

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n°2007-I/O-27 du 26 octobre 2007

Affaire CONC-I/O-98/0004 : E.S./Ordre des pharmaciens

Affaire CONC-I/O-98/0024 : L.P.D./Ordre des pharmaciens

Affaire CONC-I/O-98/0032 : Groupe Multipharma/Ordre des pharmaciens

I. Procédure

1. Une plainte a été notifiée au Conseil de la concurrence par Madame E. S. et la sprl Mont-Saint-Pont le 11 février 1998. Cette plainte était assortie d'une demande de mesures provisoires (CONC-IO-98/0005). Celle-ci a fait l'objet d'une décision de classement le 10 février 1999, les plaignantes ayant retiré leur demande de mesures provisoires (décision n° 99-VMP-02). La plainte vise le Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud et l'Ordre national des pharmaciens et a été enregistrée sous les références CONC-I/O-98/0004.

2. Sur la base de cette plainte, le Corps des rapporteurs a lancé son enquête. Le 7 juin 2005, le rapporteur désigné a transmis sa communication des griefs au conseil des membres du Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud. Le 8 septembre 2005, les parties ont déposé leurs observations écrites. Le 19 mai 2005, le rapporteur a envoyé à l'Ordre national des pharmaciens sa communication des griefs. Le 1^{er} juillet 2005, les parties ont présenté à nouveau des observations écrites. Le 4 octobre 2005, l'Ordre national des pharmaciens a transmis des observations complémentaires en réponse à la communication des griefs du 19 mai 2005.

3. Le 25 novembre 2005, le rapport d'instruction du rapporteur a été transmis au président du Conseil de la concurrence. Le rapport s'adresse à l'Ordre national des pharmaciens et au Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud.

4. Concernant l'accord du Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- les pharmaciens du Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud, ont enfreint l'article 2, §1^{er} de la LPCE en ce que l'accord réglementant les heures d'ouverture et fermeture des officines constitue un accord restrictif de concurrence qui a pour objet sinon pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci;
- cet accord ne peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2 §3 de la LPCE, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de cet accord, d'en ordonner la cessation et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

Version publique

Concernant les normes déontologiques et communications prises par l'Ordre des pharmaciens, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que :

- la première règle de déontologie est proportionnelle à l'objectif légitime poursuivi, à savoir assurer le service de garde (nécessité d'ordre social) et échappe au champ d'application de l'article 2, §1^{er} de la loi,
- les règles déontologiques (2, 3 et 6) et les communications (11, 13, 18, 22, 26, 29, 30, 31, 33, 37, 43 et 44) sont des décisions d'association d'entreprises ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et constituent des infractions à l'article 2, § 1^{er} de la loi,
- ces règles et communications ne peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2 §3 de la loi, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de ces règles et communications et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

5. Monsieur L.P. D. a déposé, le 5 juin 1998 au Service de la concurrence, une plainte à l'encontre de l'Ordre des pharmaciens, Conseil du Brabant pour infraction à l'article 2 § 1 de la loi sur la protection de la concurrence économique. La plainte vise également l'Union pharmaceutique d'Etterbeek et est enregistrée sous les références CONC-I/O-98/0024.

6. En date du 7 juin 2005, le rapporteur a envoyé à l'Union pharmaceutique d'Etterbeek sa communication des griefs. Une erreur dans l'adresse du premier envoi ayant été constaté, le rapporteur a renvoyé la communication des griefs par un courrier du 27 juin 2005. Les parties ont présenté leurs observations le 26 septembre 2005. En date du 19 mai 2005, le rapporteur a envoyé à l'Ordre national des pharmaciens sa communication des griefs. Les parties ont présenté leurs observations le 1^{er} juillet 2005. Le 4 octobre 2005, l'Ordre national des pharmaciens a présenté des observations complémentaires en réponse à la communication des griefs du 19 mai 2005.

7. Le rapport d'instruction du rapporteur établi par le rapporteur en date du 25 novembre 2005 s'adresse également à l'Union d'Etterbeek.

8. Concernant le règlement de l'Union pharmaceutique d'Etterbeek, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- l'Union pharmaceutique d'Etterbeek a enfreint l'article 2, §1^{er} de la loi en adoptant une réglementation des heures d'ouverture et fermeture des officines sur son territoire ce qui constitue une décision d'association d'entreprise restrictive de concurrence qui a pour objet sinon pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci;
- cette décision ne peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, § 3 de la loi, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de cette décision, d'en ordonner la cessation et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

Concernant les normes déontologiques et communications prises par l'Ordre des pharmaciens, le Rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- la première règle de déontologie est proportionnelle à l'objectif légitime poursuivi, à savoir assurer le service de garde (nécessité d'ordre social) et échappe au champ d'application de l'article 2, §1^{er} de la loi,

Version publique

- les règles déontologiques (2, 3 et 6) et les communications (11, 13, 18, 22, 26, 29, 30, 31, 33, 37, 43 et 44) sont des décisions d'association d'entreprises ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et constituent des infractions à l'article 2, § 1^{er} de la loi,
- ces règles et communications ne peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2 §3 de la loi, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de ces règles et communications et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

9. Le groupe Multipharma et le pharmacien G. M. ont déposé, auprès du Conseil de la concurrence, une plainte dirigée contre l'Ordre des pharmaciens, Conseil national, pour infraction à l'article 2 §1 de la loi sur la protection de la concurrence économique. La plainte a été enregistrée le 24 novembre 1998 sous les références CONC-IO-98/0032.

10. En date du 7 juin 2005, le rapporteur a envoyé à l'Union pharmaceutique de Molenbeek Saint Jean sa communication des griefs. L'Union a transmis ses observations le 24 juin 2005. Le 20 octobre 2005, une seconde communication des griefs a été envoyée à l'Union de Molenbeek. Celle-ci a répondu par courrier le 4 novembre 2005. En date du 19 mai 2005, le rapporteur a envoyé à l'Ordre national des pharmaciens sa communication des griefs. Les parties ont présenté leurs observations le 1^{er} juillet 2005. Le 4 octobre 2005, l'Ordre national des pharmaciens a transmis des observations complémentaires en réponse à la communication des griefs du 19 mai 2005.

11. En sus des parties auxquelles s'adresse le rapport d'instruction du rapporteur établi le 25 novembre 2005, ce même rapport s'adresse aussi à l'Union pharmaceutique de Molenbeek.

12. Concernant le règlement de l'Union pharmaceutique de Molenbeek, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- l'Union pharmaceutique de Molenbeek Saint Jean a enfreint l'article 2, §1^{er} de la loi en adoptant une réglementation des heures d'ouverture et fermeture des officines sur son territoire ce qui constitue une décision d'association d'entreprise restrictive de concurrence qui a pour objet sinon pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci;
- cette décision ne peut bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2, § 3 de la loi, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de cette décision, d'en ordonner la cessation et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

Concernant les normes déontologiques et communications prises par l'Ordre des pharmaciens, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de constater que:

- la première règle de déontologie est proportionnelle à l'objectif légitime poursuivi, à savoir assurer le service de garde (nécessité d'ordre social) et échappe au champ d'application de l'article 2, §1^{er} de la loi,
- les règles déontologiques (2, 3 et 6) et les communications (11, 13, 18, 22, 26, 29, 30, 31, 33, 37, 43 et 44) sont des décisions d'association d'entreprises ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et constituent des infractions à l'article 2, § 1^{er} de la loi,
- ces règles et communications ne peuvent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2 §3 de la loi, les conditions prévues pour son octroi n'étant pas remplies.

Version publique

Par conséquent, le rapporteur propose au Conseil de la concurrence de déclarer la nullité de ces règles et communications et d'ordonner de s'abstenir d'adopter toute mesure ayant un objet ou un effet identique ou équivalent.

13. Le rapporteur a joint les trois affaires reprises ci-dessus et enregistrées (CONC-I/O-98/0004 – E.S. /Ordre des pharmaciens, CONC-I/O-98/0024 – L.P.D. /Ordre des pharmaciens et CONC-I/O-98/0032 – Groupe Multipharma sc et G. M. /Ordre des Pharmaciens) dans son rapport d'instruction établi le 25 novembre 2005, les pratiques incriminées des organisations professionnelles locales et de l'Ordre national étant similaires.

14. Le 1^{er} octobre 2006 est entré en vigueur la nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée par arrêté royal du 15 septembre 2006 et publiée au Moniteur belge du 29 septembre 2006 (ci-après dénommée « LPCE »). Sous cette nouvelle loi, le Corps des rapporteurs est nouvellement dénommé « Auditorat » et les rapporteurs, nouvellement dénommés « auditeurs ».

15. A l'audience du Conseil de la concurrence du 5 juin 2007, un calendrier a été établi de façon contradictoire permettant aux parties de déposer des observations écrites dans les trois affaires.

16. A l'audience du 6 septembre 2007, les parties ont été entendues par la chambre du Conseil de la concurrence dans les trois affaires.

17. Le Conseil de la concurrence constate la connexité des trois affaires qui concernent les mêmes pratiques et dans lesquelles l'Ordre des pharmaciens se retrouve à chaque fois une des parties incriminées. L'auditeur a joint les affaires pour les besoins de son rapport et les affaires ont été traitées à la même audience. Le Conseil estime souhaitable de joindre les affaires également pour sa décision. La présente décision est donc à considérer comme décision dans le sens de l'article 52 LPCE pour les affaires CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024 et CONC-I/O-98/0032.

II. Les parties incriminées

18. L'Ordre des Pharmaciens (ci-après: l'Ordre) est un organisme créé par la loi du 19 mai 1949 et régi par les dispositions de l'arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967. Ses organes sont: les conseils provinciaux, les conseils d'appel et le conseil national. Pour pouvoir pratiquer en Belgique, tout pharmacien doit être inscrit au tableau de l'Ordre.

Il est établi dans chaque province un conseil provincial de l'Ordre des pharmaciens qui a autorité et juridiction sur les pharmaciens qui sont inscrits au tableau de l'Ordre de cette province. Les conseils provinciaux veillent au respect des règles de la déontologie. Ils sont chargés de réprimer disciplinairement les fautes des membres inscrits à leur tableau. Deux conseils d'appel sont institués: l'un utilisant la langue française, l'autre la langue néerlandaise.

Le conseil national de l'Ordre des pharmaciens comporte deux sections: l'une d'expression française et l'autre d'expression néerlandaise. Le conseil national élabore les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, donner force obligatoire au code de déontologie pharmaceutique et aux adaptations qui seraient élaborées par le conseil national (article 15 de l'A.R. no. 80 du 10 novembre 1967).

19. Dans l'affaire CONC-I/O-98/0004, outre l'Ordre national, le rapport s'adresse aussi à un groupement local de pharmaciens. Il s'agit des pharmaciens de Braine-l'Alleud qui ont constitué entre eux une association dénommée "Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles –

Version publique

Secteur de Braine-l'Alleud" (ci-après: Cercle royal). C'est une association de fait qui est composée de dix pharmaciens gérants d'officine dont neuf sont énumérés dans le rapport du rapporteur.

20. Dans l'affaire CONC-I/O-98/0024, de même, la deuxième partie incriminée est aussi un groupement local de pharmaciens. Il s'agit de l'Union Pharmaceutique d'Etterbeek (ci-après: l'Union d'Etterbeek) qui s'est constituée le 17 août 1899 en une union professionnelle, conformément à la loi du 31 mars 1898 sur les Unions professionnelles publiée au moniteur belge le 8 avril 1898. L'Union jouit de la personnalité juridique conformément à l'arrêté du Régent pris en exécution de l'article 6 de la loi du 31 mars 1898 paru au moniteur belge du 23-24 août 1948.

21. Enfin, dans l'affaire CONC-I/O-98/0032, le groupement local de pharmaciens visé est l'Union Pharmaceutique de Molenbeek Saint Jean (ci-après: l'Union de Molenbeek) qui s'est constituée en une union professionnelle, conformément à la loi du 31 mars 1898 sur les Unions professionnelles publiée au moniteur belge le 8 avril 1898. L'Union de Molenbeek jouit de la personnalité juridique conformément à l'arrêté du Régent cité ci-avant.

22. Dans la présente décision, les parties incriminées visées dans les trois affaires autres que l'Ordre, sont nommées « associations ou groupements locaux » et leurs règlements, « accords locaux ».

III. Objet du rapport et faits pertinents

23. Le rapport du rapporteur vise d'abord une série de normes déontologiques et de communications de l'Ordre des pharmaciens qui, en résumé, concernent les heures d'ouverture et de fermeture des pharmacies. Le rapport vise ensuite des accords établis par les trois associations locales de pharmaciens décrites ci-dessus, avec un objet identique, à savoir les heures d'ouverture et de fermeture des officines. Le rapport concerne également certaines normes déontologiques, règles et communications de l'Ordre des pharmaciens qui ont trait à la publicité et aux ristournes accordées par les pharmaciens.

3.1. Règles de l'Ordre relatives à la garde et aux heures d'ouverture et de fermeture

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

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

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

25. Le Code de la déontologie comprend notamment les règles relatives à la continuité des soins en ce compris l'organisation des services de garde. Il énonce les principes sur la base desquels sont

Version publique

déterminées les obligations sociales du pharmacien et il prévoit des dispositions de nature à sauvegarder le caractère non commercial de la profession.

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

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

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

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

3.2. Les accords locaux

28. Au-delà des règles de l'Ordre évoquées ci-dessus, dans l'affaire CONC-I/O-98/0004 l'auditeur met en cause l'accord du 25 octobre 1996 du Cercle royal réglementant l'organisation du service de garde et les heures d'ouverture et de fermeture des officines établies sur le territoire de Braine-l'Alleud. Cet accord concerne les dix pharmaciens établis à Braine-l'Alleud à l'exception de Madame E.S., la plaignante.

29. Dans l'affaire CONC-I/O-98/0024, un accord similaire est pris par l'Union d'Etterbeek sur la base d'un referendum et a été communiqué le 29 novembre 1996 à tous les pharmaciens établis sur le territoire d'Etterbeek. Dans l'affaire CONC-I/O-98/0032, l'auditeur encore met en cause un accord similaire aussi pris sur la base d'un référendum qui a été communiqué à tous les pharmaciens établis sur le territoire couvert par l'Union de Molenbeek, que ceux-ci soient membres ou non de l'association locale. Tous ces accords locaux règlent les heures maximales durant lesquelles les pharmacies peuvent être ouvertes, fixant ainsi des horaires à respecter.

3.3. Les règles de l'Ordre concernant la publicité et les ristournes

30. Outre la problématique des heures d'ouverture et de fermeture des officines en liaison avec l'obligation du service de garde, le rapport de l'auditeur met également en cause certaines interdictions qui s'avèrent être, selon lui, des restrictions de concurrence en matière de publicité et de ristournes octroyées. Il s'agit des règles suivantes.

Version publique

La règle déontologique n° 2 du 22 novembre 1951 précise que la commercialisation outrancière de la profession contrevient à son but, que la publicité directe ou indirecte en faveur d'une officine déterminée tend à confondre la profession pharmaceutique avec l'exercice d'un négoce. Le Conseil national rappelle aux pharmaciens inscrits qu'il est anti-déontologique de faire de la publicité pour leur officine de la provoquer ou de la tolérer. Il peut être admis tout au plus la référence au nom du prédécesseur ou à la raison sociale.

La règle déontologique n° 3 condamnant la concurrence au sein du corps pharmaceutique du 17 février 1955 prévoit qu'un pharmacien ne peut se livrer directement ou indirectement à la publicité en faveur de son officine, sous quelque forme que ce soit et qu'il peut être incriminé pour une publicité qui n'est pas son fait s'il y a consenti, même tacitement, en demeurant passif et en permettant ainsi la continuation.

La règle de déontologie n° 6 du 15 juillet 1965 se réfère à l'AR n° 80 du 10 novembre 1967 selon lequel les conseils peuvent interdire aux membres de l'Ordre toute activité incompatible avec l'exercice honnête de la pharmacie ou de nature à porter atteinte à la considération des pharmaciens. L'Ordre considère comme anti-déontologique : le fait d'exposer à l'attention du public des indications thérapeutiques ou des recommandations en faveur de médicaments, sous quelque forme que ce soit (notamment par panonceaux, par réclames, par présentoirs, par emballages factices, etc.).

Aux côtés des règles déontologiques relatives à l'interdiction de faire de la publicité, cette interdiction est également établie dans 8 communications: 11, 13, 18, 22, 26, 30, 31 et 33.

Les communications 11 et 13 rappellent l'interdiction de la publicité. La communication 18 précise qu'il est interdit à tout pharmacien de faire n'importe quelle réclame ou d'en tolérer à son profit pour une activité para-pharmaceutique (délivrance de bandages herniaires, ceintures, articles orthopédiques, optique, appareils acoustiques, phytopharmacie, etc.).

Les communications 30, 31 et 33 concernent les moyens indirects de publicité: le pharmacien ne peut faire état de la qualité de ses produits, ni prétendre être particulièrement qualifié pour la dispensation de tel ou tel genre de médicaments. Il est anti-déontologique pour le pharmacien de prétendre disposer d'une spécialisation ou d'une qualification particulière quelconque. De même, il est interdit au pharmacien d'attirer la clientèle de quelque façon que ce soit.

31. Le rapport de l'auditeur vise aussi des communications de l'Ordre relatives aux ristournes que les pharmaciens accordent à leurs clients. Il s'agit en particulier de deux communications.

La communication n° 13 du 12 avril 1962 rappelle que la troisième règle de déontologie interdit au pharmacien de se livrer directement ou indirectement à de la publicité en faveur de son officine, sous quelque forme que ce soit, et notamment par le biais de la ristourne octroyée aux patients. Le Conseil national en déduit que la notoriété de la ristourne immédiate et systématique pratiquée dans certaines officines entraîne inévitablement une publicité et les Conseils provinciaux ont le pouvoir de réprimer ces pratiques que sont, notamment, l'octroi de ristournes, dès l'instant où ces pratiques sont accompagnées d'agissements de nature à porter atteinte à l'honneur, la discrétion, la probité ou la dignité des membres de l'Ordre.

Dans la communication n° 44 du 9 novembre 1995, le Conseil national rappelle qu'il est « sans équivoque opposé à l'octroi de ristournes en pharmacie ». Elle condamne le principe car il est contraire à la dignité des membres de l'Ordre et il est de nature à assimiler les pharmaciens à des commerçants alors que, tout au contraire, le pharmacien exerce une profession libérale. Par ailleurs, même si "le Conseil national ne dispose plus d'aucune base légale pour interdire la ristourne comme telle, et n'est pas en mesure de s'opposer aux ristournes coopératives", les Conseils de l'Ordre sont cependant compétents pour réprimer disciplinairement les abus en matière de ristournes ainsi que les

Version publique

ristournes accompagnées d'agissements de nature à porter atteinte à l'honneur, la discrétion, la probité ou la dignité des membres de l'Ordre. »

IV. Questions préalables

32. Les parties incriminées ont soulevé la question de savoir si l'auditeur pouvait étendre la procédure au-delà du sujet des plaintes ; celles-ci ayant pour objet les restrictions en matière d'heures d'ouverture et de fermeture des officines. En d'autres mots, selon les parties incriminées, l'auditeur aurait, à tort, étendu l'objet de la procédure en portant son investigation aussi sur les restrictions en matière de publicité et de ristournes octroyées.

Dans ses observations écrites ainsi qu'à l'audience du 6 septembre 2007, l'Ordre confirme ne pas contester que l'auditeur puisse élargir son enquête mais il estime alors que l'auditeur aurait dû justifier l'opportunité de traiter ces restrictions. Par cet argument, l'Ordre fait donc référence à l'absence de lien qui existe entre l'objet de la plainte et les restrictions relatives à la publicité et aux ristournes.

33. Le Conseil de la concurrence considère que rien ne s'oppose à ce que l'auditeur puisse élargir l'objet de son enquête. Une plainte est à considérer comme un élément révélateur d'une pratique éventuellement contraire au droit de la concurrence. L'auditeur n'est donc pas lié par le sujet de la plainte, il agit, tout comme le Conseil de la concurrence au sens strict, dans l'intérêt public en vue de protéger la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

34. La question qui se pose est de savoir si, dans les cas d'espèce, l'élargissement de l'enquête obligeait l'auditeur à donner une motivation particulière ou à suivre une démarche spécifique au niveau de la procédure.

En matière de concurrence économique, l'examen d'une affaire a pour toile de fond l'ensemble du marché concerné et il s'élève dès lors à travers l'intérêt particulier vers l'intérêt économique général. Au niveau de la procédure, le plaignant se limite en fait à révéler à l'autorité publique une situation qu'il prétend porter atteinte à la libre concurrence; passé ce stade, son rôle s'estompe. Dès lors, le Conseil de la concurrence estime que l'on ne peut imposer à l'auditeur qui étend son champ d'investigation, une obligation de motivation telle qu'évoquée par l'Ordre, une telle obligation n'ayant pas de fondement dans la LPCE.

Par ailleurs, l'auditeur a, en cours d'audience, expliqué que plusieurs plaintes avaient été déposées pendant la même période. Toutes ces plaintes parallèles invoquent des règles de l'Ordre ressenties par les plaignants comme des restrictions de concurrence. Et contrairement à ce que prétend l'Ordre, tant pour les heures d'ouverture et de fermeture des officines que pour l'interdiction de la publicité et des ristournes, il est aussi question dans la même affaire ou dans des affaires connexes, de sanctions disciplinaires.

Ainsi le lien objectif qui existe entre les différentes restrictions se trouve dans le fait que les restrictions sont établies par l'Ordre national des pharmaciens en trouvant leur origine dans les règles générales adoptées par l'Ordre et dès lors obligatoires pour tous les pharmaciens et sanctionnées de façon disciplinaire en cas de leur non-respect. Qui plus est, ces restrictions ont aussi en commun le fait qu'elles touchent directement à la position concurrentielle des pharmaciens et à leurs possibilités de communication avec leurs clients.

35. Pour conclure, l'Ordre a soulevé que les pratiques faisant l'objet du rapport ont perdu leur actualité puisque les règles déontologiques de l'Ordre ont été modifiées et que depuis, tant la déontologie que la pratique ont fortement évolué ces dernières années.

Version publique

Il est vrai que les griefs mentionnés dans le rapport se rapportent à une version antérieure du Code de déontologie pharmaceutique et donc à d'anciennes règles déontologiques qui, semble-t-il, auraient été modifiées depuis lors. Le Conseil de la concurrence constate que l'auditeur a choisi de ne pas inclure dans son enquête, la nouvelle version du Code rentré en vigueur le 31 mars 2005.

Lors de l'audience, l'Ordre a clarifié que sa demande au Conseil de ne pas se prononcer dans cette affaire, pose en réalité une question d'opportunité et n'a pas de fondement dans la loi.

Le Conseil rappelle que dans le système actuel de la LPCE, le Conseil agit comme juridiction administrative et doit se prononcer sur les pratiques décrites dans les rapports que l'auditeur a déposés.

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

V. Marché en cause

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

37. En ce qui concerne le marché géographique pertinent pour l'analyse des accords des groupements locaux, toutes les parties en cause s'accordent pour le définir comme étant un marché local. Elles ne contestent donc pas la définition du marché géographique retenue par l'auditeur qui, dans le cas d'espèce, limite le marché au territoire de chaque organisation professionnelle locale.

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

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

38. Toutefois, il faut constater, à l'instar de l'auditeur, que les normes déontologiques et les communications édictées par l'Ordre ont un caractère national. Le Conseil de la concurrence estime que les effets concurrentiels des règles établies par l'Ordre se font sentir en dehors du contexte purement local, compte tenu de leur caractère national. En effet, tout pharmacien qui ne respecte pas les normes et communications établies par l'Ordre peut se voir sanctionner et ce, quelle que soit l'organisation professionnelle à laquelle il appartient localement. Ainsi, pour l'analyse concurrentielle des pratiques imputables à l'Ordre, le Conseil tiendra également compte des effets sur le territoire de la Belgique.

VI. Commerce entre Etats membres

39. Sur la base de l'article 3 du Règlement 1/2003 (JOCE L1 p. 1) le Conseil de la concurrence doit d'abord examiner d'office si les pratiques qui font l'objet de ces affaires doivent également être

Version publique

analysées sous l'angle de l'article 81 du Traité CE. Il faut donc déterminer si les pratiques de l'Ordre et les accords des différents groupements locaux sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre les états membres. Dans son rapport l'auditeur n'a pas considéré l'application éventuelle de la prohibition de l'article 81 CE.

40. Le Conseil de la concurrence estime que pour les accords locaux des groupements locaux, il découle de la définition du marché géographique pertinent ci-dessus, que le Conseil peut appliquer la présomption de l'absence d'affectation sensible du commerce entre états membres (Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOCE C 101 p. 81, § 50 et suivants) sur base du caractère restreint du territoire affecté par chaque accord.

41. Concernant les règles et communications de l'Ordre qualifiées comme restrictives de la concurrence par l'auditeur, le Conseil de la concurrence a constaté que ces pratiques concernent l'ensemble du territoire de la Belgique. Par ce fait, ces pratiques pourraient être susceptibles d'affecter le commerce entre états membres (§ 78 et suivants des Lignes directrices mentionnées).

Néanmoins, le Conseil considère que dans le cas d'espèce, la capacité de ces pratiques de cloisonner le marché belge n'est pas établie. Le potentiel d'activités de pharmaciens venant d'autres états membres semble limité. Le Conseil estime qu'en tout état de cause, par la nature des restrictions qui sont en cause dans ces affaires, ces restrictions ne peuvent pas créer une entrave qui serait un élément décisif dans le choix d'un pharmacien étranger de s'installer ou non en Belgique (CJCE 21 janvier 1999, affaires C-215/96 et 216/96, Jurispr. (1999) p. I-135). Le Conseil n'appliquera pas l'article 81 du Traité CE dans les trois affaires faisant l'objet de la présente décision parce que les dossiers ne permettent pas de constater une affectation au moins potentielle du commerce entre états membres.

VII. L'existence de pratiques restrictives

7.1. Association d'entreprises

42. Ni l'Ordre, ni le Cercle royal ne contestent encore devant le Conseil de la concurrence qu'en ce qui concerne les pratiques mises en cause, l'Ordre est à considérer comme une association d'entreprises dans le sens de l'article 2 §1 de la LPCE.

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

En adoptant des règles visées dans le cas d'espèce, l'Ordre agit en tant qu'association d'entreprises. Son statut de droit public n'empêche pas une telle qualification. 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 (Cass. 2 février 2006, cité ci-dessus, CJCE 19 février 2002, affaire C-309/99, Wouters, §64, Jurispr. (2002) p. I- 1577; Décision de la Commission du 24 juin 2004, Ordre belge des architectes, JOCE (2004) L 4 p. 10 (résumé); Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-19 du 21 août 2007, Ordre des vétérinaires). Le Conseil qualifie dès lors l'Ordre des pharmaciens comme une association d'entreprises.

44. 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.

Version publique

Les normes établies par l'Ordre sont imputables à l'association seule et ne peuvent pas être considérées comme l'exécution d'un pouvoir normatif conféré par le législateur (arrêt Wouters cité ci-dessus, Cass., cité ci-dessus). Il apparaît clairement du rapport de l'auditeur que le législateur a réglementé les services de garde mais il n'a pas chargé l'Ordre d'intervenir au niveau des horaires des pharmacies, dans quelque modalité que ce soit. Le même raisonnement est valable pour les règles concernant la publicité et les ristournes.

45. En ce qui concerne le Cercle royal dans l'affaire CONC-I/O-98/0004 (E.S./Ordre des pharmaciens), l'auditeur estime qu'il s'agit d'une association de fait sans organe de coordination et disposant pas de la personnalité juridique. A ce titre, selon l'auditeur, il ne peut s'agir d'une association d'entreprises au sens de la LPCE. Le Conseil estime que le manque de statut juridique ne mène pas nécessairement à la conclusion que le Cercle ne peut pas être considéré comme une association d'entreprises.

En tout état de cause, l'avis de l'auditeur de qualifier les pratiques comme un accord entre entreprises, est soutenu par le Conseil. Le Cercle royal n'a, par ailleurs, pas contesté que les décisions attaquées sont à considérer comme un accord entre les membres, pharmaciens de Braine-l'Alleud.

46. Il en va de même dans les affaires CONC-IO-98/0024 (L.P.D./Ordre des pharmaciens) et CONC-I/O-98/0032 (Groupe Multipharma et G.M./Ordre des pharmaciens). Dans ces affaires, il s'agit, par ailleurs, d'associations légalement établies et enregistrées.

7.2. Décision d'association d'entreprises ayant comme objet ou pour effet de restreindre la concurrence

7.2.1. Les règles déontologiques et communications de l'Ordre National des pharmaciens se rapportant au service de garde et à son organisation horaire

47. En premier lieu, il convient d'examiner l'ensemble des règles édictées par l'Ordre et qualifiées par l'auditeur comme restrictives de la concurrence en limitant les heures d'ouverture et de fermeture des officines. Dans ce contexte, il ressort du dossier et des différents arguments soulevés par les parties que le lien entre le service de garde d'une part, et les restrictions en matière des heures d'ouverture et de fermeture d'autre part, est essentiel dans le cadre de l'analyse que doit effectuer le Conseil de la concurrence.

Dans son rapport, l'auditeur constate que l'organisation du service de garde répond à un objectif social, notamment pour permettre aux citoyens de se procurer des médicaments tous les jours de la semaine et à toute heure du jour et de la nuit. Cet objectif se trouve exprimé dans la législation. Le Conseil cite la circulaire ministérielle du 5 octobre 1994 qui rappelle que le but du service garde est de garantir à la population la dispensation régulière et normale des soins de santé, tant en milieu hospitalier qu'à domicile. Le rôle de garde remplit donc une fonction d'ordre social et d'intérêt général.

48. La première règle déontologique de l'Ordre oblige les pharmaciens à participer au service de garde et permet à l'Ordre de sanctionner les manquements aux obligations réglementaires relatives à l'organisation des rôles de garde. Ainsi, refuser de participer au service de garde est un manquement aux devoirs déontologiques qui peut être sanctionné dans le cadre du système disciplinaire de l'Ordre. L'auditeur reconnaît dans son rapport l'obligation légale que constitue le service de garde et l'organisation des rôles de garde ainsi que l'utilité sociale et de santé publique que représente cette charge pour l'ensemble des pharmaciens qui sont tenus d'y participer.

49. Tout comme l'auditeur, le Conseil considère que cette première règle est nécessaire pour assurer le système du service de garde dont l'objectif d'intérêt général est clairement établi.

Version publique

En ce qui concerne l'obligation de participer au service de garde contenue également dans la première règle de l'Ordre, le Conseil estime que cette obligation est nécessaire au bon déroulement du service de garde.

La restriction qui résulte de cette obligation est justifiée par son objectif légitime et est inhérente au système du service de garde. Compte tenu du contexte global, la restriction peut donc rester en dehors du champ d'application de l'article 2 LPCE pour autant que la restriction soit également proportionnelle par rapport aux objectifs poursuivis (arrêt Wouters, cité ci-dessus, voir aussi CJCE, 18 juillet 2006, affaire C-519/04 P, Meca Medina, non encore publié).

50. Toutefois, le Conseil national a fait évoluer la notion d'organisation de service de garde par le biais de communications. Il s'agit des communications 29, 37 et 43 de l'Ordre qui interdisent aux pharmaciens d'ouvrir leur officine en dehors des horaires normaux d'ouverture ; ces horaires sont établis par une majorité significative de pharmaciens d'une même région. L'Ordre considère que même les pharmaciens qui ne sont pas membres de l'organisation professionnelle locale responsable de la fixation des horaires, doivent néanmoins respecter ceux-ci.

51. Selon l'auditeur, par le biais de ces communications, l'Ordre confère force obligatoire aux "règlements de service de garde" qui sont établis localement. En effet, l'Ordre considère que le non-respect de ces règlements peut constituer une infraction à la déontologie s'il se révèle que le praticien, soit gêne volontairement le fonctionnement du service de garde, soit abuse de son droit d'exercer librement sa profession et rendrait de ce fait impossible ou difficile l'application par ses confrères du règlement relatif aux heures d'ouverture et de fermeture des officines ainsi qu'aux jours de congés. Les Conseils provinciaux, les Conseils d'appel et la Cour de cassation retiendraient, dans la majorité des affaires semblables, une faute déontologique envers les pharmaciens qui ne respectent pas les « règlements de service de garde ».

Ces communications de l'Ordre limitant les heures d'ouverture et de fermeture des officines vont, selon l'auditeur, au-delà des restrictions qui peuvent être justifiées. Il s'agit des communications 29, 37 et 43 de l'Ordre. Elles ne sont pas à qualifier comme des corollaires nécessaires du service de garde. Selon l'auditeur, ces communications ont pour objet et pour effet de restreindre la concurrence.

52. L'Ordre défend que les règles en question n'enfreignent pas la LPCE puisqu'elles sont à considérer comme des règlements issus d'un ordre professionnel et qu'ils sont nécessaires et proportionnés afin d'assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général, au sens de la jurisprudence dite Wouters. L'objectif en question serait, notamment, celui de sauvegarder le caractère non commercial de la profession. L'Ordre fait aussi référence à son monopole légal pour la vente de médicaments qui serait équivalent à la gestion d'un service d'intérêt économique général, exprimé par l'obligation d'assurer la continuité du service et par la nécessité d'offrir un service de qualité, notamment au niveau de la qualité des conseils dispensés. Une réglementation limitant les heures d'ouverture et de fermeture rentrerait dès lors dans l'objectif de garantir à la population la dispensation régulière et normale des soins de santé.

En ce qui concerne la nécessité d'une telle réglementation sur les heures d'ouverture et de fermeture d'officines, l'Ordre invoque plusieurs arguments. Il souligne que les règlements d'heures d'ouverture et de fermeture facilitent l'accès aux officines pour les consommateurs et la gestion des stocks par les pharmaciens, qu'ils sont aussi nécessaires pour garantir une assistance médicale et un suivi de patients de qualité. De tels règlements ont pour objet de répartir au mieux l'ouverture des officines pharmaceutiques entre d'une part, les horaires normaux d'ouverture où un maximum d'officines doivent être ouvertes et d'autre part, les jours et les heures où un nombre limité d'officines ouvertes suffisent.

Version publique

Selon l'Ordre, il est aussi impératif de mettre en place un système qui permet d'imposer des sanctions en cas d'infraction à ces réglementations afin d'assurer leur efficacité. En outre, une bonne coordination entre les différentes officines d'une région n'est possible qu'en présence de sanctions à l'égard de comportements qui risqueraient de nuire à la coordination des horaires de gardes de chacun, et donc au bon fonctionnement du système en lui-même.

53. Le Conseil de la concurrence constate que le caractère restrictif de ces communications ne peut être contesté et que d'ailleurs, il n'est pas contesté par l'Ordre lui-même. Il résulte clairement de la jurisprudence que le fait de restreindre la liberté des pharmaciens d'ouvrir leur officine selon leur propre préférence est une restriction de la concurrence. Les horaires constituent un élément important qui permet à un pharmacien de rentrer en concurrence avec ses confrères, et davantage dans un marché encore fortement réglementé.

Ces restrictions sont, du moins partiellement, prises dans le but de restreindre la concurrence entre les pharmaciens et en tout cas, elles ont pour effet de restreindre la concurrence (voir aussi Décision du Conseil français de concurrence du 15 septembre 1998, www.rajf.org).

54. Le caractère restrictif des communications ainsi établi, le Conseil de la concurrence doit examiner si ces communications peuvent tout de même échapper à l'interdiction de l'article 2§1 LPCE. Les arguments de l'Ordre, résumés ci-dessus, consistent à dire qu'il existe un lien clair entre le service de garde et les restrictions d'horaires et que ce lien justifie les restrictions, et de ce fait, elles ne tombent plus dans le champ d'application de l'article 2§1 LPCE.

55. La Cour de Cassation a considéré que la réglementation d'un service de garde qui inclut les jours et les heures d'ouverture et de fermeture peut être utile ou nécessaire pour garantir un octroi régulier et normal des soins de santé. La Cour précise qu'une telle réglementation doit répondre aux exigences de la libre concurrence et peut notamment être maintenue si elle répond aux besoins impératifs d'un octroi régulier et normal des soins de santé (Cass. 25 février 2000, Ordre des pharmaciens, Pas. 2000, no. 144; Cass. 3 juin 2005, Ordre des médecins, Pas. 2005, no. 314; Cass. 2 février 2006, cité ci-dessus).

Sur la base de cette jurisprudence, l'Ordre doit donc démontrer, dans les cas d'espèce, qu'il est nécessaire pour les besoins impératifs d'un octroi régulier et normal des soins de santé, d'obliger les pharmaciens à organiser des systèmes d'horaires obligatoires au niveau local et de sanctionner les infractions à ces ententes locales au titre de manquement déontologique.

56. Le Conseil de la concurrence tient à préciser que la jurisprudence de la Cour de Cassation a donné des paramètres (besoins impératifs, nécessité et proportionnalité) mais la Cour n'a pas eu l'occasion de trancher la question de savoir si les restrictions en matière d'heures d'ouverture et de fermeture sont effectivement nécessaires au sens de cette jurisprudence. La Cour de Cassation formule, cependant, des critères stricts afin de sauvegarder la liberté de concurrence (voir également Cass. 22 décembre 2005, Orde van Vlaamse balies, Pas. 2005, no. 601).

57. Dans les présentes affaires, les plaignants sont confrontés à des accords locaux stipulant la fermeture obligatoire des officines par exemple, le samedi après-midi et le mercredi après-midi et une pause obligatoire d'une heure en milieu de journée. Les plaignants, pour n'avoir pas respecté les obligations de ces accords locaux établis par des groupements locaux de pharmaciens, ont subi des sanctions importantes: pour une plaignante, la suspension de ses activités pour trois mois a été prononcée en première instance, et en appel, elle fut maintenue mais réduite.

Rejoignant l'auditeur, le Conseil estime que l'Ordre n'a pas démontré la nécessité requise permettant de limiter les heures d'ouverture pendant la journée.

Version publique

Il faut distinguer les restrictions en cause des restrictions d'ouverture pendant la nuit ou le dimanche qui peuvent être nécessaires afin d'assurer que le service de garde ne soit pas perturbé. Telle n'est pas la nature des restrictions mises en cause devant le Conseil. Au contraire, ces restrictions concernent la journée et le samedi, en d'autres termes, elles s'appliquent pendant leurs heures normales d'ouverture des autres commerces.

Il ressort ainsi du dossier que certains pharmaciens n'ont pas la possibilité d'ouvrir plus tôt le matin ou de rester ouvert pendant l'heure du midi. Cet effet restrictif est encore renforcé par le fait qu'en réalité non seulement les jours d'ouverture et de fermeture sont fixés mais également le nombre maximal des heures d'ouverture est déterminé. Ces restrictions ne laissent donc que très peu de flexibilité pour les pharmaciens.

De telles restrictions d'heures d'ouverture et de fermeture ont pour résultat qu'il ne peut y avoir de concurrence durant le laps de temps où la majorité des pharmacies est fermée. Ainsi, pour de nouveaux entrants sur le marché, ces restrictions constituent un obstacle au développement d'une clientèle.

Dès lors, le Conseil considère ce type de restrictions ni nécessaire, ni proportionnel par rapport aux objectifs sociaux et d'intérêt général. Et leur caractère disproportionné s'en trouve renforcé par les sanctions disciplinaires qui peuvent être infligées et pouvant entraîner des conséquences économiques importantes pour les pharmaciens concernés.

58. Pour le Conseil de la concurrence, le lien direct que requiert la jurisprudence entre le service de garde d'une part, et les restrictions des horaires d'autre part, n'est pas établi. En mettant en place un système où tous les pharmaciens sont tenus de respecter des horaires d'ouverture et de fermeture des officines, l'Ordre a enfreint l'article 2§1 LPCE. En outre, en obligeant les Unions et les groupements locaux de pharmaciens de créer des ententes ou des accords locaux et en rendant ceux-ci obligatoires au travers du système disciplinaire, l'Ordre a également enfreint l'article 2§1 LPCE.

59. L'Ordre estime toutefois ne pas être responsable pour les restrictions horaires des officines puisqu'elles sont déterminées par des groupements locaux et que par ailleurs, ces horaires de restriction varient selon les régions où elles s'appliquent; ce qui démontre, selon l'Ordre, que sa responsabilité ne peut donc être mise en cause.

Comme dit ci-dessus, l'Ordre pose le principe du lien nécessaire entre le service de garde et les horaires créant ainsi la base pour l'adoption de règlements sur les heures d'ouverture et de fermeture. Par ce fait, il a incité et même obligé les groupements locaux à prendre des accords au niveau local. L'Ordre intègre ces accords locaux dans l'ensemble de ses règles déontologiques qui sont obligatoires pour tous les pharmaciens établis en Belgique puisque leur non-respect constitue un manquement à la déontologie. Il en résulte que le Conseil estime que l'Ordre est du moins co-responsable de ces restrictions érigées dans des accords et règlements locaux qui, à défaut d'être respectés, seront sanctionnés en vertu des règles déontologiques décrites dans le rapport de l'auditeur

7.2.2. Les accords locaux des associations de pharmaciens

60. En ce qui concerne l'accord du Cercle royal dans l'affaire CONC-I/O-98/0004, le Conseil de la concurrence estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si cet accord entre les pharmaciens de Braine-l'Alleud constitue un accord entre pharmaciens individuels ou entre leurs sociétés dans la mesure où le Conseil considère qu'une des conditions de l'article 2 § 1 LPCE n'est pas remplie (voir ci-dessous VII. 3).

61. Il s'ensuit de l'analyse du Conseil que la fixation des heures d'ouverture et de fermeture établie par des accords locaux mais sanctionnée par l'ensemble des règles et communications de l'Ordre

Version publique

constitue une restriction à la concurrence grave. Néanmoins, il n'est pas nécessaire pour le Conseil d'examiner chacun de ces accords locaux visés par l'auditeur du fait qu'ils ne remplissent pas toutes les conditions d'application de l'article 2 de la LPCE.

7.2.3. Les règles déontologiques et communications de l'Ordre des pharmaciens relatives à l'interdiction de la publicité et des ristournes

62. L'auditeur vise, dans son rapport, une deuxième catégorie de restrictions établies par l'Ordre en matière de publicité et de ristournes envers lesquels les pharmaciens sont également tenus de respecter.

Comme déjà évoqué plus haut, l'auditeur a précisé que son instruction, tant en matière d'organisation du service de garde qu'en matière de publicité et de ristourne, ne porte que sur les règles déontologiques applicables avant le 31 mars 2005, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du nouveau Code déontologique.

63. Dans son rapport, l'auditeur reconnaît que la profession de pharmacien est une activité spécifique qui ne doit pas être assimilée à un simple négoce. Il se réfère à la pratique décisionnelle de la Commission européenne qui estime que la publicité est un des éléments essentiels de concurrence entre les membres d'une profession libérale au même titre que le mérite du praticien et la qualité de ses services. Pour l'auditeur, les pharmaciens doivent avoir la liberté de chercher activement des clients sans que cela ne mette directement en cause la qualité de la relation personnelle entre les pharmaciens et leurs clients.

64. En vertu des règles déontologiques et des communications de l'Ordre, «se livre à la publicité et par conséquent agit contrairement aux règles de déontologie, le pharmacien qui fait mention de son officine dans des prospectus, brochures, bottins; expose à l'attention des patients des indications thérapeutiques ou des recommandations en faveur de médicaments, quelle que soit la forme utilisée; indique la (les) catégorie(s) de vente de produits pharmaceutiques de son officine; effectue des réclames pour des produits de parapharmacie; crée une vitrine trop commerciale " gadgetisée"; offre des ristournes, des rabais, des remises, des cadeaux; place à l'extérieur de l'officine des horloges, des thermomètres, baromètre etc.»

Selon l'auditeur, malgré la spécificité de la profession, rien ne permet de justifier une aussi large restriction à l'information. Il ne peut être retenu ni l'atteinte à la considération des pharmaciens, ni leur devoir de confraternité. Ainsi pour l'auditeur, l'ensemble de ces règles et communications a l'objet et l'effet de restreindre la concurrence entre les pharmaciens.

65. Il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'analyse du Conseil de faire une distinction entre les restrictions en matière de publicité et celles en matière de ristourne. Les règles déontologiques considèrent que les ristournes sont une façon d'attirer les clients au même titre que, par exemple, des panneaux publicitaires.

66. Selon le Conseil, la possibilité de faire de la publicité est un élément essentiel de concurrence (voir Cass. 25 février 2000, cité ci-dessus; Décision Commission du 7 avril 1999, EPI, JOCE (1999) L 106 p. 14, § 39 et suivants; Rapport de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales en 2004 et le deuxième Rapport en 2005, http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/reports/reports.html). Et cet élément est d'autant plus essentiel pour les pharmaciens puisque le marché des médicaments est encore, du moins partiellement, fortement réglementé et que des entraves (légales) sont toujours existantes empêchant ainsi le pharmacien de déterminer librement son prix de revente.

Version publique

67. Sur cette partie de l'instruction menée par l'auditeur, l'Ordre estime qu'une analyse approfondie fait défaut. Néanmoins, le Conseil est d'avis 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 concurrence. Eu égard à la jurisprudence établie, lorsqu'une pratique a pour objet de restreindre la concurrence, ses effets anticoncurrentiels ne doivent pas être démontrés de façon approfondie (Lignes directrices Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 Traité CE, § 19-21; TPI 27 septembre 2006, affaire T-168/01, non encore publié, § 111).

7.3. Effet sensible de la restriction sur une partie substantielle du marché belge

68. Dans le cadre de l'interdiction énoncée à l'article 2 LPCE, il faut établir que la pratique a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

69. L'effet sensible des restrictions qui font l'objet de la présente décision, suit du fait que ces restrictions ont été qualifiées comme ayant comme objet même de restreindre la concurrence entre les pharmaciens. Comme déjà rappelé ci-dessus, en présence d'un objet anticoncurrentiel les effets anticoncurrentiels ne doivent pas être démontrés.

En tout état de cause, le Conseil de la concurrence estime que tant dans le rapport d'instruction que dans les observations écrites de l'auditeur, il y a suffisamment d'éléments repris qui démontrent l'effet sensible, au moins potentiellement, de ces restrictions sur le marché. L'effet sensible sur le marché belge est renforcé par le caractère national des règles de l'Ordre : tout pharmacien actif sur le territoire belge est tenu de respecter ces règles et l'accès aux médicaments passe par les pharmaciens. Au surplus, il suit de l'analyse du Conseil que les restrictions en cause touchent au peu d'instruments que le pharmacien possède pour entrer en concurrence avec ses collègues : tels que les heures d'ouverture (la disponibilité), la publicité et les ristournes.

70. Le Conseil considère que l'ensemble des règles de l'Ordre, aussi bien en matière des heures d'ouverture et de fermeture qu'en matière de publicité et de ristournes, a un impact sur tout le territoire belge. Pour le Conseil, les restrictions de concurrence ne découlent pas uniquement des accords conclus localement, comme l'Ordre le prétend. Il n'est pas nécessaire d'examiner les différents arguments concernant la juxtaposition des différents marchés locaux, dès lors que les restrictions ne sont pas le résultat des accords locaux qui sont établis sur l'incitation de l'Ordre. Ces restrictions découlent principalement des règles déontologiques et des communications de l'Ordre.

71. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les accords conclus par les groupements locaux.

Selon le Conseil, il est difficile de concevoir que l'accord conclu entre les pharmaciens établis sur le territoire de Braine-l'Alleud dans l'affaire CONC-I/O-98/0004, puisse être considéré comme ayant un impact sur une partie substantielle du marché belge. Par ailleurs, l'auditeur n'a pas démontré que les effets d'un tel accord ont dépassé le territoire de la commune de Braine-l'Alleud et que les pharmaciens établis aux alentours de la commune de Braine-l'Alleud en ont subi les effets. Dans les affaires CONC-I/O-98/0024 et CONC-I/O-98/0032 il s'agit à chaque fois d'un territoire d'une commune ou de, tout au plus, quelques communes avoisinantes.

C'est à juste titre que dans l'affaire CONC-I/O- 98/0004 le Cercle royal a invoqué qu'un effet sur la concurrence au sens de l'article 2 ne peut être présumé. Si le législateur a inclus la condition « sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci », on peut en déduire que la loi ne s'applique pas à des pratiques qui ont un effet négligeable sur la concurrence en Belgique.

Version publique

Le territoire d'une commune ou de quelques communes pourrait constituer une partie substantielle du marché belge. Mais le Conseil doit évaluer chaque comportement dans son contexte concret à savoir, en l'espèce, la nature de la profession, son organisation ainsi que la nature des restrictions en cause. Dans les présentes affaires, rien ne permet de conclure que les accords locaux établissant un rôle de garde et un règlement des heures d'ouverture et de fermeture ont pu restreindre la concurrence, chacun individuellement, dans une partie substantielle du marché belge.

7.4. L'exception de l'article 2 §3 LPCE

72. Le Conseil établit que les conditions d'application de l'article 2 §1 LPCE sont remplies dans le chef de l'Ordre en ce qui concerne les restrictions des heures d'ouverture et de fermeture des pharmacies et les restrictions en matière de publicité et de ristourne. L'Ordre estime qu'il peut bénéficier de l'application de l'exception prévue par l'article 2 §3 LPCE. Selon l'auditeur, les conditions du §3 de l'article 2 ne sont pas remplies et dès lors l'exemption ne peut être accordée.

73. Le Conseil souligne au préalable que la charge de la preuve relative aux quatre conditions cumulatives reprises dans le §3 de l'article 2 LPCE incombe à l'Ordre.

En ce qui concerne les restrictions des horaires des pharmacies, le Conseil constate que les arguments soulevés par l'Ordre dans ses observations écrites et à l'audience sont basés exclusivement sur le lien nécessaire qui existe entre le service de garde d'une part, et les restrictions des heures d'ouverture et de fermeture d'autre part.

Pour les deux premières conditions de l'article 2 §3 LPCE (amélioration de la distribution et bénéfice pour le consommateur), l'Ordre se réfère notamment à la garantie de la dispensation régulière des médicaments et à la continuité assurée de l'accès aux médicaments.

Néanmoins, le Conseil a analysé ces mêmes arguments dans le cadre de son analyse sur le caractère restrictif des règles et communications de l'Ordre et a estimé que la fixation des heures d'ouverture et de fermeture ne peut pas être considérée comme un corollaire nécessaire du service de garde ou comme une condition nécessaire pour l'accès des patients aux médicaments dont ils ont besoin. L'Ordre n'a pas établi que le règlement des horaires constitue une amélioration de la distribution des médicaments qui bénéficie au consommateur.

Par ailleurs, le Conseil a constaté dans le cadre de la même analyse, le caractère disproportionnel des restrictions. La proportionnalité constitue une autre condition dans le cadre de l'article 2 §3 (sous 3 a). Le Conseil ne doit plus examiner les autres conditions prévues au §3 de l'article 2 LPCE, ces conditions étant cumulatives.

74. En ce qui concerne les restrictions en matière de publicité et de ristournes, le Conseil constate que l'Ordre n'invoque pas le §3 de l'article 2 LPCE.

VIII. Sanctions

8.1. Dans le chef des groupements locaux

75. Dans l'affaire CONC-I/O-98/0004 le Cercle royal a considéré que le délai raisonnable a été dépassé et que pour cette raison le Conseil ne peut infliger une sanction. Le Cercle royal considère que l'écoulement du délai raisonnable a porté préjudice à ses membres et qu'en tout état de cause le Conseil doit se limiter à établir une déclaration de contrariété à la loi.

Dès lors que le Conseil a constaté dans la présente décision que toutes les conditions d'application de l'article 2 LPCE ne sont pas remplies en ce qui concerne les groupements locaux, le Conseil ne doit

Version publique

pas se prononcer sur l'éventuel préjudice que cette partie aurait subi à cause de l'écoulement du délai raisonnable.

8.2. Dans le chef de l'Ordre des pharmaciens

76. Il suit de l'analyse du Conseil que l'Ordre a enfreint l'article 2 §1 LPCE. Le Conseil retient la période du 1 avril 1993 jusqu'au 30 mars 2005 comme période de la durée de l'infraction. Le Conseil retient la date du 1^{er} avril 1993 comme date de début d'infraction puisque la loi applicable est la loi sur la protection de concurrence économique du 5 août 1991, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1993. Quant à la date du 30 mars 2005, celle-ci a trait aux faits et pratiques qui ont fait l'objet de l'enquête de l'auditeur. En effet, l'auditeur n'a pas porté son investigation sur les règles déontologiques issues du nouveau Code déontologique de l'Ordre qui est entré en vigueur le 31 mars 2005.

77. Le Conseil doit aussi examiner d'office si le respect du délai raisonnable s'oppose à ce qu'il impose une sanction à l'Ordre des pharmaciens.

L'instruction a démarré avec une plainte déposée le 11 février 1998. Le Conseil doit constater également que durant la période de 2001 à 2004, très peu de mesures d'instruction ont été effectuées.

Le Conseil ne peut que constater que la durée de l'instruction (c'est à dire la période entre le dépôt de la plainte et le dépôt du rapport au Conseil) a été excessivement longue, et que, compte tenu de toutes les circonstances, elle dépasse le délai raisonnable au sens de l'article 6 de la CEDH. Dans son rapport et dans ses observations écrites, l'auditeur reconnaît que le délai pour instruire a été particulièrement long, c'est pourquoi elle a estimé dans sa proposition qu'il n'était dès lors pas opportun pour le Conseil d'imposer une sanction.

Compte tenu de la durée du délai d'instruction et de l'absence de mesures d'instruction prises pendant une longue période, le Conseil est d'avis que le principe du délai raisonnable fait obstacle à ce qu'il puisse infliger une sanction pécuniaire à l'Ordre. De ces considérations, il n'est pas nécessaire pour le Conseil d'examiner les autres conditions qui sont applicables pour une sanction éventuelle.

78. Néanmoins, compte tenu du caractère restrictif de certaines règles déontologiques de l'Ordre, le Conseil considère qu'il est approprié d'imposer à l'Ordre une mesure de publication. Cette mesure, basée sur l'article 52 § 1 LPCE, répond à la requête de l'auditeur d'informer le secteur de l'incompatibilité des règles déontologiques et des communications de l'Ordre avec le droit de la concurrence en ce qui concerne les heures d'ouverture et de fermeture des officines et les interdictions en matière de publicité et de ristourne.

A l'audience, l'Ordre ne s'est, par ailleurs, pas opposé à ce que le Conseil impose une telle mesure et l'auditeur a confirmé que cette mesure répondait à sa demande.

En conséquence, l'Ordre publiera le texte intégral de la présente décision sur son site internet et avisera également tous ces membres pharmaciens du contenu de cette décision selon les modalités qu'elle prévoit ci-après.

Version publique

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

1. Joint les affaires CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024, CONC-I/O-98/0032.

2. Constate que :

- dans l'affaire CONC-I/O-98/0004, les conditions d'application de l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique ne sont pas remplies dans le chef du Cercle royal pharmaceutique de l'arrondissement de Nivelles, secteur de Braine-l'Alleud;
- dans l'affaire CONC-I/O-98/0024, les conditions d'application de l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique ne sont pas remplies dans le chef de l'Union Pharmaceutique de Etterbeek;
- dans l'affaire CONC-I/O-98/0032, les conditions d'application de l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique ne sont pas remplies dans le chef de l'Union Pharmaceutique de Molenbeek Saint Jean.

3. Constate que dans les affaires CONC-I/O-98/0004, CONC-I/O-98/0024, et CONC-I/O-98/0032, l'infraction à l'article 2§1 de la loi sur la protection de la concurrence économique est établie dans le chef de l'Ordre des Pharmaciens et ordonne la cessation de cette infraction sur base de l'article 52 LPCE.

4. Ordonne à l'Ordre des Pharmaciens :

- de publier la présente décision sur son site internet;
- d'aviser les membres de l'Ordre du contenu de la présente décision par un écrit, éventuellement par voie électronique, contenant au minimum le dispositif de cette décision et un lien au texte intégral de la présente décision ou une copie du texte intégral;
- de transmettre au greffe à l'attention du Conseil de la concurrence, une copie de la communication qui aura été adressée aux membres de l'Ordre dans le délai d'un mois à dater de la notification de la présente décision.

Ainsi décidé le 26 octobre 2007 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Laura Parret, conseiller et présidente de la chambre et de Madame Dominique Smeets et Monsieur Olivier Gutt, conseillers.

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