le Collège dans la détermination de l'amende, mais CERP ne démontre pas que l'amende entraînerait sa disparition du marché, en particulier dans le cas de l'amende imposée ici par le Collège.

219. Le Collège décide d'accorder une réduction de 10% au titre de circonstances atténuantes.

220. L'amende due pour la pratique relative aux TO s'élève donc à [CONFIDENTIEL] euros.

IV.4.3 La clémence

Analyse de l'auditeur

221. L'auditeur constate que CERP, au regard de ses observations en réponse à la Communication des griefs, ne répond plus à la condition de coopération qui s'impose à elle en vertu de la décision de clémence du président du *[CONFIDENTIEL]*.

222. Selon l'auditeur, la rupture de l'obligation de coopération qui justifie son rejet de l'exonération consiste en plusieurs éléments : la contestation par CERP de la qualification des faits dans ses observations sur la Communication des griefs, le manque d'initiatives, CERP aurait été avare en explications (PMD, §§1030 et 1031).

Analyse du Collège

223. Pour le Collège, il n'y a pas de raison de penser que CERP a masqué des informations dans ses réponses aux demandes de renseignement lorsque CERP répond qu'il n'a pas ou plus les documents lui permettant de répondre à certaines questions posées. Il n'y a pas non plus d'indices de déclarations trompeuses. CERP ne conteste pas tellement les faits que leur qualification par l'auditeur. Le Collège constate que CERP a fourni plus d'une vingtaine de documents et a sollicité l'acheteur en charge des TO, M. [CONFIDENTIEL].

224. Quant au montant de l'exonération, l'auditeur avait proposé une exonération de 45%. (Communication des griefs, §621). L'auditeur reconnait cependant que CERP a introduit rapidement sa demande de clémence (PMD, §955).

225. Le Collège relève que CERP a introduit sa demande le *[CONFIDENTIEL]*, tandis que [CONFIDENTIEL]ne l'a introduite que le *[CONFIDENTIEL]* , et a néanmoins bénéficié du taux maximum pour le deuxième demandeur de clémence (Type 2), c'est-à-dire 40% (Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence, numéro 19 b). Il serait donc équitable que CERP bénéficie aussi du taux maximum pour

le premier demandeur (Type 2), c'est-à-dire 50% (Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence, numéro 19 b).

226. Sur cette base, le Collège accorde une exonération de 50% de l'amende au titre de la clémence.

227. L'amende s'élève donc à 778.777,93 euros.

PAR CES MOTIFS

Le Collège de la concurrence, par application de l'article IV.52, §1, 2°/1 et IV.79, §1 CDE :

- constate que les pratiques relatives au système des Transfer Orders telles que décrites dans la Communication des griefs et la proposition motivée de décision et attribuées au Centre européen de répartition pharmaceutique SA (CERP) constituent une infraction par objet unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE, du 4 avril 2003 au 21 novembre 2016,
- impose une amende de 778.777,93 euros à l'entreprise CERP en application de l'article IV.79 CDE

Ainsi décidé le 23 octobre 2023 par le Collège de la concurrence composé de Christian Huveneers, Président du Collège, et Grégoire Ryelandt et Norman Neyrinck, assesseurs à l'Autorité belge de la concurrence.

Pour le Collège,

Christian Huveneers
Président

Annexe à la décision

Observations écrites déposées par CERP le 20 février 2023.

[CONFIDENTIEL]