

Autorité belge de la concurrence

Auditorat

Décision n° ABC-2019-P/K-35-AUD du 15 octobre 2019

Affaires CONC-P/K-10/0024 – CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024
et CONC-P/K-17/0030

I. Introduction

1. Cette décision est adressée à l'Ordre des pharmaciens, dont le siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles.
2. La décision du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le Code de déontologie et/ou de ne pas adopter d'avis ou de communication tendant à éclairer les instances disciplinaires dans leur interprétation des dispositions afin de remédier à des interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires en matière de publicité et de ristournes pourrait constituer une restriction de concurrence au sens des articles IV.1 du Code de droit économique et 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.
3. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur a considéré que cette décision pourrait poser question au regard des articles IV.1 CDE et 101 TFUE. Néanmoins, eu égard aux engagements offerts par l'Ordre des pharmaciens, la présente décision ne prend pas position sur la question de savoir si l'Ordre des pharmaciens a ou non enfreint le droit de la concurrence belge et/ou européen.

II. Association d'entreprises visée

4. L'Ordre des Pharmaciens a été créé par la loi du 19 mai 1949. Il est actuellement régi par les dispositions de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967. Il jouit de la personnalité juridique et est inscrit à la BCE sous le n° 0218.024.029. Son siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles. Il est constitué de plusieurs organes dont un, le Conseil national, est chargé de la rédaction des règles de déontologie.

III. Plaintes déposées

5. Le 20 août 2010, **Multipharma** et 7 pharmaciens ont déposé une plainte, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-10/0024, à l'encontre de l'Ordre des pharmaciens. Cette plainte vise tant les règles du Code de déontologie concernant la publicité et l'octroi de ristournes jugées restrictives de concurrence que l'application de ces règles par les instances disciplinaires. La plainte a été actualisée en date du 2 mars

2017. Elle vise les articles 15, 78, 100, 101, 103, 104 et 105 qui seraient contraires à l'article IV.1 du CDE (dispositions visant négativement la commercialité), ainsi que les articles 90, 92 et 99 bis (publicité, interdiction du démarchage), les articles 106 à 109 (limitations à l'octroi de ristournes) et, enfin, les articles 112 à 115 (limitations à l'utilisation de cartes de fidélité). Selon [confidentiel], il doit être fait interdiction à l'Ordre des pharmaciens, sous astreinte, de sanctionner les pharmaciens sur la base de ces articles.

6. Le 11 avril 2013, **V-Pharma** a déposé une plainte, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-13/0009, à l'encontre de l'Ordre des pharmaciens. Dans celle-ci, **V-Pharma** dénonce les pratiques restrictives de l'Ordre des pharmaciens tant dans sa politique normative que dans l'exercice de sa mission disciplinaire, celle-ci ayant débouché le 5 janvier 2012 sur des sanctions infligées à 28 pharmaciens salariés du groupe, en raison d'une campagne publicitaire (opération « **[confidentiel]** ») initiée en 2008-2009 pour promouvoir la vente de produits parapharmaceutiques. L'objectif de cette campagne visait l'octroi de rabais pour certains produits via un toute boîte dans la région de **[confidentiel]**, via une annonce sur la télévision locale (**[confidentiel]**) et via des panneaux visibles à l'extérieur de la pharmacie. Les sanctions prononcées concernent l'inéligibilité au Conseil de l'Ordre et, pour certains pharmaciens, avis négatifs concernant leur reconnaissance comme maîtres de stage par l'Université. Selon le plaignant, les règles en matière de publicité figurant dans le Code de déontologie et l'application qui en est faite sont restrictives de concurrence (Ristournes : article 109, alinéa 2 ; Cartes de fidélité, article 115 ; Démarchage de clientèle : article 92 ; règles relatives à l'information : articles 86 à 90).
7. Le 7 juillet 2017, la pharmacie **B.** et **[confidentiel]** ont déposé une plainte contre l'Ordre des pharmaciens. Celle-ci est enregistrée sous le numéro CONC-P/K-17/0024. La plainte fait suite à l'interdiction, imposée par l'Ordre, de recourir à Google AdWords, service utilisé pour référencer de manière préférentielle le site en ligne de la pharmacie B. ainsi que l'interdiction de faire toutes sortes de publicités. L'utilisation de Google AdWords est jugée par l'Ordre des pharmaciens comme constitutive de démarchage commercial à caractère publicitaire, interdit en vertu des articles 91, 92 et 93 du Code de déontologie. Le plaignant reproche à l'Ordre d'interpréter et appliquer ces dispositions dans ses décisions disciplinaires de telle manière qu'il peut interdire la publicité de manière générale et ce, au nom de la santé publique (éviter la surconsommation), du respect par le pharmacien des principes de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dans l'exercice de sa profession (article 5 du code), ainsi qu'au nom de la confraternité (article 105 du code). En première instance, **[confidentiel]** a été condamnée à un avertissement tandis qu'elle a fait l'objet d'une réprimande en appel.
8. Le 1^{er} septembre 2017, **Newpharma** a déposé une plainte auprès de l'auditorat. Celle-ci est enregistrée sous le numéro CONC-P/K-17/0030. Concrètement, **[confidentiel]**, pharmacienne titulaire de la pharmacie **[confidentiel]** située à **[confidentiel]** et présente en ligne, est régulièrement convoquée par le conseil provincial de **[confidentiel]** au sujet de la vente et de la publicité de produits parapharmaceutiques et de médicaments non soumis à prescription sur son site internet. Elle est en outre régulièrement inquiétée disciplinairement à ce sujet. Une sanction disciplinaire lui a été infligée pour avoir rétribué Google pour apparaître en haut de page (AdWords) et pour avoir toléré une

campagne publicitaire commerciale en faveur de l'officine dont elle assume la responsabilité. La publicité reprochée consiste en une campagne publicitaire sur le site de **Newpharma** et un spot télévisé en faveur du [confidentiel] et le fait d'avoir toléré l'installation de bannières [confidentiel] sur la page principale du site internet de [confidentiel]. Le 22 décembre 2016, le conseil d'appel d'expression francophone a condamné [confidentiel] à la sanction de la réprimande. Par ailleurs, en date du 13 décembre 2017, le conseil provincial de [confidentiel] a condamné [confidentiel] à une peine de suspension de trois jours pour avoir inséré, dans des colis de la société [confidentiel], des flyers présentant [confidentiel] et son offre accompagnés d'un bon de réduction¹. La pharmacienne [confidentiel] a également été convoquée pour être entendue en janvier 2018 concernant l'insertion de flyers présentant [confidentiel] et de bons de réduction dans des colis de la société [confidentiel]².

IV. Procédure

9. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, alors en vigueur, l'auditeur général a désigné, le 6 septembre 2013, en remplacement de Madame Marielle Fassin, auditeur, Monsieur Patrick Marchand, auditeur, comme auditeur en charge de l'instruction des affaires CONC-P/K-10/0024 et CONC-P/K-13/0009. En date du 3 avril 2017, l'auditeur général a désigné comme nouvel auditeur en charge de l'instruction de ces dossiers Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, et a affecté à l'instruction de ces affaires Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence.
10. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, alors en vigueur, l'auditeur général a désigné, en date du 11 juillet 2017, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-17/0024, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, « ABC »), afin d'accomplir les devoirs d'instruction.
11. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, alors en vigueur, l'auditeur général a désigné, en date du 21 septembre 2017, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-17/0030, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, « ABC »), afin d'accomplir les devoirs d'instruction.
12. Conformément à l'ancien article IV.29 CDE, alors en vigueur, Monsieur Benjamin Matagne, auditeur auprès de l'Autorité belge de la concurrence, a été désigné dans chacune de ces affaires comme second auditeur faisant partie de la cellule constituée pour chaque affaire que l'ABC décide de traiter.
13. Le 4 octobre 2017, une réunion a eu lieu entre l'auditeur et des membres du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens afin d'évoquer les grandes lignes des griefs retenus contre l'Ordre des pharmaciens dans le cadre de ces dossiers. A l'issue de cette réunion, le Conseil national a informé l'auditeur qu'une réflexion relative à la réforme du Code de déontologie était en cours en interne et que celle-ci veillerait à répondre aux préoccupations de l'auditorat.

¹ [confidentiel]

² [confidentiel]

14. Le 13 juillet 2018, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a communiqué à l'auditeur un projet de modification du chapitre 13 du Code de déontologie concernant l'information, la publicité et les pratiques commerciales ainsi qu'un projet de texte concernant les aspects déontologiques de la vente en ligne appelé à constituer la base du chapitre 14 du nouveau Code de déontologie.
15. Des explications sur la portée de la réforme envisagée par l'Ordre ont été apportées à l'auditeur au cours d'une réunion qui s'est tenue le 9 août 2018.
16. Le 24 août 2018, l'auditeur a transmis à l'Ordre des pharmaciens une communication des griefs contenant trois griefs distincts couvrant simultanément les dossiers CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030.
17. Le 25 juin 2019, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2019 portant modifications du livre I^{er} « Définitions », du livre XV « Application de la loi » et remplacement du livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique, l'auditeur général a, conformément au nouvel article IV.27 § 4 CDE, désigné Madame Stéphanie Strievi, conseiller, en tant qu'auditeur-conseiller.
18. Le 4 octobre 2019, l'auditeur a reçu des engagements de l'Ordre des pharmaciens concernant le troisième grief qui porte sur la décision qu'aurait prise le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le Code de déontologie et/ou de ne pas adopter d'avis ou de communication tendant à éclairer les instances disciplinaires dans leur interprétation des dispositions afin de remédier à des interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires en matière de publicité et de ristournes.
19. Quant au premier et deuxième griefs, l'auditeur a reçu une déclaration de transaction de l'Ordre des pharmaciens le 4 octobre 2019.
20. Le 15 octobre 2019, l'auditeur a adopté, après avis de l'auditeur-conseiller, conformément à l'article IV.46 §2 al. 1^{er}, 1^o CDE la présente décision.

V. Analyse préliminaire de l'auditeur

V.1 Définition du marché pertinent

V.1.1 Le marché pertinent des services

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

21. Afin d'analyser la compatibilité de décisions et/ou de règlements édictés par des Ordres professionnels avec les règles de concurrence, les instances compétentes procèdent à l'analyse de la distorsion éventuelle de concurrence sur le marché concerné. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, le marché de produits à prendre en considération comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés³.

³ Point 7 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5)

22. Dans sa décision relative à l'Ordre des architectes belges, la Commission a défini le marché des services en cause comme étant le marché des services prestés en Belgique par les architectes soumis au contrôle des instances de l'Ordre, lorsqu'ils agissent en qualité d'indépendant⁴.
23. Dans sa décision *Labco* à l'encontre de l'Ordre National des Pharmaciens, la Commission a défini le marché en cause comme étant le marché des services d'analyse de biologie médicale en France, soit le marché sur lequel les pharmaciens ont, avec les médecins biologistes, un monopole d'exercice et de gestion⁵.
24. En 2007, le Conseil de la concurrence avait considéré, dans une affaire impliquant l'Ordre des pharmaciens, que le marché pertinent était celui des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'Ordre, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires⁶.
25. De manière générale, on remarque que, dans le cadre d'affaires comparables à celle en cause, les marchés concernés ont été définis soit en référence au marché sur lequel les membres d'un ordre professionnel exercent leur activité⁷, par exemple le marché des services de biologie médicale, soit en référence au marché impacté par le règlement ou la décision, par exemple le marché de la formation obligatoire des experts-comptables⁸.

V.1.1.b Analyse et conclusion de l'auditeur

26. Dans son évaluation préliminaire, l'auditeur a considéré que le marché en cause est le marché des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'Ordre, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires.

V.1.2 Le marché géographique pertinent

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

27. La Commission a, dans sa décision du 24 juin 2004 concernant l'Ordre des Architectes belges, jugé que la décision de l'Ordre est applicable sur tout le territoire belge. Il est ainsi implicitement considéré que le marché géographique pertinent est le territoire belge⁹.
28. De manière similaire, dans sa décision concernant les services d'analyse de biologie médicale, la Commission a estimé que le marché géographique concerné était le territoire français sur lequel les pharmaciens et médecins biologistes impactés ont un monopole d'exercice¹⁰.
29. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt du 18 juillet 2013 concernant le Consiglio nazionale dei geologi, considéré que : « *Une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère*

⁴ Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004, COMP/A.38549, *Ordre des architectes belge*, § 25.

⁵ Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, §5.

⁶ Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 36.

⁷ TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11 (Ordre national des pharmaciens). Voy. aussi la décision de la Commission dans la même affaire (Décision de la Commission du 8 décembre 2010, Ordre national des pharmaciens, affaire 39510, dite « *Labco* »).

⁸ Voy. notamment, CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, §§ 78-82.

⁹ Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004, COMP/A.38549, *Ordre des architectes belges*, § 101.

¹⁰ Décision de la Commission du 8 décembre 2010, Ordre national des pharmaciens, affaire 39510, dite « *Labco* », §7.

national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité. Tel peut être l'effet de la décision d'association d'entreprises en cause au principal dès lors que le droit italien prévoit une appartenance obligatoire, sur l'ensemble du territoire de la République italienne, des géologues à l'ordre professionnel, ce qui implique leur soumission à des règles déontologiques et leur responsabilité disciplinaire pour la méconnaissance à ces règles »¹¹. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une décision d'un ordre professionnel à laquelle les membres sont obligés d'appartenir par la législation nationale s'étend à l'ensemble du territoire d'un Etat membre. De même, dans son arrêt du 28 février 2013, la Cour de justice n'a pas contesté la définition donnée par l'AdC qui a estimé, par rapport à un règlement de l'ordre professionnel des experts comptables concernant la formation de ceux-ci, que le marché géographique était le territoire national¹².

30. Dans sa décision du 26 octobre 2007 concernant l'Ordre des pharmaciens, le Conseil de la concurrence a considéré que les normes déontologiques et les communications édictées par l'Ordre des pharmaciens ont un caractère national¹³.

V.1.2.b Analyse et conclusion de l'auditeur

31. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur a considéré que, dans la mesure où sont en cause des agissements de l'Ordre des pharmaciens, institution qui a vocation à agir sur l'ensemble du territoire belge, le marché géographique pertinent est le territoire belge¹⁴.

V.2 Les pratiques soulevant des problèmes de concurrence

32. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur a constaté que les instances disciplinaires ont, sur base d'articles du Code de déontologie, rendu de nombreuses décisions qui empêchent les pharmaciens d'avoir recours aux principaux mécanismes d'animation du jeu concurrentiel. En ne réformant pas le Code de déontologie à la suite de ces interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires dont il a eu connaissance, le Conseil national de l'Ordre aurait endossé les interdictions généralisées qui en résultent.
33. Plus précisément, l'interprétation opérée par les instances disciplinaires de l'Ordre d'une série de dispositions du Code de déontologie édictées par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens restreindrait de manière substantielle le jeu concurrentiel entre pharmaciens à plusieurs égards, à savoir (i) en limitant fortement la publicité permise et (ii) en limitant fortement la capacité des pharmaciens d'accorder des ristournes, alors que ces mécanismes sont essentiels pour animer le jeu concurrentiel entre pharmaciens dans un secteur où la concurrence est déjà affaiblie par le haut degré de réglementation. Cette restriction substantielle de la concurrence serait probablement liée aux modes de saisine des instances disciplinaires. Si ceux-ci ne sont pas critiquables en soi, l'auditeur remarque que les plaintes de pharmaciens, source principale des procédures disciplinaires, sont la plupart du temps initiées afin de préserver leurs propres intérêts matériels, voire une certaine

¹¹ CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, §§ 50-51.

¹² CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, § 23.

¹³ Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 38.

¹⁴ Comp. avec Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 37

organisation économique de la profession, et tendent ainsi à freiner la concurrence provenant de pharmacies voisines.

34. Sans tendre à l'exhaustivité, l'auditeur met en exergue l'utilisation combinée par les instances disciplinaires des dispositions suivantes. Il s'agit tout d'abord de dispositions visant négativement la «commercialité» :

- a) l'article 15 énonce que le pharmacien « *exerce avant tout une profession de soins de santé dont l'activité ne peut être confondue avec l'exploitation d'un commerce. Dans l'intérêt de la santé publique et afin de ne pas nuire à la confiance du patient, il préserve son activité professionnelle de toute dérive commerciale* » ;
- b) l'article 78 précise que « *le pharmacien veille constamment à ce que son officine conserve son identité propre liée aux impératifs de santé publique. Il veille à ce que son officine ne soit pas réduite à un espace purement commercial. A cet effet, il préfère un agencement sobre et fonctionnel. Il en sera de même dans le mode de présentation et la publicité de ses produits* » ;
- c) l'article 100 prévoit que « *dans l'intérêt du patient et de la santé publique, la commercialisation de l'Art pharmaceutique, visant uniquement à inciter à la consommation de médicaments, ne peut être tolérée* » et l'article 101 définit le rôle essentiel du pharmacien comme étant celui « *de garantir à la population des soins pharmaceutiques de qualité et (celui) de prodiguer des conseils de santé adéquats*», et lui impose en conséquence de s'abstenir « *de pratiques commerciales qui, sans être répréhensibles ou illégales, donnent de l'exercice de l'Art pharmaceutique une vision mercantile et sont de nature à altérer sa crédibilité et la relation de confiance avec le patient* » ;
- d) l'article 101 indique que « *le rôle essentiel du pharmacien et sa mission sociale sont de garantir à la population des soins pharmaceutiques de qualité et de prodiguer des conseils de santé adéquats. A cette fin, le pharmacien s'abstient de pratiques commerciales qui, sans être répréhensibles ou illégales, donnent de l'exercice de l'Art pharmaceutique une vision mercantile et sont de nature à altérer sa crédibilité et la relation de confiance avec le patient* » ;
- e) l'article 106 prévoit que « *l'octroi de la ristourne, procédé essentiellement commercial, constitue une pratique de concurrence qui ne peut être tolérée que si elle est appliquée avec la nécessaire réserve et avec discrétion afin de respecter les règles essentielles de la profession* » ;
- f) l'article 109 précise que « *les modalités de la ristourne ne peuvent pas réduire l'exercice de la Pharmacie à celui d'un commerce quelconque. A ce titre, toute forme de publicité pour la ristourne est interdite* ».

35. Il s'agit ensuite de l'existence d'objectifs généraux, repris aux articles 3 et 5 du Code de déontologie, qui sont utilisés pour restreindre, voire interdire le recours à différents mécanismes de publicité. Les articles 3 et 5 du Code de déontologie prévoient que :

- a) le pharmacien « *agit toujours dans un esprit de loyauté, de collégialité et de confraternité* » (article 3);
 - b) le pharmacien « *respecte les principes de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dans l'exercice de sa profession* » (article 5).
36. Ces articles seraient utilisés depuis de nombreuses années pour justifier les sanctions adressées aux pharmaciens ayant octroyé un taux élevé de ristournes¹⁵ à une catégorie de patients¹⁶, cette pratique étant jugée caractéristique « *de quelques entreprises largement structurées* »¹⁷. Ils seraient également utilisés pour sanctionner des pharmaciens ayant pratiqué des activités à caractère publicitaire¹⁸.
37. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur a considéré que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, disposant de la faculté de clarifier l'interprétation des règles du Code de déontologie qu'il a lui-même édictées, aurait dû réagir face à ces excès et communiquer à l'égard des instances disciplinaires et des pharmaciens que ces interprétations des normes déontologiques menaient à des restrictions de concurrence, en limitant *de facto* les possibilités pour les pharmaciens d'offrir des ristournes et en restreignant les publicités admissibles¹⁹. En effet, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est expressément chargé par le législateur d'adapter le Code de déontologie à la suite de la jurisprudence des instances disciplinaires²⁰.

V.3 Analyse juridique préliminaire au regard des articles 101 § 1er TFUE et IV.1 § 1er CDE

V.3.1 Introduction

38. Les décisions de l'Ordre des pharmaciens faisant l'objet de l'instruction sont susceptibles de violer les articles IV.1 du Code de droit économique (ci-après : « CDE ») et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et donc d'entrer dans leur champ d'application.
39. L'article 101 paragraphe 1^{er} TFUE interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.
40. L'article IV.1. CDE a été rédigé de manière identique à l'article 101 TFUE, à l'exception du fait que l'article IV.1. CDE ne contient pas la condition du commerce entre États membres.
41. Par conséquent, outre la condition susmentionnée, toutes les conditions à remplir pour l'application de l'article 101 TFUE le sont également pour l'application de l'article IV.1. CDE.

¹⁵ A savoir un taux de 30% sur des médicaments octroyé à un résident d'une maison de repos ([confidentiel]).

¹⁶ [confidentiel]

¹⁷ [confidentiel]

¹⁸ [confidentiel]

¹⁹ Il arrive en effet au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de publier des avis clarifiant l'interprétation des règles du Code de déontologie. [confidentiel]

²⁰ Voy. article 15 § 2, 1° de l'arrêté royal n° 80 relatif à l'Ordre des pharmaciens

42. Dans la suite de cette section, seront respectivement abordées les conditions d'association d'entreprises et de décision restrictive de concurrence. Il sera ensuite question de l'applicabilité ou non de la jurisprudence Wouters et de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres.

V.3.2 Association d'entreprises

V.3.2.a Principes

43. Tant l'article IV.1 CDE que 101 TFUE interdisent aussi bien les accords anticoncurrentiels et les pratiques concertées que les décisions anticoncurrentielles d'associations d'entreprises. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, ces trois notions d' « accord », de « décisions d'associations d'entreprises » et de « pratique concertée » appréhendent, du point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent²¹.
44. Le concept d'association d'entreprises n'est pas défini aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE.
45. La Cour de Justice interprète généralement le concept d'association d'entreprises de façon large et qualifie les ordres professionnels²² d'associations d'entreprises. Pas plus la personnalité juridique accordée à une entité que son inscription au registre en tant que société ne constitue un obstacle pour la qualifier d'association d'entreprises. Le cadre juridique dans lequel sont conclus les accords, où sont prises les décisions, ainsi que la qualification donnée à ce cadre par les juridictions nationales, sont également dénués de pertinence s'agissant de l'application de cette notion²³.
46. Pour déterminer si une entité constitue une association d'entreprises, il y a lieu tout d'abord de déterminer si les entités qui la composent constituent elles-mêmes des entreprises²⁴. Suivant une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement²⁵. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné²⁶.
47. Dans un deuxième temps, il y a lieu de voir si, dans le cadre dans lequel l'entité a agi, elle a, ou non, poursuivi un objectif économique²⁷.

²¹ Voy. notamment CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 23 ; CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard v Commission, § 63.

²² CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, §§ 56 et 64.

²³ Voy. CJUE, arrêt du 30 janvier 1985, C-123/83, BNIC/Clair, § 17 CJUE, arrêt du 18 juin 1998, C-35/96, Commission/Italie, § 40.

²⁴ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 45.

²⁵ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 46 et la jurisprudence citée à cet endroit.

²⁶ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 47 et la jurisprudence citée à cet endroit.

²⁷ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 50.

V.3.2.b Application au cas d'espèce

48. Conformément à une jurisprudence constante²⁸, de par sa composition et certaines de ses activités, l'Ordre des pharmaciens constitue une « association d'entreprises » au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE .
49. En effet, le pharmacien exerce une activité axée sur l'échange de biens et de services. Il poursuit dès lors de manière durable un but économique. Par conséquent, il constitue une entreprise au sens du droit de la concurrence.
50. L'Ordre des pharmaciens, quant à lui, est une association professionnelle à laquelle tous ceux qui exercent la profession doivent être légalement inscrits.
51. Si les autorités publiques ont confié certaines missions à l'Ordre, notamment celle de veiller au respect de la déontologie et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres et que, ce faisant, l'Ordre ne poursuit pas un but économique mais remplit des tâches légales pour lesquelles il s'est vu accorder une compétence réglementaire par ces autorités, cela n'empêche toutefois pas qu'il constitue une association d'entreprises au sens du droit de la concurrence.
52. Plus précisément, la Cour de cassation a jugé « *qu'une décision d'un organe de l'Ordre qui impose à un ou plusieurs de ses membres des limitations de la concurrence qui ne sont pas nécessaires au maintien des règles fondamentales de la profession mais qui en réalité tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à instaurer ou à maintenir un régime économique, peut constituer une décision d'association d'entreprises dont la nullité peut être constatée d'office par le conseil d'appel* »²⁹.
53. Se basant sur les arrêts de la Cour de Cassation, le Conseil de la concurrence a établi dans sa décision du 26 octobre 2007 que « *une organisation professionnelle telle que l'Ordre doit être considéré comme une association d'entreprises au sens de l'article 2 LPCE, lorsqu'elle adopte des règles qui constituent l'expression de la volonté de représentants des membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique.[...]. Le Conseil qualifie dès lors l'Ordre des pharmaciens comme une association d'entreprises. L'ensemble des règles faisant l'objet du rapport (dispositions du code, règles, communications) peut également être qualifié comme une ou des décisions d'une association d'entreprises.* »³⁰
54. Lorsque l'Ordre des pharmaciens sort du cadre de cette mission d'intérêt général et que ses compétences servent ensuite, que ce soit ou non à dessein, à préserver les intérêts commerciaux de certains de ses membres au détriment de concurrents, il agit en tant qu'association d'entreprises dont les décisions peuvent être sanctionnées par le droit de la concurrence.

²⁸ Voy. notamment Cass., 7 mai 1999, D980013N ; Cass., 25 février 2000, D980041F ; Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1.

²⁹ Voy. notamment Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1. Dans un arrêt du 7 juin 2018, la Cour de cassation a explicitement étendu son raisonnement aux décisions des conseils d'appel.

³⁰ Cf. décision du Conseil de la concurrence n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, §§ 43 et 44.

55. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur a suivi la jurisprudence précitée et a considéré que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens constituait une association d'entreprises dont les décisions sont susceptibles d'être condamnées sur base de leur contrariété au droit de la concurrence.

V.3.3 Décision restrictive de concurrence par objet

V.3.3.a Principes

56. En application des articles IV.1 CDE et 101 TFUE, sont interdits les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur.
57. Selon une jurisprudence constante, le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou » conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord en tenant compte du contexte économique dans lequel il doit être appliqué³¹.
58. Pour déterminer si un accord, une décision ou une pratique concertée révèle un degré de nocivité suffisant à la concurrence de sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'en examiner les effets³², une attention particulière doit être portée entre autres :
1. à la teneur des dispositions contenues ou mises en œuvre dans cet accord, décision ou pratique concertée ;
 2. aux objectifs que cet accord, décision ou pratique concertée vise à atteindre ;
 3. ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il ou elle s'insère³³. À cet égard, il convient de prendre en compte la nature des biens ou des services affectés, les conditions réelles de fonctionnement ou encore la structure du ou des marchés en cause³⁴.
59. Ainsi, l'aspect anticoncurrentiel d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée peut être déduit non seulement du contenu de ses dispositions mais également de l'intention des parties telle qu'elle ressort de la « *genèse* » de l'accord, décision ou pratique concertée et/ou se manifeste dans « *les circonstances de sa mise en œuvre* » ou encore du « *comportement* » des parties intéressées³⁵.
60. Il est de jurisprudence constante qu'un accord (ou décision ou pratique concertée) peut être qualifié de restriction de concurrence par objet même s'il poursuit par ailleurs des objectifs légitimes³⁶. Ainsi,

³¹ Cf. arrêt du 30 juin 1966, 56/65, LTM, Rec. p. 337, 359)

³² CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB)/Commission, § 49

³³ Voy. à cet égard, CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB)/Commission, § 53 ; CJUE, arrêt du 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League et alii, § 136 ; CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, GlaxoSmithKline/Commission, § 58 ; CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25 et CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07 Beef Industry Development Society et Barry Brothers, §§ 16 et 21.

³⁴ Cf. arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Cartes Bancaires/Commission, §. 53 et CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 43.

³⁵ Voy. CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, §§ 23-25. Voy. également CJUE, arrêt du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, C-56/65, § 8 ; arrêt du 28 mars 1984, C-29/83 et C-30/83 CRAM/Commission, § 26 et les conclusions de l'Avocat Général Tizzano du 25 octobre 2005 dans l'affaire. C-551/03 P General Motors, §§ 77-78 (conclusions suivies par la Cour de justice dans son arrêt du 6 avril 2006, C-551/03 P, General Motors/§§. 78-79).

³⁶ CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, §§ 19-21.

dans l'affaire *Irish Beef*, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment déclaré qu' « *un accord [et par extension une décision ou une pratique concertée] peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes* »³⁷. Autre exemple, dans l'affaire *IAZ*, la Cour a déclaré que « *la convention [en cause] a pour objet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, nonobstant le fait qu'elle poursuit également l'objet de protéger la santé publique et de réduire le coût du contrôle de conformité. Cette constatation n'est pas mise en cause par le fait que l'intention de restreindre la concurrence n'a pas été établie à l'égard de toutes les parties à la convention* »³⁸. Dès lors, une fois qu'il est établi sur la base de la teneur des dispositions en cause, des objectifs de l'accord, décision ou pratique concertée et du contexte dans lequel cet accord, décision ou pratique concertée s'inscrit qu'il ou elle a un objet anticoncurrentiel, le fait que cet accord, décision ou pratique concertée poursuive également des objectifs légitimes n'affecte pas sa qualification de restriction par objet.

61. Afin de mettre en œuvre les articles IV.1 CDE et 101(1) TFUE, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les effets actuels d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée qui a pour objet d'interdire, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché intérieur. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'effets anticoncurrentiels lorsque l'objet anticoncurrentiel de la conduite en question est démontré³⁹. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'affaire *Expedia* lorsqu'elle indique « *qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence* »⁴⁰.

V.3.3.b Application au cas d'espèce

62. Pour rappel, le grief retenu par l'auditeur dans son analyse préliminaire ne porte pas sur les décisions des instances disciplinaires en tant que telles, mais sur le fait que, suite à l'interprétation donnée par celles-ci à certains articles du Code de déontologie, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens aurait décidé de ne pas réformer le Code de déontologie afin que les dispositions de celui-ci soient interprétées dans le respect du droit de la concurrence et/ou aurait décidé de ne pas adopter d'avis ou de communication tendant à éclairer les instances disciplinaires dans leur interprétation des dispositions du Code de déontologie pour corriger certaines dérives constatées. Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est pourtant chargé par le législateur « *d'adapter, s'il y a lieu, le code de déontologie en vue d'en compléter ou d'en préciser les dispositions sur base de cette jurisprudence* »⁴¹.

³⁷ CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, § 21. Voy. également CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 *IAZ International Belgium et alii/Commission*, § 25.

³⁸ CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 *IAZ International Belgium et alii/Commission*, § 25.

³⁹ Voy. arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands et al.*, §31 ; arrêt du 14 mars 2013, C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító et al.*, §§ 28-30 ; et CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, *GlaxoSmithKline/Commission*, § 55.

⁴⁰ CJUE, arrêt du 13 décembre 2012, C-226/11, *Expedia*, § 37.

⁴¹ Voy. l'article 15 § 2, 1° de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

63. Les articles du Code de déontologie dont l'utilisation et l'interprétation combinée par les instances disciplinaires sont susceptibles de poser problème en droit de la concurrence sont nombreux. On peut citer, à titre non exhaustif, les articles mentionnés au point V.2., à savoir les articles 3, 5, 15, 78, 100, 101, 106 et 109. Sont également concernés les articles 92, 99 bis, 109 al. 2 et 115, 4°.
64. Suivant une jurisprudence constante, « [...] *il est considéré qu'il y a un accord entre concurrents dès lors que les parties adhèrent à un projet commun qui limite ou est susceptible de limiter leur autonomie commerciale en définissant les lignes de leur action ou abstention réciproque sur le marché. Il n'est pas nécessaire que cet accord soit formulé par écrit, aucune formalité n'est requise et il n'est pas obligatoire que des sanctions contractuelles ou des mesures d'exécution soient prévues. En outre, l'accord peut être exprès ou ressortir implicitement du comportement des parties.* »⁴²
65. En outre, dans son arrêt du 7 janvier 2004 Aalborg Portland et alii c. Commission⁴³, la Cour de justice a dit pour droit que « *l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte. Cette complicité constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise dans le cadre d'un accord unique* ».
66. En l'occurrence, dans son analyse préliminaire, l'auditeur a estimé que l'abstention sur une aussi longue période du Conseil national de l'Ordre ne pourrait être interprétée autrement que comme une adhésion de celui-ci aux objectifs restrictifs de concurrence poursuivis par les instances disciplinaires et comme une décision de ne pas agir, et notamment de ne pas réformer le Code de déontologie.
67. Les cas sur lesquels l'analyse préliminaire de l'auditeur a porté sont ceux dans lesquels l'interprétation des articles du Code de déontologie par les instances disciplinaires a eu pour conséquence de limiter fortement la publicité ou d'imposer indirectement un prix minimum en limitant fortement les ristournes admissibles.

1. La forte limitation de la publicité

68. L'auditeur a constaté que plusieurs décisions disciplinaires⁴⁴ sanctionnent des pharmaciens pour avoir pratiqué des activités à caractère publicitaire. La teneur des décisions en cause est sans équivoque.

⁴² Voy. TUE, arrêt du 16 juin 2015, T-655/11, FSL Holdings, § 441.

⁴³ CJUE, arrêt du 7 janvier 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Aalborg Portland et alii c. Commission. Voy. spécialement le paragraphe 84.

⁴⁴ Outre les décisions mentionnées, on notera également une décision du conseil provincial du [confidentiel] dans laquelle le conseil provincial a estimé que l'indication du changement du numéro de maison de l'officine dans un toutes-boites constituait une publicité non justifiée contraire aux articles 91 et 92 du Code de déontologie ([confidentiel]), une décision du conseil provincial du [confidentiel] dans laquelle le conseil provincial a estimé que l'annonce de la rénovation d'une officine dans un toutes-boites était superfétatoire eu égard au fait que le pharmacien avait annoncé son déménagement dans les mois qui précédaient à l'aide d'un panneau présent dans l'officine et d'un avis sur les tickets de caisse et que cette démarche constituait dès lors une violation du Code de déontologie et, notamment, de l'article 92 interdisant le démarchage de clientèle ([confidentiel]), ainsi que la décision du conseil d'appel d'expression française du [confidentiel] qui a considéré que « *la publication faite certes à l'initiative usuelle de l'employeur du pharmacien X, mais sans aucune protestation de sa part, dans une édition régionale de l'hebdomadaire Vlan informant un public dépassant largement celui de l'entité de (...) de la réouverture après travaux de l'officine, précisant les heures d'ouverture de celle-ci et mentionnant que les pharmaciens du groupe Y sont au service du patient et faisant sous-entendre que d'autres pharmaciens ne le sont pas doit (...) être considérée comme une publicité tapageuse, non discrète et constituant une forme de démarchage à caractère mercantile répréhensible sur le plan déontologique* » ([confidentiel]).

Ainsi, le conseil provincial [confidentiel]⁴⁵ a sanctionné un pharmacien pour avoir édité un article concernant la rénovation de son officine dans un toutes-boites dont le nombre d'exemplaires édités indique que le pharmacien « *a entendu toucher non seulement sa patientèle mais encore le plus grand nombre de personnes dans l'agglomération où est distribué l'hebdomadaire et partant la patientèle de confrères proches* »⁴⁶, ce qui implique d'après le conseil le fait de faire prévaloir des valeurs mercantiles plutôt que des valeurs éthiques « *indispensables au bon fonctionnement de la dispensation des soins dont est chargé le pharmacien* »⁴⁷.

69. Ainsi encore, dans une décision du [confidentiel], le conseil provincial de [confidentiel] a jugé que la diffusion de plus de 11 000 folders publicitaires constitue du démarchage de clientèle parce qu'une telle diffusion ne peut pas être considérée comme une communication concernant l'entourage immédiat de la pharmacie⁴⁸.
70. D'autres décisions disciplinaires visent également à sanctionner le pharmacien qui, par une action publicitaire, tend à élargir sa zone de chalandise. Ainsi, s'agissant d'une pharmacienne appartenant au groupe [confidentiel]⁴⁹, d'après le Conseil provincial [confidentiel], il ressort de l'interprétation cumulée des articles 1, 2, 3, 15, 52, 85, 87 et 92 du Code de déontologie que la distribution de 48 000 folders publicitaires est contraire au Code de déontologie, car il ne s'agit pas d'un comportement équivalent à une communication modeste pour l'entourage direct de la pharmacie et, car il ne s'agit pas d'information pure à propos de l'activité professionnelle, mais d'une stratégie publicitaire, ce qui constitue une dérive commerciale déloyale à l'égard des collègues. Cette décision a été confirmée par le conseil d'appel néerlandophone⁵⁰. On peut également citer les décisions rendues par le conseil d'appel d'expression française le [confidentiel] à l'égard des pharmaciens du groupe [confidentiel] dans lesquelles il a été considéré que « *le support publicitaire utilisé [confidentiel] dépasse largement l'entité dans laquelle se trouve l'officine* ⁵¹[en cause] »⁵² et que la « *La publication répétée dans l'édition régionale d'un périodique comme [confidentiel]*⁵³ et l'affichage en officine de ventes promotionnelles avec un important rabais de produits vendus en pharmacie doivent être considérés comme une publicité tapageuse, non discrète et constituant un démarchage mercantile répréhensible, et dès lors attentatoire à la dignité et à la discrétion qui incombent à tout pharmacien »⁵⁴.
71. Ce faisant, les instances disciplinaires ont rendu des décisions qui empêchent largement les pharmaciens de faire de la publicité, ce qui pourrait constituer une restriction grave de la concurrence. En ne réformant pas le Code de déontologie, ou en n'émettant pas de communication ou avis clarifiant

⁴⁵ Notons que cette décision a été réformée par une décision du conseil d'appel d'expression française du [confidentiel] ayant déclaré les faits retenus à charge du pharmacien non établis. Cette décision se trouve à [confidentiel].

⁴⁶ [confidentiel]

⁴⁷ [confidentiel]

⁴⁸ [confidentiel]

⁴⁹ [confidentiel]

⁵⁰ [confidentiel]

⁵¹ C'est l'auditeur qui souligne.

⁵² [confidentiel]

⁵³ C'est l'auditeur qui souligne.

⁵⁴ [confidentiel]

l'interprétation à opérer des règles du Code⁵⁵, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens aurait endossé les interdictions généralisées qui en résultent.

72. En outre, les décisions disciplinaires précitées affectent négativement la capacité d'action commerciale des pharmaciens, préservant ainsi les intérêts matériels des membres de l'Ordre des pharmaciens et une certaine organisation économique de la profession et freinant la concurrence provenant de pharmacies voisines.
73. L'objectif poursuivi par l'Ordre des pharmaciens, en ne clarifiant pas sa position au travers d'une communication ou d'un avis et/ou en ne réformant pas le Code de déontologie, serait ainsi restrictif de concurrence par objet dans la mesure où il consisterait à assurer une forme de répartition des marchés, en cantonnant chaque pharmacie dans une zone de chalandise peu étendue.
74. Enfin, en ce qui concerne le contexte économique et juridique, il convient de rappeler que le Conseil de la concurrence a jugé, en 2007, que la publicité constitue un élément essentiel de la concurrence et ce *a fortiori* pour les pharmaciens puisque « *le marché des médicaments est encore, du moins partiellement, fortement réglementé et que des entraves (légal) sont toujours existantes empêchant ainsi le pharmacien de déterminer librement son prix de revente* »⁵⁶.
75. Par ailleurs, dans une de ses décisions, l'Autorité française de la concurrence a sanctionné le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie pour avoir conforté la répartition de la clientèle des pharmacies⁵⁷ et a considéré cette pratique comme étant une restriction grave de la concurrence.
76. Vu ces éléments, l'auditeur a considéré dans son analyse préliminaire que le fait pour le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas avoir réformé le Code de déontologie afin d'éviter que les dispositions de celui-ci ne soient interprétées par les instances disciplinaires comme limitant fortement la publicité admissible pour les produits de parapharmacie et/ou de ne pas avoir adopté de communication ou d'avis tendant à modifier cette interprétation pourrait constituer une décision restrictive de concurrence par objet au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

2. La forte limitation des ristournes

77. L'octroi de ristournes est réglementé par les articles 106 à 111 du Code de déontologie. Ceux-ci prévoient notamment que l'octroi de la ristourne n'est toléré que « *si elle est appliquée avec la nécessaire réserve et avec discrétion afin de respecter les règles essentielles de la profession* »⁵⁸ et que la ristourne ne peut ni pousser à la surconsommation de médicaments ni nuire au libre choix de la pharmacie⁵⁹. On rappellera par ailleurs que la publicité concernant les ristournes est interdite⁶⁰.

⁵⁵ Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a notamment émis des avis concernant la publicité et l'octroi des ristournes. Voy. la réponse de l'Ordre des pharmaciens à la question 4 de la demande de renseignements du 4 octobre 2017 envoyée dans le cadre de l'affaire V-Pharma ainsi que les annexes citées.

⁵⁶ Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, §66

⁵⁷ Voy. décision n° 09-D-17 du 22 avril 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par le conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de Basse-Normandie

⁵⁸ Article 106 du Code de déontologie.

⁵⁹ Article 108 du Code de déontologie.

⁶⁰ Article 109 du Code de déontologie.

78. L'auditeur a constaté que, dans plusieurs décisions, les conseils disciplinaires ont eu égard à l'existence d'une norme généralement admise en matière de ristournes qu'il conviendrait de ne pas dépasser ou à l'octroi ou non de telles ristournes par les pharmacies voisines⁶¹.
79. Ce faisant, les instances disciplinaires visent à éviter qu'une pharmacie n'octroie des ristournes supérieures à ce que font la plupart des pharmacies. Ainsi, elles tendent à instaurer indirectement un prix minimum pour les produits vendus en pharmacie, qu'il s'agisse de produits de parapharmacie ou de médicaments. Etant informé de telles interprétations, le Conseil national aurait dû modifier le Code de déontologie ou émettre des communications ou avis afin de clarifier l'interprétation à opérer des règles du Code de déontologie⁶², afin d'éviter que des décisions restrictives de concurrence continuent d'être rendues. A défaut, il pourrait être considéré que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a endossé des pratiques tendant à instaurer indirectement un prix minimum pour les produits vendus en pharmacie.
80. Les décisions disciplinaires précitées visent à limiter l'animation concurrentielle entre les pharmaciens et ce au profit des pharmaciens « traditionnels », préservant ainsi les intérêts matériels des membres et une certaine organisation économique de la profession et freinant la concurrence provenant de pharmacies voisines. En effet, ces décisions visent à empêcher que les marges économiques des pharmacies traditionnelles ne diminuent au bénéfice d'acteurs présents en pharmacies physiques ou en pharmacies en ligne ayant un recours plus généralisé et systématique à ces ristournes, tels que **[confidentiel]**, **[confidentiel]**, **[confidentiel]** et **[confidentiel]**. Il y a lieu à cet égard de rappeler que, d'après l'étude réalisée par MediCare-Market, 99% des pharmacies pratiquent le prix maximum autorisé sur les médicaments non remboursés⁶³.
81. L'objectif poursuivi par l'Ordre des pharmaciens, en décidant de ne pas réformer le Code de déontologie malgré ces interprétations restrictives des instances disciplinaires, serait restrictif de

⁶¹ Voy. notamment la décision du conseil d'appel d'expression française du **[confidentiel]** dans laquelle le conseil d'appel a considéré qu'était contraire au Code de déontologie une promesse de remise directe de 30% sur des produits non remboursables aux motifs que cette promesse « se présentait comme un avantage exceptionnel sans référence à la compétence et au développement du pharmacien, avec l'espoir de drainer d'un seul coup une clientèle supplémentaire sur laquelle l'argument financier pouvait peser pour qu'elle s'adresse au comparant vers lequel elle ne se serait pas nécessairement tournée en l'absence de cet avantage » et « était un élément de nature à favoriser la captation d'une clientèle, non acquise à l'officine puisqu'il n'est pas allégué que semblable avantage est accordé par d'autres pharmaciens » (**[confidentiel]**), la décision du conseil d'appel d'expression française du **[confidentiel]** en cause du pharmacien **[confidentiel]** dans laquelle le conseil d'appel a annulé la décision du conseil provincial notamment eu égard au fait que, « le dossier, tel que constitué, ne permet pas d'établir que les rabais seraient supérieurs à la norme généralement admise » (**[confidentiel]**), la décision du conseil d'appel d'expression française du **[confidentiel]** dans laquelle le conseil d'appel a jugé que « Le taux élevé de la ristourne, par son caractère inusité au regard de la ristourne communément accordée jusqu'alors se voulait manifestement impressionnant et donc déterminant » et que « [ce taux élevé] constituait en soi l'appât publicitaire voulu ou accepté [...] pour acquérir, par l'octroi d'un avantage frappant et exorbitant, la clientèle particulière naturellement stable qu'il visait [...] » (**[confidentiel]**) et les décisions du conseil d'appel d'expression française du **[confidentiel]** à l'égard des pharmaciens du groupe **[confidentiel]** dans lesquelles le conseil d'appel a décidé, après avoir constaté que l'indication du prix promotionnel représentait un rabais de l'ordre de 25 à 30%, que l'affichage en officine de ventes promotionnelles avec un important rabais de produits vendus en pharmacie doit être considéré comme une publicité tapageuse, constituant un démarchage mercantile répréhensible et dès lors attentatoire à la dignité et à la discrétion qui incombent à tout pharmacien (**[confidentiel]**).

⁶² Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a notamment émis des avis concernant la publicité et l'octroi des ristournes. **[confidentiel]**

⁶³ <http://democratisonslexpertisesante.be/>

concurrence par objet dans la mesure où il consisterait à fixer indirectement les prix de vente des produits de parapharmacie et des médicaments.

82. En ce qui concerne le contexte économique, suivant plusieurs études, le marché des médicaments présente une élasticité-prix négative inférieure à 1 et ayant généralement une valeur comprise entre -0,5 et 0⁶⁴. Ainsi le risque de surconsommation en cas de diminution du prix est limité. Par ailleurs, il convient de souligner que l'achat d'un médicament n'est pas synonyme de consommation de ce médicament.
83. Quant au contexte juridique, le Conseil de la concurrence a jugé en 2007 que le simple fait de prohiber la publicité et les ristournes dans le marché pertinent et compte tenu des caractéristiques spécifiques de l'organisation de la profession de pharmacien, est à considérer comme une restriction grave ayant pour objet de restreindre la concurrence⁶⁵. En outre, le législateur et le gouvernement ont expressément autorisé les ristournes en matière de médicaments. En effet, en 1982 et en 1983, deux amendements avaient été déposés – un à la Chambre, l'autre au Sénat – afin d'interdire les ristournes portant sur ce type de produits. Ceux-ci furent rejetés⁶⁶. Par ailleurs, le gouvernement a adopté le 27 février 1995 un arrêté abrogeant l'arrêté du 17 avril 1964 réglementant les ristournes accordées sur le prix des spécialités pharmaceutiques. Enfin, les législateurs européen et belge ont considéré que l'imposition d'un prix minimum était un cas évident de restriction de concurrence, raison pour laquelle ils l'ont explicitement mentionnée dans les textes législatifs.
84. Vu ces éléments, l'auditeur a considéré, au terme de son analyse préliminaire, que le fait pour le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas avoir réformé le Code de déontologie afin d'éviter que les dispositions de celui-ci ne soient interprétées comme instaurant indirectement un prix minimum et/ou de ne pas avoir adopté de communication ou d'avis tendant à modifier cette interprétation, pourrait constituer une décision restrictive de concurrence par objet au sens des articles IV.1. CDE et 101 TFUE.

⁶⁴ Voy. notamment *Etudes de l'OCDE sur les politiques de santé, Les prix des médicaments sur un marché global, Politiques et enjeux*, 2008, pp. 148-149 et M. AASERUD et alii, *Pharmaceutical policies: effects of reference pricing, other pricing, and purchasing policies*, 2006 (disponible sur <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16625648>). Voy. également Cl. LE PEN, « Réglementation des prix et formes de la concurrence dans l'industrie pharmaceutique », in *Revue économique*, volume 39, n° 6, 1988, p. 1171. Voy. aussi le § 704 de l'avis n° 13-A-24 du 19 décembre 2013 de l'Autorité de la concurrence française relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville où il est constaté : « Enfin, il n'a pas été observé ni de surconsommation, ni même de mésusage particulier des médicaments ainsi libéralisés. Au contraire, tandis que les volumes de vente de l'ensemble des médicaments d'automédication ont augmenté de 30 % entre 1996 et 2010 au Danemark, les volumes de vente des médicaments libéralisés n'ont augmenté que de 17,5 % sur la même période, ce qui démontre que la généralisation de la vente de certains médicaments en dehors des officines n'a pas incité les consommateurs à acheter plus de ces médicaments au Danemark. Tout comme l'indique UFC Que Choisir dans son rapport précité, il n'y aurait pas eu non plus de surconsommation de médicaments d'automédication en Italie depuis la libéralisation. **Ceci s'explique par le fait que le marché est « captif », dans le sens où les consommateurs n'achètent pas d'avantage de médicaments parce qu'ils y ont un accès facilité, mais bien parce qu'ils sont malades et doivent se soigner ponctuellement** » (L'auditeur souligne).

⁶⁵ Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, paragraphe 67.

⁶⁶ Rapport fait au nom de la Commission de la Santé publique, de la famille et de l'environnement, Projet de loi modifiant la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, Chambre des Représentants, session 1981-1982, Doc. 204, n° 9, pp. 20-21 et Rapport fait au nom de la Commission de la Santé publique et de l'environnement, Projet de loi modifiant la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, Sénat, session 1982-1983, Doc. 331, n° 2, p. 21.

V.3.4 Restrictions de concurrence par effets

85. L'auditeur a constaté que l'interprétation des articles du Code de déontologie opérée par les instances disciplinaires dans plusieurs de leurs décisions a eu pour conséquence de limiter fortement la publicité ou d'imposer indirectement un prix minimum en limitant fortement les ristournes admissibles. L'auditeur constate que les sanctions prononcées sont graves.
86. Par leur vertu d'exemple (et la diffusion/publicité dont elles font l'objet), ces décisions disciplinaires visent non seulement à mettre fin à des pratiques commerciales avérées, mais ont également une influence sur le comportement général des pharmaciens qui évitent d'adopter des comportements qui pourraient être sanctionnés par les instances disciplinaires.
87. L'effet des décisions disciplinaires dépasse donc le cadre strict des cas individuels poursuivis pour impacter les pratiques commerciales de toute la profession des pharmaciens.
88. Vu ces éléments, l'auditeur a considéré, au terme de son analyse préliminaire, que le fait pour le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas avoir réformé le Code de déontologie afin d'éviter que les dispositions de celui-ci ne soient interprétées comme limitant fortement la publicité admissible pour les produits de parapharmacie ou comme instaurant indirectement un prix minimum et/ou de ne pas avoir adopté de communication ou d'avis tendant à modifier cette interprétation, pourrait constituer une décision restrictive de concurrence par effet au sens des articles IV.1. CDE et 101 TFUE.

V.3.5 Application de la jurisprudence Wouters⁶⁷

V.3.5.a Principes

89. Suivant une jurisprudence constante dont l'origine est à trouver dans l'arrêt Wouters de la Cour de justice de l'Union européenne « *tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. I-6511, point 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs* »⁶⁸.

V.3.5.b Application au cas d'espèce

90. Selon l'Ordre des pharmaciens, les objectifs poursuivis par le Code de déontologie sont inhérents au rôle assigné à l'Ordre des pharmaciens par le législateur, à savoir la sauvegarde du caractère non-commercial de la profession, la protection de la santé publique et la préservation de la dignité et de la

⁶⁷ CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters.

⁶⁸ CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 97.

moralité de la profession. Outre ces objectifs généraux, il faut aussi prendre en compte, selon l'Ordre des pharmaciens, des enjeux plus précis tels que la préservation de la qualité de la délivrance et des soins fournis, la lutte contre la surconsommation de médicaments et la sauvegarde de la liberté de choix du patient pour sa pharmacie⁶⁹.

91. Sans se prononcer sur la légitimité des objectifs avancés par l'Ordre des pharmaciens, l'auditeur a considéré, dans son analyse préliminaire, que, en tout état de cause, les mesures en cause ne seraient ni nécessaires ni proportionnées à la réalisation des objectifs légitimes identifiés. En effet, ces objectifs pourraient être atteints par des mesures moins préjudiciables que celles adoptées par l'Ordre des pharmaciens.
92. Plus précisément, dans son analyse préliminaire, l'auditeur a estimé que, en s'abstenant d'agir, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens aurait permis aux instances disciplinaires de continuer d'adopter des décisions qui iraient plus loin que la défense des règles essentielles de la profession et viseraient en réalité à protéger les intérêts matériels des pharmaciens. Ainsi la condition de proportionnalité ne serait pas remplie.
93. Par ailleurs, en ce qui concerne les ristournes, l'auditeur a estimé, dans son analyse préliminaire, que l'appréciation du caractère excessif d'une ristourne ne pourrait s'exercer qu'au cas par cas, en fonction, notamment, de la population visée, du produit concerné et de la période d'octroi de la ristourne et que toute référence à un seuil absolu ou « généralement admis » pour sanctionner les pratiques de certains pharmaciens pourrait entraîner une restriction de concurrence non proportionnée à l'objectif poursuivi.
94. L'auditeur a également estimé dans son analyse préliminaire que l'octroi de ristournes et l'abaissement des prix pour les patients qui en résulte a un effet positif sur la santé publique, qui n'est pas pris en compte par les instances disciplinaires, puisqu'il permet à un plus grand nombre de patients d'acquérir les médicaments dont ils ont besoin. Or, comme l'a rappelé récemment la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt Vanderborght du 4 mai 2017, la santé publique occupe le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le Traité.
95. Dès lors, au terme de son analyse préliminaire, l'auditeur a considéré que la décision du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le Code de déontologie et/ou de ne pas adopter de communication ou d'avis alors que l'interprétation du Code de déontologie qui est opérée a pour conséquence de limiter fortement la publicité admissible pour les produits de parapharmacie ou de limiter fortement les ristournes pratiquées sur le prix des médicaments par les pharmaciens pourrait constituer une décision restrictive de concurrence au sens des articles IV.1. § 1er CDE et 101 § 1er TFUE.

V.3.6 Affectation du commerce entre Etats Membres

V.3.6.a Principes

96. En ce qui concerne le rapport entre les droits européen et national de la concurrence, l'article 3 paragraphe 1er du règlement 1/2003 prévoit que, lorsque des autorités nationales de concurrence

⁶⁹ [confidentiel]

appliquent le droit national à des accords, des pratiques concertées ou des décisions d'association d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, elles doivent également appliquer l'article 101 TFUE⁷⁰.

97. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, « *la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres* »⁷¹.
98. A cet égard, il convient de relever « *qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres* »⁷².
99. Pour que l'article 101 TFUE s'applique, il ne suffit pas qu'il y ait une affectation du commerce entre Etats membres ; il faut en effet que cette affectation soit sensible⁷³.
100. Suivant une jurisprudence constante reprise par la Commission dans ses lignes directrices, les ententes couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres⁷⁴.

V.3.6.b Application au cas d'espèce

101. Contrairement à ce qui a été décidé par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 26 octobre 2007⁷⁵, l'auditeur a estimé dans son analyse préliminaire qu'il y aurait une affectation sensible du commerce entre Etats membres dans la présente affaire. En effet, les décisions en cause couvrent l'ensemble du territoire belge et seraient donc normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres⁷⁶. L'auditeur ne voit pas de raison de s'écarter de cette jurisprudence constante, surtout que, dans une affaire concernant un règlement adopté par un organe disciplinaire, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit «*S'étendant à l'ensemble du territoire de l'État membre en question, un règlement tel que le règlement litigieux est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.*»⁷⁷. L'auditeur est d'avis que cette jurisprudence serait également applicable en l'occurrence, vu les différences réglementaires parfois significatives entre Etats membres dans la présente matière, certains Etats, comme les Pays-Bas, ayant

⁷⁰ Voy. également les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 9.

⁷¹ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 23 et la jurisprudence citée.

⁷² Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 26 et la jurisprudence citée.

⁷³ Voy. les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, §§ 44-57.

⁷⁴ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 78.

⁷⁵ Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 41

⁷⁶ Voy. notamment CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, § 50 et CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, *Wouters*, § 95

⁷⁷ CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, §§ 66-67.

adopté une approche déontologique plus libérale. Ainsi, les normes déontologiques et l'application qui en est faite seraient susceptibles de créer une entrave pouvant constituer un élément décisif pour un pharmacien de s'établir ou non en Belgique.

102. Par ailleurs, plusieurs pharmacies, dont la plupart des plaignants, disposent d'un site internet de vente en ligne. Ainsi, leurs produits sont susceptibles d'être vendus dans d'autres Etats de l'Union européenne. Il y aurait par conséquent une affectation du commerce entre Etats membres.

V.4 Non application de l'article 101, §3 TFUE et de l'article IV.1. § 3 CDE

103. Les dispositions de l'article IV.1. § 1^{er} CDE et de l'article 101 § 1^{er} TFUE peuvent respectivement être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence⁷⁸.
104. Dans son analyse préliminaire, l'auditeur n'a constaté aucun élément permettant d'affirmer les conditions cumulatives des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE seraient remplies.
105. Par conséquent, l'auditeur a considéré dans son analyse préliminaire que les conditions des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE ne seraient pas remplies dans la présente affaire.

VI. Les engagements offerts par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et leur évaluation

VI.1 Les engagements offerts par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens

106. Par un courrier daté du 4 octobre 2019, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à :
- Adopter, avant la fin de l'année 2019, un Code de déontologie réformé avec entrée en vigueur au 1er janvier 2020 prévoyant l'autorisation de principe de la publicité et des pratiques commerciales telles que la sollicitation de clientèle. Dans ce cadre, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à ce que le recours à un référencement payant et la publicité via un média social fassent également l'objet d'une autorisation de principe tant pour ce qui relève de la publicité personnelle du pharmacien que pour la vente de produits de parapharmacie.
 - Adopter, avant la fin de l'année 2019, un code commenté relatif à la publicité et aux pratiques commerciales destiné à compléter les dispositions du Code de déontologie et à faciliter l'interprétation de ces règles par les pharmaciens et les conseils disciplinaires, dans le respect du droit de la concurrence. A cette fin, l'Ordre des pharmaciens mettra sur pied un arbre de décision permettant d'évaluer une initiative commerciale qui sera distinct pour les médicaments et pour les

⁷⁸ Voy. article 101 § 3 TFUE et article IV.1. § 3 CDE

autres produits. L'Ordre des pharmaciens a précisé, à cet égard, que le code commenté contiendra des précisions à propos des articles 115, 118 et 123 du Code de déontologie. Il sera ainsi précisé que l'article 115 s'applique également au site internet des pharmacies et que l'article 118 devra être interprété comme permettant au patient d'arriver aisément et directement à la page du site recherché sans devoir opérer une seconde recherche sur le site internet de la pharmacie. En ce qui concerne l'article 123, le code commenté devra intégrer des exemples de sites existants répondant à l'obligation de présentation sobre et fonctionnelle.

- Revoir régulièrement le code commenté compte tenu de la pratique décisionnelle des conseils disciplinaires de manière à éviter les interprétations restrictives de concurrence par ceux-ci et à adopter un mécanisme pour que, au moins tous les cinq ans, le Code de déontologie soit évalué et que le besoin d'une réforme du Code de déontologie notamment au vu de l'évolution de la profession de pharmacien et des marchés des médicaments et autres produits vendus par les pharmaciens, soit envisagé. En outre, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à ce que le résultat de l'évaluation et la teneur des réformes fassent l'objet d'échanges avec l'auditorat sur simple demande de celui-ci.
- S'engage à publier (sur la partie privée de son site uniquement accessible aux membres) la version anonymisée des décisions disciplinaires des conseils provinciaux et des conseils d'appel datant d'après l'entrée en vigueur du Code de déontologie réformé et concernant les dispositions du nouveau Code, pour autant que ces décisions ont force de chose jugée, et ce afin d'augmenter la transparence pour les pharmaciens et les instances disciplinaires et ainsi de favoriser le développement d'une pratique décisionnelle plus respectueuse du droit de la concurrence.

VI.2 Evaluation des engagements offerts en réponse au grief de l'auditeur

107. Les engagements proposés par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sont de nature à répondre au grief de l'auditeur dans son évaluation préliminaire sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.
108. Le grief de l'auditeur porte en effet sur la décision qu'aurait prise le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le Code de déontologie afin de remédier à des interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires en matière de publicité et de ristournes.
109. Or, dans son premier engagement, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à adopter avant la fin de l'année 2019 un Code de déontologie réformé prévoyant l'autorisation de principe de la publicité et des pratiques commerciales telles que la sollicitation de clientèle. Dans ce cadre, il s'est engagé à ce que le recours à un référencement payant et la publicité via un média social fassent également l'objet d'une autorisation de principe tant pour ce qui relève de la publicité personnelle du pharmacien que pour la vente de produits de parapharmacie.
110. En outre, dans son deuxième engagement, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à adopter, avant la fin de l'année 2019, un code commenté relatif à la publicité et aux pratiques commerciales destiné à compléter les dispositions du Code de déontologie et à faciliter l'interprétation de ces règles par les pharmaciens et les conseils disciplinaires, dans le respect du droit de la concurrence. Cet engagement doit permettre que les conseils disciplinaires appliquent correctement

le droit de la concurrence et, en particulier, la jurisprudence Wouters et les conditions de nécessité et proportionnalité de la restriction envisagée par rapport aux objectifs légitimes identifiés.

111. Par ailleurs, dans son troisième engagement, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à revoir régulièrement le code commenté compte tenu de la pratique décisionnelle des conseils disciplinaires de manière à éviter les interprétations restrictives de concurrence par ceux-ci et à adopter un mécanisme pour que, au moins tous les cinq ans, le Code de déontologie soit évalué et que le besoin d'une réforme du Code de déontologie soit envisagé. Cet engagement doit ainsi permettre que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens suive la pratique décisionnelle des conseils disciplinaires et prenne, le cas échéant, des mesures afin que les conseils disciplinaires appliquent correctement le droit de la concurrence.
112. Enfin, dans son quatrième engagement, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à publier la version anonymisée des décisions coulées en force de chose jugée, en ce compris celles des conseils provinciaux, en vue de favoriser le développement d'une pratique décisionnelle plus respectueuse du droit de la concurrence. Cet engagement doit permettre le développement d'une pratique décisionnelle plus respectueuse du droit de la concurrence.
113. Au vu de ces éléments, l'auditeur conclut que les engagements offerts par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sont de nature à répondre à son grief sans aller au-delà de ce qui est nécessaire et décide qu'il n'est plus opportun de poursuivre son instruction. Il y met par conséquent fin.

VII. Conclusion

114. L'auditeur estime que les engagements offerts par l'Ordre des pharmaciens sont de nature à répondre à son grief et les déclare contraignants.
115. L'auditeur décide, après avis de l'auditeur-conseiller, conformément à l'article IV.46 § 2 al. 1^{er} 1° CDE, de mettre fin partiellement à l'instruction dans les dossiers CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, plus précisément en ce qui concerne le grief relatif à la décision du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le Code de déontologie et/ou de ne pas adopter d'avis ou de communication tendant à éclairer les instances disciplinaires dans leur interprétation des dispositions afin de remédier à des interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires en matière de publicité et de ristournes.
116. Conformément à l'article IV.46 § 2 avant dernier alinéa CDE, les engagements n'impliquent aucune reconnaissance préjudiciable de la part de l'Ordre des pharmaciens.

VIII. Décision

117. Conformément à l'article IV.46 § 2 al. 1^{er} 1° CDE, l'auditeur, après avis de l'auditeur-conseiller :

- a) Conclut que les engagements offerts par l'Ordre des pharmaciens sont de nature à répondre à son grief
- b) Déclare les engagements offerts par l'Ordre des pharmaciens contraignants
- c) Met fin partiellement à l'instruction dans les affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030

Bruxelles, 15 octobre 2019

Anne-Charlotte Prévot
Auditeur