Autorité belge de la Concurrence

VERSION PUBLIQUE

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

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

Affaire n° CONC-V/M-17/0017

Demande de mesures provisoires du Groupe Medicare-Market

I. Procédure

1. L'auditeur général a ouvert le 15 avril 2016 une instruction d'office concernant les faits qui font l'objet de la demande de mesures provisoires.

2. La SA Medicare-Market (ci-après la Requérante) a déposé 2 juin 2016 une plainte contre l'Ordre des Pharmaciens (ci-après la Partie défenderesse) concernant des faits qui faisaient déjà l'objet de l'instruction d'office.

3. La Requérante a déposé le 28 avril 2017 la demande de mesures provisoires qui fait l'objet de la présente décision,

4. Le Président a constitué le Collège de la concurrence le 3 mai 2017.

5. La Requérante et la Partie défenderesse ont été invitées le 11 mai 2017 à une audience fixée au 24 mai 2017.

6. Le Président du Collège a fait application de l'article IV.64 §4 du Code de droit économique afin de proroger les délais et de reporter l'audience intialement prévue le 24 mai au 7 juin 2017.

7. La Requérante et la Partie défenderesse ont été invitées le 24 mai 2017 à une audience ainsi fixée le 7 juin 2017.

8. L'Ordre des Pharmaciens a déposé des observations écrites le 29 mai 2017.

9. La Requérante et la Partie défenderesse ont été entendues en audience le 7 juin 2017 en présence du directeur des affaires économiques et du directeur des affaires juridiques.

II. Les parties

II.1 La requérante

10. Le Groupe Medicare-Market est un groupe européen actif dans les secteurs de la pharmacie et de la parapharmacie. La SA Medicare-Market est la société holding du groupe. Elle ne pose aucun acte d'exploitation, mais prend des participations financières.

Après avoir ouvert une première parapharmacie à Gosselies fin 2014, Medicare-Market s'est implanté à Rocourt, puis à Evere et Waterloo au mois d'octobre 2015. En mars 2016, Medicare-Market a inauguré un cinquième Medi-Market dans le centre commercial « Les Grands Prés » à Mons. La première enseigne flamande de Medicare-Market a ouvert ses portes à Gand en avril 2016 et Anvers a suivi en septembre. Enfin, fin 2016, la huitième enseigne a été lancée à Bruxelles. Les parapharmacies de Waterloo et Mons ne disposent pas d'une pharmacie PharmaClic attenante.

II.2 La partie visée par la demande : L'Ordre des Pharmaciens

11. L'Ordre des Pharmaciens est une personne morale de droit public régie par l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967. L'OP est constitué des organes suivants : les conseils provinciaux, les conseils d'appel et le conseil national[1]. Les organes de l'OP ne détiennent pas de personnalité juridique propre conformément à l'article premier de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967.

12. Pour ester en justice et pour tout acte juridique quelconque, l'OP agit par son conseil national et est représenté par le président de celui-ci ou, à son défaut, par son président suppléant, conjointement avec l'assesseur[2].

13. Les attributions des conseils provinciaux sont décrites à l'article 6 de l'arrêté royal n°80 :

- refuser ou différer l'inscription au tableau pour faute grave ou omettre le nom du pharmacien du tableau ;
- veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils sont chargés à cette fin de réprimer disciplinairement les fautes des membres inscrits à leur tableau, commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la profession ainsi que les fautes graves commises en dehors de l'activité professionnelle, lorsque ces fautes sont de nature à entacher l'honneur ou la dignité de la profession ;
- donner aux membres de l'Ordre, d'initiative ou à leur demande, des avis sur des questions de déontologie pharmaceutique qui ne sont pas réglées dans le code prévu à l'article 15, § 1er, ou par la jurisprudence établie en application du § 2, 1° du même article ;

---

[1] L'article 1 de l'Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967, M.B. 14 novembre 1967.
[2] Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967, M.B. 14 novembre 1967, article 3.

- signaler aux autorités compétentes les actes d'exercice illégal de l'art pharmaceutique dont ils ont connaissance ;
- arbitrer en dernier ressort, à la demande conjointe des intéressés, les contestations relatives aux honoraires réclamés par le pharmacien à son client, sauf clauses attributives de compétence incluses dans les conventions ou engagements souscrits en matière d'assurance maladie-invalidité ;
- répondre à toute demande d'avis des cours et tribunaux relative à des contestations d'honoraires.

14. Les conseils d'appel (un par groupe linguistique) [3] :

- se prononcent sur les appels au sujet des décisions prises par les conseils provinciaux ;
- se prononcent sur les réclamations qui portent sur le résultat des élections ;
- se saisissent de toute affaire qu'un conseil provincial ne traite pas endéans les délais prévus.

15. Les attributions du conseil national sont décrites dans l'article 15 de ce même arrêté :

- élaborer les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique ;
- tenir à jour un répertoire des décisions disciplinaires qui ne sont plus susceptibles de recours et qui ont été prises par les conseils provinciaux et par les conseils d'appel; 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 ;
- donner d'initiative ou à la demande de l'autorité publique, d'organismes publics ou d'organisations professionnelles de pharmaciens, des avis motivés sur des questions d'ordre général, sur des problèmes de principe ou sur des règles de déontologie pharmaceutique ;
- prendre toutes mesures nécessaires pour la réalisation de l'objet de l'Ordre;
- fixer et percevoir les cotisations nécessaires au fonctionnement des divers organes de l'Ordre ;
- délivrer aux pharmaciens désireux de commencer l'exercice de leur profession dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, une attestation certifiant que les conditions de moralité et d'honorabilité sont remplies pour l'accès à l'activité pharmaceutique ;
- porter à la connaissance de l'Etat membre concerné les conséquences qu'il tire de l'appréciation des faits graves et précis susceptibles d'avoir des conséquences sur l'accès à l'art pharmaceutique ou sur son exercice et communiqués par un Etat membre de la Communauté européenne qui accueille sur son territoire un pharmacien belge ou dont la

[3] L'article 13 de l'Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967, M.B. 14 novembre 1967.

Belgique est l'Etat d'origine ou de provenance et désireux de commencer ou de poursuivre l'exercice de sa profession dans cet Etat membre.

III. La demande de la Requérante

16. La demande de mesures provisoires de la Requérante est formulée comme suit :

2.3 « Préliminaires et objet de la plainte de Medi-Market de juin 2016

2.3.1 Le modèle Medi-Market/Pharma Clic

18. Pour concrétiser son objectif de démocratiser l'expertise santé & bien-être, Medicare-Market a mis en œuvre le Modèle Medi-Market/PharmaClic fondé sur deux axes :

- *D'une part une **pharmacie 'moderne'** : l'offre y est focalisée sur les médicaments et les produits de santé au sens strict tout en utilisant les nouvelles technologies et en optimisant l'organisation de travail pour créer des officines, purs espaces de conseil dédiés à l'accompagnement des patients dans un environnement « médical » tout en permettant la réduction du prix des médicaments et la promotion des achats qui contribuent à la réduction du déficit de la sécurité sociale ;*

- *D'autre part, une toute **nouvelle sorte de 'parapharmacies'** : elles sont des centres multidisciplinaires spécialisés offrant prix – choix – conseils pour répondre de manière optimale aux besoins des consommateurs qui veulent prendre soin de leur santé et de leur bien être autrement qu'avec des médicaments.*

19. Le Modèle mis en place par Medicare-Market répond à une logique économique, juridique et déontologique parfaitement cohérente, qui entend précisément de procéder à une distinction claire entre les activités de pharmacie et de parapharmacie.

20. Le Modèle Medi-Market/PharmaClic consiste à offrir aux consommateurs des produits de pharmacie et des produits de parapharmacie, en veillant à séparer les activités de parapharmacie et de pharmacie, à l'inverse de ce qui se fait habituellement dans les pharmacies traditionnelles.

21. Cette séparation trouve une justification :

- ***économique et commerciale** :*

Le pharmacien a la possibilité de se concentrer sur ce qui constitue le cœur de son métier, soit la mission de conseil, de préparation et de délivrance de médicaments et de produits de santé sensu stricto.
Il s'agit d'adjoindre également aux parapharmacies, outre les compétences d'un pharmacien, également celles d'autres professionnels, et en particulier d'autres professionnels de la santé, dans le cadre notamment de la délivrance de produits cosmétiques (esthéticiens) et alimentaires (diététiciens).

Ce Modèle est susceptible de rencontrer adéquatement les besoins du marché et d'affronter les concurrents qui se profilent au niveau européen.

- ***juridique*** *:*

Il s'agit également de répondre aux distinctions réglementaires opérées entre les produits pharmaceutiques, parapharmaceutiques et cosmétiques et entre les activités de pharmacie et de parapharmacie.
La volonté est de soutenir l'activité spécifique du pharmacien dans un réseau de santé intégré sensu stricto, tout en sachant que la promotion de la santé (sensu lato) est le fait d'autres professionnels également et d'autres formes d'activité que les officines de pharmaciens.
L'Association Pharmaceutique Belge (ci-après « l'APB ») reconnaît elle-même que lorsque les pharmaciens vendent des produits de parapharmacie, ils sont considérés comme des entreprises commerciales au sens de l'article 1er du Code de Commerce[4], justifiant ce faisant l'organisation en deux sociétés distinctes des activités de pharmacie et de parapharmacie.

- ***déontologique :***

Le Modèle vise à répondre aux impératifs déontologiques des pharmaciens, interdisant à ces derniers de proposer en pharmacie les produits de soins et de santé qui ne visent pas spécifiquement au « maintien et au rétablissement de la santé » (article 83 du code de déontologie pharmaceutique) et qui sont listés par l'OP[5]. Ce faisant, en outre, il s'agit d'éviter la confusion entre les médicaments et les produits qui ne sont pas enregistrés comme tels et de préserver l'image et le rôle scientifique du pharmacien.
La requérante a donc clairement distingué les activités de pharmacie et de parapharmacie, permettant ainsi, aux fins de ne pas nuire à la pharmacie, de développer une vraie offre de parapharmacie, sans que celle-ci ne soit l'« accessoire » ou l'« activité secondaire » de la pharmacie, comme l'exige l'OP à l'égard des officines.
Enfin, l'activité de parapharmacie peut se déployer en concertation entre le pharmacien et d'autres professionnels, et en particulier, d'autres professionnels de la santé, tel par exemple le diététicien.

22. *En outre, le Modèle Medi-Market/PharmaClic est largement inspiré de modèles observés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (et répondant aux principes fondateurs de la liberté d'établissement), et même au-delà[6].*

---

[4] A. Van Outryve d'Ydewalle, « La participation de tiers dans le capital des sociétés d'avocats », Annales de Droit de Louvain, vol. 73, 2013, n° 1, p. 109.

[5] Produits qui sont, pourtant, largement mis en vente dans les officines traditionnelles.

[6] De quelques centaines de références qui, par le passé étaient suffisantes pour développer un espace accessible au public des consommateurs, l'on est passé à plusieurs milliers de références avec une diversité importante de produits. Le public est demandeur de consacrer une partie substantielle de son pouvoir d'achat à sa santé sensu stricto mais aussi sensu lato (soin du corps, nourriture, …). Dans de nombreux pays, l'offre susceptible de satisfaire pareille demande s'est adaptée aux attentes des consommateurs et a pris la forme de réseaux de distribution d'envergure, dont les surfaces ont augmenté passant de 100/150 m² à plus de 1.000 m² : à titre d'exemple, Lafayette Réseau de pharmacie – parapharmacie en France, pharmacie Chabrol à Cuissac dans le sud de la France, Boots et Superdrug en Angleterre, Watson en Australie, …

23. *Ce Modèle Medi-Market/PharmaClic offre ainsi aux patients des pharmacies et aux clients des parapharmacies une présentation conforme aux compétences et à la formation spécifique de la personne qui délivre les produits et les conseils :*

    - *les pharmacies (sous enseigne PharmaClic) sont tenues par des pharmaciens et assistants en pharmacie ; les pharmacies vendent des médicaments et produits de santé sensu stricto.*
    - *les parapharmacies (sous enseigne Medi-Market) sont tenues par des employés spécialisés dans les produits de soin, de santé et de bien-être sensu lato (diététiciens, bandagistes, naturopathes, esthéticiens, pharmaciens, …).*

24. *Face à l'évolution du marché européen et international, le Modèle Medi-Market/PharmaClic vise ainsi à mettre en place un réseau belge de distribution spécialisé, d'une part, dans la santé sensu stricto (activité de pharmacie) et, d'autre part, dans la santé et le bien-être au sens large (activité de parapharmacie), créateur d'emplois, capable de concurrencer à terme les grandes enseignes européennes aux moyens financiers importants qui ne manqueront pas de s'installer à l'avenir en Belgique.*

25. *Il va de soi que les pharmacies PharmaClic, comme toutes autres pharmacies, ne sont ouvertes que sur approbation préalable du Ministre de la Santé publique, après avis de la Commission d'implantation des officines pharmaceutiques. Elles remplissent dès lors toutes les contraintes règlementaires qui leur sont applicables. Ce respect règlementaire a d'ailleurs été confirmé par la Ministre de la Santé suite à une question parlementaire faisant état de l' « inquiétude » du secteur afférente à l'installation des Pharmacies et Parapharmacies du modèle Medicare-Market (**Annexe 2**). S'agissant d'un acte posé par une autorité tierce, l'obtention ou non de cette approbation est soumise à des règles précises et le développement des officines PharmaClic peut en être tributaire.*

26. *Il n'existe aucun lien obligatoire entre les parapharmacies sous enseigne Medi-Market et les pharmacies sous enseigne PharmaClic, les unes pouvant exister indépendamment des autres (cfr, la parapharmacie de Waterloo). Les pharmacies PharmaClic ont une existence autonome par rapport aux parapharmacies Medi-Market, et ce même si le concepteur de ce projet, Monsieur Yvan Verougstraete, a toujours estimé que les deux réseaux sont complémentaires. Il n'est dès lors pas étonnant de trouver des PharmaClic, adjacent et/ou non loin de Medi-Market, lorsque c'est possible pratiquement et légalement.*

27. *Enfin, le Modèle Medi-Market / PharmaClic a comme ambition de faire baisser le prix des produits vendus, notamment les médicaments non remboursés :*

    > *« Nous travaillons d'arrache-pied pour pouvoir diminuer le prix des médicaments non remboursés parce que nous sommes convaincus qu'aucun principe de Santé publique ne devrait impliquer que les Belges payent leurs médicaments 20 à 30% plus chers que tous leurs voisins. Il est vrai que cela bouleverse les habitudes du marché mais au bénéfice de tous les Belges, y compris les 20% de la population qui, comme l'indiquait Test-Achat, sont incapables d'assumer leurs soins médicaux.*

Croire, comme certains le disent, que la diminution du prix de ces médicaments risque d'entrainer une surconsommation nous semble être une vue de l'esprit. Nous sommes en effet convaincus qu'en cas de « mal de tête », un patient ne va pas consommer 2 pilules d'antidouleur « pour la simple raison qu'il les aurait payées moins cher »…
Nous défendons concrètement, au quotidien, et désirons continuer à le faire, toute initiative qui permettra d'optimiser la qualité des soins ainsi que le coût pour la sécurité sociale, que ce soit la substitution ou la promotion des médicaments génériques ou l'amélioration de la prise en charge personnalisée du patient. De plus, en offrant une meilleure alternative pour les produits de soins et de prévention de qualité à un prix raisonnable, c'est toute la société qui y gagne : le patient, la sécurité sociale - et par conséquent, toute la population – et ce, sans que la qualité ou les règles de sécurité des patients ne soient remises en cause» (interview de Yvan Verougstraete)[7].

2.3.2 Les deux marchés concernés : les produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques

28. *La notion de « produits relevant de la profession de pharmacien » est issue de l'article 2bis du Code de commerce. Cette disposition se lit comme suit :*

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

    1° les drogues, substances, préparations et compositions à usage pharmaceutique;
    2° les médicaments au sens de l'article 1er, § 1er, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments;
    3° le matériel médical et pharmaceutique, c'est-à-dire les substances, objets et matières soumis en tout ou en partie au régime applicable aux médicaments, en exécution de l'article 1er, § 2, de la loi précitée ainsi que les produits généralement utilisés dans l'art de guérir;
    4° les produits que le pharmacien est autorisé à vendre en vertu des lois et règlements ».

29. *La notion de « produits de santé » est définie quant à elle à l'article 2, 8°, de la loi relative à la création et au fonctionnement de l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé. Il s'agit :*

    « 4° " dispositifs médicaux et accessoires " : ceux visés à l'article 10, § 7, 1° et 2°, de la loi sur les médicaments[8];

---

[7] Disponible sur http://medicare-market.be/fr/notre-concept/#itw (consulté le 24 févier 2017).

[8] Ces points 1° et 2° disposent :
« *1° "dispositif médical" : tout instrument, appareil, équipement, matière ou autre article, utilisé seul ou en association, y compris le logiciel nécessaire pour le bon fonctionnement de celui-ci, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins :*
-de diagnostic, de prévention, de contrôle, de traitement ou d'atténuation d'une maladie,
-de diagnostic, de contrôle, de traitement, d'atténuation ou de compensation d'une blessure ou d'un handicap,
-d'étude ou de remplacement ou modification de l'anatomie ou d'un processus physiologique,
-de maîtrise de la conception, et dont l'action principale voulue dans ou sur le corps humain n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens;
2° "accessoire" : tout article qui, bien que n'étant pas un dispositif, est destiné spécifiquement par son fabricant à être utilisé avec un dispositif pour permettre l'utilisation dudit dispositif conformément à l'usage visé par le fabricant de ce dispositif ».

5° " matières premières " : toutes substances telles que définies à l'article 1er, § 1er, 2), de la loi sur les médicaments;

6° " sang " : le sang tel que défini à l'article 1er, de la loi du 5 juillet 1994 relative au sang et aux dérivés du sang d'origine humaine;

7° " matériel corporel humain " : le matériel corporel humain tel que visé dans la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique;)

30. *Au regard de ces définitions, ne sont pas des produits « de santé » relevant de la profession de pharmacien, les compléments alimentaires et nutriments, les produits cosmétiques, etc.*

31. *C'est d'ailleurs pour cette raison que ces produits ne ressortent pas du contrôle de l'Agence Fédérale des Médicaments et des Produits de Santé (AFMPS) mais bien soit du Service Public Fédéral Santé publique, soit de l'Agence Fédérale de la Sécurité Alimentaire (AFSCA).*

32. *Le législateur belge n'a pas défini la notion de parapharmacie. Il existe toutefois un consensus pour considérer que les produits de parapharmacie ne sont pas des médicaments.*

33. *Les produits de la parapharmacie sont dès lors nettement distincts des produits de la pharmacie à quelques exceptions près. Ils ne sont en vente dans les pharmacies qu'à raison de la liberté de choix du réseau de distribution et de l'option de nombre d'officines d'être des intermédiaires commerciaux pour ce type de produits pour des motifs de rentabilité des officines.*

34. *Il n'y a aucune institution ou autorité en charge d'une réglementation spécifique des produits de parapharmacie et il n'y a aucune réglementation impérative spécifique pour la parapharmacie.*

35. *Le conseil national de l'OP propose, dans un communiqué de septembre 2003, la classification suivante pour les produits et articles qui, à côté des médicaments, peuvent être disponibles dans les officines ouvertes au public[9] :*

    Catégorie I : les produits destinés à une alimentation spéciale, enregistrés conformément à l'A.R. du 18 février 1991.

    Catégorie II : les édulcorants et sels de régime.

    Catégorie III : les nutriments conforme à l'A.R. du 3 mars 1992.

---

[9] http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2; Cet avis figure en annexe de la Proposition de loi complétant l'article 4 de l'arrêté royal n°78 relatif à l'exercice des professions des soins de santé en vue de réglementer l'affectation des locaux appartenant aux pharmacies ouvertes au public, Rapport fait au nom de la Commission de la Santé Publique, de l'Environnement et du renouveau de la société, Ch.rep., Session 2003, Doc. 51/0264/003, p.6.

Concernant les nutriments, c.à.d ceux qui sont vendus en doses, plus spécialement les vitamines, minéraux, oligo-éléments, les acides aminés et les acides gras, il faut faire une distinction claire entre trois situations :

a/ la consommation d'une préparation en compensation d'une éventuelle déficience à l'apport journalier par la nutrition normale.

b/ la prévention d'un manquement dans certaines situations physiologiques (grossesse, allaitement, gériatrie, très jeune âge)

c/ le traitement d'une déficience.

Les produits repris sous b/ et c/ doivent être enregistrés comme médicaments : leur seule présentation, sous forme prédosée, comme produits qui peuvent prévenir une maladie, ou améliorer les fonctions organiques, suffit à leur donner le statut de médicament.

Catégorie IV : *les substances alimentaires qui contiennent des plantes ou des préparations végétales, conformément à l'A.R. du 29 août 1997 et l'A.M. du 6 août 1999.*

Catégorie V : *les antiseptiques, les désinfectants, les insecticides et acaricides et répulsifs, destinés à l'homme et l'animal (Loi du 24 février 1921 et A.R. du 6 mai 1922)*

Catégorie VI : *les produits pour désinfection de l'environnement, les produits pour extermination d'insectes et dératisation (A.R du 5 juin 1975).*

Catégorie VII : *les lentilles de contact et les produits destinés à leur entretien, à la conservation et à l'application.*

Catégorie VIII : *les produits de soins pour le corps qui sont appliqués sur la peau et les muqueuses pour la purifier, la protéger ou la maintenir en bonne condition.*

Catégorie IX : *les produits destinés à l'hygiène buccale et dentaire.*

Catégorie X : *les bandages et sparadraps qui sont destinés à être appliqués sur la peau :*

- Ouate hydrophile, gaze, compresses, mèches, bandages, pansements absorbants et protecteurs etc…

- Coricides, emplâtres pour durillons etc…

- Articles de bandagisterie pour prévention ou usage posttraumatique, bas de contention, bas antivarices, bas antithromboses.

Catégorie XI : *les appareils orthopédiques et auditifs.*

Catégorie XII : *les dispositifs médicaux et biomédicaux.*

e.a. - Les accessoires nécessaires à l'administration du médicament : seringues, aiguilles, appareils aérosols, etc,

- matériel pour incontinents,

- matériel pour allaitement, administration de laits,

- matériel pour stomies,

- matériel pour limiter le contact en cas d'atopie,

- matériel pour soins à domicile, - matériel pour médecins et infirmiers,

- matériel stérile

<u>Catégorie XIII :</u> les produits, réactifs et appareils de diagnostic, qui rendent un contrôle biologique et un traitement thérapeutique possible par la lecture immédiate, conditionnés en vue d'une vente directe au public et destinés au diagnostic médical ou au diagnostic de grossesse.

<u>Catégorie XIV :</u> les produits qui sont annoncés au public comme étant conformes à la pharmacopée.

<u>Catégorie XV :</u> la confiserie pharmaceutique. (Si ces produits contiennent des plantes, l'A.R. de 1997 est d'application.)

<u>Catégorie XVI :</u> supports d'information relatifs à la prévention, à l'éducation de santé et à l'utilisation correcte de médicaments.

Cette information est tenue gratuitement à la disposition du public et n'a pas de caractère publicitaire. »

36. *Cette catégorisation poursuit un « objectif didactique ». Les parapharmacies ne sont évidemment pas liées par cette énumération.*

37. *La vente de produits parapharmaceutiques ne constitue pas un acte « caractéristique » de la profession de pharmacien, au sens de l'article XIV.1 du Code de droit économique.*

38. *Comme l'indiquent en effet les travaux préparatoires du Code de droit économique :*

    « L'article XIV.1, §1er, précise que le livre XIV s'applique aux personnes exerçant une profession libérale pour les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions qu'elles fournissent.

    En effet, le livre XIV n'a vocation à s'appliquer aux activités exercées par les titulaires d'une profession libérale que dans la mesure où ces activités relèvent spécifiquement des prestations caractérisant ces professions libérales.

Il en va par exemple du pharmacien qui vend des médicaments, de l'avocat qui exécute les devoirs liés à la défense en justice de son client ou du notaire qui établit un acte de vente d'un immeuble.

***Par contre, lorsque le pharmacien vend un produit solaire, il exerce une activité qui ne relève pas des prestations caractéristiques de sa profession**. De même, l'avocat qui exerce la fonction de syndic d'une association de copropriétaires ou le notaire qui est chargé par un client de négocier un bien immobilier, exercent une activité qui ne relève pas des prestations caractéristiques de leur profession. La même conclusion s'applique à l'égard par exemple du comptable qui vendrait des produits d'assurance ou du vétérinaire qui vendrait des compléments de vitamines pour animaux.*

***Dans la mesure où les titulaires d'une profession libérale exercent des activités qui ne relèvent pas spécifiquement de leurs professions, ils sont soumis aux dispositions du Livre VI du Code de droit économique**.*

Comme suite à l'observation du Conseil d'Etat sur ce point, il faut préciser qu'il n'y a donc plus d'exclusion absolue des professions libérales du champ d'application du Livre VI comme c'était le cas en vertu de l'article 3, §2, de la LPMC, article qui a été annulé par la Cour constitutionnelle par son arrêt 99/2013 du 9 juillet 2013. Il n'y a plus désormais qu'une exclusion relative, limitée aux actes relevant des prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions, les autres actes posés par les professions libérales étant désormais régis par le Livre VI »[10].

39. *Les actes « caractéristiques » de la profession de pharmacien ont trait à la délivrance de médicaments.*

40. *Ces constats sont confirmés par la définition que le Roi donne à la notion de « soins pharmaceutiques ».*

L'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instruction pour les pharmaciens, définit la notion de « soins pharmaceutiques » comme « les actes pharmaceutiques dans le cadre de l'exercice de la fonction du pharmacien visés à l'article 4, § 2bis de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 susmentionné et dont les principes et lignes directrices sont repris au point 7 de l'annexe Ire du présent arrêté ».

Or, l'article 4, §2bis de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 énonce que « Les actes pharmaceutiques dans l'exercice de la fonction du pharmacien en matière de dispensation de soins pharmaceutiques comprennent la délivrance responsable de médicaments prescrits ou de médicaments qui sont délivrables sans prescription en vue, en concertation avec les autres

---

[10] Projet de loi portant insertion du Livre XIV « Pratiques du marché et Protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XIV et des dispositions d'application au Livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. des Repr., s.o. 2013-2014, doc. 53-3423/001, p. 19.

professionnels de santé et le patient, d'atteindre des objectifs généraux de santé tels que la prévention, l'identification et la résolution de problèmes liés à l'usage de médicaments. Les soins pharmaceutiques sont destinés à améliorer de façon continue l'usage des médicaments et à conserver ou améliorer la qualité de vie du patient […] ».

41. *La vente de produits parapharmaceutiques ne ressort pas de cette définition qui est centrée sur la délivrance responsable de médicaments avec ou sans prescription.*

42. *Les prix des produits parapharmaceutiques résultent du libre jeu de l'offre et de la demande. Comme précisé par l'Autorité française de la concurrence dans l'affaire concernant la Vallée de l'Arve, « tandis que les pharmaciens d'officine peuvent se concurrencer par le moyen des prix sur les médicaments 'conseil' et 'grand public', une concurrence de même nature est possible sur les produits de parapharmacie tant entre pharmacies qu'entre pharmacies et le secteur de la grande distribution »[11].*

2.3.3 Les pratiques anticoncurrentielles de l'OP

(a) L'enjeu réel

43. *L'OP, ainsi que l'APB et les différentes pharmacies traditionnelles (tous faisant l'objet de la plainte de Medicare-Market du 2 juin 2016) se sont concertées afin de bloquer l'entrée sur le marché du nouveau Modèle Medi-Market/PharmaClic. Il s'agit d'une entente visant à l'exclusion par tous les moyens possibles d'un nouvel acteur du marché, ce qui constitue une restriction grave de la concurrence.*

44. *Toutes les démarches, faites sous le prétexte de la protection de la dignité de la profession de pharmacien et de la santé, ne visent qu'un objet : évincer le Modèle d'activité Medi-Market/PharmaClic du marché afin que les officines traditionnelles puissent préserver leur position forte sur le marché.*

45. *En effet, la vente des produits parapharmaceutiques devient de plus en plus d'importance pour le profit des pharmaciens comme le constate également l'APB dans la revue FOCUS d'avril 2016 :*

> *« Les chiffres économiques clés de notre secteur permettent cependant d'identifier un certain nombre de tendances significatives. « Les produits sans ordonnance ont de plus en plus d'importance dans la pharmacie d'officine et donc des revenus durables issus des services et des soins pharmaceutiques non remboursés sont nécessaires » […]*

---

[11] Décision de l'Autorité de la concurrence Française, n° 95-D-35 du 10 mai 1995, « Relative à la distribution pharmaceutique dans la vallée de l'Arve », B.O.C.C.R.F. 20 juillet 1995 ; C.A. Paris, 1ère ch. Sect. Concurrence, 23 février 1996, B.O.C.C.R.F., 12 avril 1996.

Cette évolution montre clairement que les produits en délivrance libre gagnent en importance dans la pharmacie. Comment l'expliquer ? Les médicaments sur ordonnance (Rx) relèvent de la décision du médecin. En tant que pharmaciens, nous avons peu de contrôle à ce niveau. En revanche, les pharmaciens peuvent pleinement jouer leur rôle en matière de soins pharmaceutiques concernant les médicaments sans ordonnance ***et*** *l'assortiment annexe dans leur pharmacie*[12]*.*

Ces dix dernières années, la rémunération pour les médicaments remboursés représentait environ la moitié du revenu de la pharmacie d'officine. En 2015, cette part s'élevait à 48,2%. Cela signifie que la pharmacie dépend des médicaments et produits de santé non remboursés qui ne sont pas des médicaments pour l'autre moitié de son revenu. Je pense par exemple aux compléments alimentaires, aux dispositifs médicaux et à la parapharmacie[13]*.*

Si nous voulons garantir à l'avenir la rentabilité de la pharmacie, l'accès aux médicaments et la prise en charge associée d'une manière durable, nous devons aussi avoir des revenus durables des prestations et des services non remboursés. Ils doivent s'ajouter à la rémunération de l'assurance maladie et être compatibles avec une réglementation de répartition adaptée ».

(Focus Annales n°4 – avril 2016 – ***Annexe 4****).*

46. *Cette publication de l'APB est l'aveu de l'enjeu réel des parties à l'entente : entraver le développement du secteur parapharmaceutique autonome qui peut porter atteinte au modèle privilégié, à savoir l'officine traditionnelle qui mêle la vente des médicaments avec ou sans ordonnance et des produits de parapharmacie avec des marges élevées.*

47. *Depuis sa création, le nouveau Modèle Medi-Market/PharmaClic est perçu comme une menace par les pharmacies traditionnelles et depuis la création de la première enseigne à Charleroi (Gosselies), celles-ci n'ont cessé de mener des actions de harcèlement et de dénigrement visant à éliminer le concurrent Medicare-Market (voir ci-après).*

48. *Les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont nombreux, constants et divers (moyens procéduraux et disciplinaires, lobbying législatif, pression sur les grossistes à ne plus livrer, pression sur les fabricants à ne plus vendre, articles de presse dénigrants, …) et seront décrits plus en détails ci-après. Le nombre de démarches similaires et la simultanéité ne laissent aucun doute : l'OP a entrepris toutes les actions possibles contre Medicare-Market et ses filiales afin d'éviter le développement du nouveau concept Medi-Market/PharmaClic et se sont concertées de manière évidente et incontestable à cette fin.*

---

[12] Les accents en gras sont placés par les rédacteurs de la présente demande.

[13] *Idem*.

(b) Le comportement de l'OP

(i) Historique des échanges entre l'OP et les pharmacies du Groupe Medicare-Market

49. Dès leur création, les pharmacies du groupe Medicare-Market ont été harcelées par les pharmaciens traditionnels et l'OP via des échanges de courriers et des réunions.

50. Dans un esprit de conciliation, Medicare-Market a apporté des aménagements significatifs à son Modèle pour répondre aux préoccupations de l'OP.

*51. Ainsi par courrier du 8 mai 2015 (**Annexe 5**), l'OP a pris contact avec la SA Medi-Market Pharmacie Charleroi (l'exploitant d'une Pharmacie PharmaClic à Gosselies).*
Ce courrier comprenait un grand nombre de reproches concernant les activités déployées par le groupe Medicare-Market dans la Pharmacie et la Parapharmacie de Gosselies (les deux premiers sièges d'exploitation du groupe).

*52. Par courrier en réponse du 26 mai 2015 (**Annexe 6**), cet exploitant a immédiatement réagi en fournissant à l'OP toutes les informations sollicitées, en décrivant de manière complète le Modèle Medi-Market/PharmaClic mis en place et en répondant à l'ensemble des reproches formulés assurant l'OP de la conformité des activités exercées avec les obligations légales et déontologiques.*
L'exploitant terminait en proposant à l'OP une rencontre afin de poursuivre un dialogue constructif.

*53. l'examen du procès-verbal de cette réunion (**Annexe 7**), l'on constate que le reproche principal de l'OP est celui de créer une prétendue confusion entre les espaces de pharmacie et de parapharmacie, l'OP souhaitant une séparation complète (mur opaque) entre les deux exploitations.*

54. Les sociétés du Groupe Medicare-Market n'ont eu de cesse de répéter que le Modèle Medi-Market/ PharmaClic était précisément mis sur pied pour séparer plus clairement les activités de parapharmacie et de pharmacie, au contraire des activités globales des officines traditionnelles, et de permettre aux pharmaciens de se recentrer sur les seules activités spécifiques de leur profession.

55. A la suite de pression en cours de réunions et dans un esprit de conciliation et de dialogue, les sociétés du Groupe Medicare-Market ont accepté d'apporter des aménagements très significatifs à leur Modèle Medi-Market / PharmaClic pour rendre encore plus forte la séparation entre les deux activités :

- *Installation de bornes de paiement en espèces dans les Pharmacies (initialement, le paiement des achats en espèce en Pharmacie se faisait uniquement en Parapharmacie – moyennant un ticket global sans détail émis par la Pharmacie – pour décharger le pharmacien de la tâche de percevoir de l'argent non spécifique à son métier de base[14]) (**Annexe 8** et **Annexe 9**) ;*

[14] À l'instar de ce qui est pratiqué dans d'autres pays européens.

- *Abandon de l'enseigne et du logo Medi-Market Pharma pour les Pharmacies et installation pour ces dernières d'une nouvelle enseigne PharmaClic (**Annexe 10** et **Annexe 11**) ;*

- *Suppression de la diffusion d'une même musique dans les espaces pharmacie et parapharmacie (**Annexe 12** et **Annexe 13**) ;*

- *Modification du site internet www.medi-market.be des Parapharmacies de sorte qu'il ne concerne plus que l'activité des Parapharmacies et ne fasse plus référence aux Pharmacies (**Annexe 14**) ;*

- *Limitation de la publicité sous forme de brochures distribuées au grand public aux activités des Parapharmacies (**Annexe 15**).*

56. *Toutes ces modifications ont été apportées rapidement et de bonne foi en vue de se conformer aux desiderata de l'OP.*

57. *Le 2 octobre 2015, l'OP et les Pharmacies se sont réunies à la Pharmacie exploitée à Gosselies pour constater les évolutions intervenues dans le Modèle Medi-Market/PharmaClic, à la suite des propositions faites lors de la réunion du 14 juillet 2015. La visite s'est uniquement déroulée dans l'espace pharmacie.*

58. *Les parties se sont quittées en évoquant la possibilité de se revoir après que l'ensemble des éléments du dossier soient soumis à l'OP. Il n'y avait aucun signe quelconque de remise en cause du processus de conciliation, au contraire. Les représentants de l'OP semblaient assez satisfaits des efforts (strictement unilatéraux) intervenus tout en indiquant qu'ils devaient faire rapport au conseil et qu'ils ne pouvaient préjuger de la décision de ce dernier. Il ressortait de cette visite qu'en cas de problème, les difficultés éventuelles seraient communiquées et le processus de conciliation se poursuivrait.*

59. *La requérante était donc très étonnée de recevoir quelques semaines plus tard une citation en cessation à l'encontre de l'ensemble des sociétés du Groupe Medicare-Market (voir ci-après). Il est surprenant de constater qu'une concertation était en cours, dans le cadre de laquelle seules les Pharmacies, ressortant du Modèle Medi-Market/PharmaClic, se sont montrés constructives, mais que l'OP et les pharmacies traditionnelles ont néanmoins décidé de rompre les discussions unilatéralement.*

60. *L'objet des courriers et réunions n'était donc clairement pas de trouver une solution constructive et acceptable pour les deux parties, mais d'éviter, en mettant de pression sur les pharmacies du groupe Medicare-Market, que le Modèle Medi-Market/PharmaClic puisse se développer.*

(ii) <u>Le harcèlement judiciaire, disciplinaire, déontologique et règlementaire</u>

61. *L'ouverture de nouveaux magasins Medi-Market/PharmaClic a été éclipsée par les réactions des pharmaciens-concurrents à leur encontre, principalement par le biais de lettres ouvertes dirigées vers le Conseil provincial compétent ainsi que des plaintes individuelles. L'OP a eu recours à tous les moyens mis à sa disposition pour harceler la requérante sur le plan judiciaire, en introduisant une citation en cessation contre la requérante, disciplinaire, avec des procédures d'instruction à l'encontre de l'ensemble des pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market, ou encore, déontologique et réglementaire.*

(aa) La citation en cessation

62. *Par citation du 21 décembre 2015 (**<u>Annexe 16</u>**) adressée sans aucune mise en demeure, sans réunion de conciliation, fut-ce pour acter l'échec de celle-ci, et moyennant un avertissement entre avocats notifié quasi simultanément à la signification de la citation, l'OP, en s'adjoignant le concours de quelques officines traditionnelles[15], dont il a pris le parti sans état d'âme, a lancé une citation en cessation à l'encontre de l'ensemble des sociétés du Groupe Medicare-Market.*

63. *Par requête en intervention, l'APB et plusieurs autres officines traditionnelles[16] se sont jointes à l'action en cessation introduite.*

64. *L'OP a mis fin aux discussions décrites ci-dessus de manière unilatérale, abrupte et ceci sans avertissement.*

65. *À cet égard, les sociétés visées, dans leur ensemble, ont cherché à comprendre les raisons de cette rupture subite. Elles ont donc sollicité copie des procès-verbaux des séances du conseil national de l'OP, sur le fondement de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration[17].*

66. *Ces procès-verbaux se révèlent éclairants. Ils laissent apparaître qu'il n'a jamais été question, dans le chef du conseil de l'OP, de trouver une solution à l'amiable :*

- *Dès le mois de janvier 2015[18], il est en effet décidé d'agir « avec force ». C'est dans ce cadre que des exploits d'huissiers sont sollicités par l'OP dès le mois d'avril 2015, soit préalablement et parallèlement à l'initiative amiable prise ;*
- *Alors même, en outre, que le 2 octobre 2015, les parties se quittent en convenant d'échanger sur les aménagements à opérer, le conseil national décide l'intentement de l'action en cessation en séance du 22 octobre 2015[19];*

---

[15] La pharmacie [CONFIDENTIEL], la pharmacie [CONFIDENTIEL] et la pharmacie [CONFIDENTIEL].
[16] Le Pharmacie [CONFIDENTIEL], la pharmacie [CONFIDENTIEL], la pharmacie [CONFIDENTIEL], la pharmacie [CONFIDENTIEL].
[17] **<u>Annexe 17</u>**.
[18] **<u>Annexe 18</u>**.
[19] **<u>Annexe 19</u>**.

Parallèlement, il décide d'orchestrer une campagne de presse à l'encontre du Modèle Medi-Market/PharmaClic (voir ci-après) et désigne des porte-paroles à cet effet.

- *Lors de cette séance du conseil national du 22 octobre 2015, le conseil national « vote à l'unanimité le principe selon lequel le conseil national saisira les conseils provinciaux »[20] (voir ci-après).*

67. *Le fait de ne pas entrer dans une discussion constructive avec les parties défenderesses est un choix volontaire posé par l'OP. La lecture du procès-verbal de la séance du conseil national du 22 janvier 2015[21] donne un éclairage utile à ce choix. On y lit :*

    « [CONFIDENTIEL] estime, quant à elle, qu'une démarche en référé doit se faire le plus rapidement possible.

    [CONFIDENTIEL]renforce cet avis en précisant que <u>suite au passage d'un huissier, la société est en train de modifier tout ce qui ne convient pas</u> : réserves da la pharmacie dans la parapharmacie, mêmes articles en vente dans les deux espaces, paiement des achats faits en pharmacie à la caisse de la parapharmacie, publicité commune pour les deux entités, vente de certains produits dans l'espace pharmacie en allant les chercher dans les rayons de la parapharmacie, etc… ».

68. *Il ne s'agissait donc pas de chercher à ce que les sociétés du groupe Medicare-Market respectent la loi et/ou la déontologie, mais surtout à obtenir le blocage complet du Modèle Medi-Market/PharmaClic.*

69. *Ceci ressort également de l'objet même de la citation en cessation qui avait clairement comme vocation de mettre fin au concept innovateur de Medicare-Market. Les demandes formulées de façon générale étaient libellées de manière très large et manquent de précision. Ils reprochaient à Medicare-Market:*

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

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

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

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

---

[20] **<u>Annexe 19</u>**.
[21] **<u>Annexe 18</u>**.

70. *L'intention de l'OP de voir écarter purement et simplement le Modèle de Medicare Market se déduit du fait*

   (i) *que l'ensemble des pharmacies et parapharmacies ressortant du concept étaient poursuivis, alors même que certaines des pharmacies et parapharmacies concernées n'existaient pas encore (l'on poursuit ainsi la société amenée à ouvrir potentiellement une officine dans le futur dans la région anversoise) !*

   Comme l'ont reconnu les requérants et intervenants en termes de conclusions, ils ont décidé de poursuivre l'ensemble d'un « groupe », (a) indépendamment d'infractions prétendument commisses par ses sociétés, (b) sans faire de distinctions entre les sites sur lesquels seule une parapharmacie est exploitée et ceux où à la fois une pharmacie et une parapharmacie le sont (alors donc que l'objet du contentieux serait d'établir une confusion entre pharmacie et parapharmacie).

   (ii) *que l'on a poursuivi tous azimut, indépendamment de l'incidence éventuelle de l'infraction prétendue sur la concurrence loyale entre les acteurs. Ainsi, l'on a reproché une non-conformité en termes de déclaration à la commission de la protection de la vie privée, ce qui n'a manifestement aucune incidence sur la concurrence loyale entre les parties. Le choix procédural, extrêmement agressif, constitue à notre connaissance une première dans l'histoire des Ordres professionnels belges.*

71. *Le conseil national de l'OP a sollicité plusieurs constats d'huissiers contre les sociétés du Groupe Medicare-Market (**Annexes 44 et 45**). Ces constats s'ajoutent au demeurant à l'ensemble des constats d'huissiers (attitude tout à fait inhabituelle dans ce secteur d'activité) posés dans le cadre des procédures disciplinaires (voir ci-après).*

72. *La méthode utilisée, au-delà, est assez inédite : il s'agit, à chaque fois, d'essayer de surprendre le pharmacien en « infraction ». Ainsi, un constat d'huissier pour Evere évoque des pharmaciens qui ne portent pas de blouse blanche alors que le nombre de pharmaciens d'officine traditionnelles exercent sans blouse blanche, sans que l'on ne pratique le constat d'huissier ou encore de procédure disciplinaire à leur encontre[22]. Encore plus déroutant et vicieux, il s'agit de solliciter du pharmacien présent, sur le vif, le constat d'une interaction médicamenteuse prétendue (non connue d'ailleurs du fabricant lui-même de ce produit !) entre une molécule en vente libre (l'echinacea), en ce compris dans les supermarchés (Delhaize, Carrefour et Colruyt), et le Ventolin et ce, aux fins de faire croire au Tribunal de commerce à un danger imminent pour la santé publique (contredit d'ailleurs par la littérature scientifique).*

73. *Ce choix est d'autant plus agressif qu'en réalité, ce que fait l'OP et l'APB en l'espèce, ce n'est nullement de rechercher à prévenir ou à réparer une atteinte à la dignité ou à la probité de la profession. Il s'agit, au contraire, de procéder à une sorte d'audit juridique complet de Medicare-*

---

[22] Faire constater par un huissier le port ou non d'une blouse blanche, déjà, est surprenant : rien ne l'impose en effet.

Market et de ses filiales (« fishing expedition »), allant jusqu'à vérifier les notifications à opérer aux autorités publiques. A notre connaissance, l'OP n'a fait cela pour aucune autre pharmacie.

74. *Dans le cadre de son action, l'OP ne s'est d'ailleurs pas embarrassé de procéder à pareil « audit » auprès de ses partenaires demandeurs en cessation : nombre des infractions prétendues que l'on querelle dans le chef des sociétés de la requérante sont également commises par ces mêmes demandeurs.*

75. *L'objectif de cette action en cessation visait bien l'interdiction du nouveau concept crée par la requérante.*

76. *Le Tribunal, dans son jugement intervenu le 5 octobre 2016[23], a bien confirmé que l'action en cessation visait en effet le concept en soi et l'a déclaré irrecevable en cette raison. En premier lieu, l'irrecevabilité prononcée est fondée sur le constat du juge , rappelant d'abord que « l'action en cessation ne concerne pas les concepts, mais leur mise en œuvre concrète par une personne donnée, dans un temps et lieu donné, par des actes matériels précis », et encore, « [c]es principes classiques empêchent d'agir globalement contre les sociétés qui participent, de diverses manières à un concept. Un concept ne peut nuire que s'il est mis en œuvre et seulement dans les limites de sa mise en œuvre concrète »[24].*

77. *En l'occurrence, le Tribunal constate que l'action dirigée par les demandeurs et intervenants volontaires vise dans sa globalité un concept donné et ne vise pas, au contraire, à prévenir ou à réparer un acte matériel précis de concurrence déloyale posé. Ce faisant, le Tribunal constate donc effectivement que les demandeurs et intervenants visent à bloquer un « concept ».*

78. *En second lieu, l'irrecevabilité se fonde également sur le constat suivant lequel, par son action globalisée contre à la fois les pharmacies et les parapharmacies du groupe, les demandeurs et intervenants ne dissocient pas les obligations respectives des parapharmacies et des pharmacies.*

79. *Le jugement dit pour droit que « […] les pharmacies et les parapharmacies ne sont pas tenues de respecter les mêmes obligations. Des interdictions communes sont donc inconcevables » [25]. Ce faisant, le juge constate la distinction à opérer entre les obligations propres à une pharmacie de celles d'une parapharmacie et rejette dès lors la thèse des demandeurs et intervenants suivant laquelle les parapharmacies devraient répondre aux règles strictes énoncées par le code de déontologie pharmaceutique et l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instruction aux pharmaciens[26].*

---

[23] Tribunal de commerce du Brabant Wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108 (**Annexe 50**).
[24] Tribunal de commerce du Brabant Wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108, page 28 *in fine* (**Annexe 50**).
[25] Tribunal de commerce du Brabant Wallon, 5 octobre 2016, Nr. A/15/02108, page 25 (**Annexe 50**).
[26] Un tel constat n'implique toutefois pas que les règles déontologiques seront pertinentes uniquement pour les prestations du pharmacien dans la parapharmacie ; voir Cass, 16 décembre 2016, Nr. D.16.0008.N, considérant 6.

80. *Il faut en retenir que le Tribunal a clairement mis en lumière la motivation première de cette action, qui constitue en tant que telle une infraction au droit de la concurrence, à savoir une pratique concertée de concurrents visant à bloquer un nouvel acteur du marché. Ce jugement renforce donc le bien-fondé de cette demande, ainsi que la plainte qui est à sa base.*

81. *Par ailleurs, l'OP soutenait en termes de conclusions dans le cadre du contentieux judiciaire, une « étanchéité totale » entre les procédures disciplinaires et la procédure judiciaire. Cette étanchéité totale, du reste, est de droit : les conseils provinciaux et le conseil national ne peuvent se communiquer les informations dont ils disposent respectivement, dès lors qu'ils exercent des missions légales distinctes (respectivement : le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de fixer les règles essentielles de la déontologie). Cette obligation est reprise expressément à l'article 30 de l'Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens et sa violation est passible de sanctions pénales. Cette disposition stipule que :*

> *« Les membres des conseils provinciaux, des conseils d'appel et du conseil national sont tenus au secret professionnel pour toutes les affaires dont ils ont eu connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.*
> *Il en est de même de toutes personnes qui, à un titre quelconque, participent au fonctionnement de l'Ordre.*
> *La violation de ce secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal ».*

82. *Malgré cela, la requérante a constaté des échanges entre les conseils provinciaux et le Conseil national, qui semblaient tous indiquer une direction unique aux dossiers concernant Medi-Market : la sanction disciplinaire. Dès lors, MediCare-Market a dû, en audience devant le juge judiciaire, soulever son incompréhension face à l'affirmation, inexacte à son estime, d'une prétendue « étanchéité totale ».*

83. *Face à ces interrogations, Mme la Présidente du Tribunal du commerce a sollicité une suspension d'audience aux fins de permettre aux conseils de l'Ordre de s'entretenir avec leur client aux fins de clarifier la mesure de cette prétendue « étanchéité ». À la reprise d'audience, les conseils de l'Ordre ont dû faire marche arrière sur leurs propos et ont effectivement reconnu un échange d'informations entre les parties, sans toutefois que le conseil national n'ait participé ni au délibéré, ni au vote ayant conduit à la sanction disciplinaire prononcée alors. En d'autres termes, le Conseil national reconnaissait que des échanges avaient eu lieu au cours de l'instruction disciplinaire.*

84. *Les échanges entre parties ont été actés dans la feuille d'audience (**Annexe 49**).*

85. *L'action en cessation de l'OP étant déclaré irrecevable, l'OP s'est replié sur son « terrain » et poursuit et multiplie les procédures disciplinaires contre les pharmaciens travaillant pour une enseigne de MediCare-Market. L'OP fait en effet les mêmes reproches aux pharmaciens que celles formulés lors de l'action de cessation.*

(bb) Les procédures disciplinaires et l'interdiction aux pharmaciens d'exercer leur profession

86. *Parallèlement à l'action en cessation, l'OP a décidé de poursuivre au disciplinaire, devant les différents conseils provinciaux concernés, l'ensemble des pharmaciens titulaires actifs au sein des enseignes du groupe Medicare-Market, comme en atteste le procès-verbal de la séance du conseil national du 17 décembre 2015[27] (**Annexe 23**), et ce, sans référence quelconque à une infraction déontologique propre qu'auraient commis ces pharmaciens titulaires. La procédure diligentée en province de Liège l'a même été uniquement sur plainte du conseil national lui-même.*

87. *Relevons qu'un des plaignants s'est plaint à l'OP avant même l'ouverture de la nouvelle enseigne visée par sa plainte. Ainsi, la pharmacie à Evere a ouvert ses portes le 21 octobre 2015 et une des première « plaintes » date du 9 octobre 2015 et fut transmise au bureau du conseil provincial le 12 octobre 2015 (**Annexe 27**).*

88. *Relevons, en outre, qu'aucune des « plaintes » instruites par les conseils provinciaux n'émanent de consommateurs : elles le sont toutes de concurrents.*

89. *Une procédure disciplinaire se déroule comme suit. Un conseil provincial de l'Ordre des pharmaciens est établi dans chaque province. Ils sont compétents à l'égard des 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.*

90. *Le conseil provincial peut agir d'office ou à la requête du conseil national, du Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, du procureur du Roi ou de la commission médicale, soit sur plainte d'un pharmacien ou d'un tiers. Dans les cas d'une plainte, le bureau s'efforce d'amener les parties à un accord et dresse éventuellement un procès-verbal de conciliation.*

91. *Les décisions rendues par le conseil provincial sont susceptibles d'appel devant le conseil d'appel, soit de la part du pharmacien intéressé, soit de la part du président du conseil national conjointement avec l'assesseur.*

92. ***Gosselies**. Les pharmaciens se sont clairement coordonnés à l'encontre de Medi-Market Gosselies afin d'éviter son entrée sur le marché. Toutes les plaintes des pharmaciens adressés à l'OP étaient en*

---

[27] « *Une lettre sera adressée aux conseils provinciaux concernés par l'établissement d'une officine Medi-Market faisant application de l'article 20, § 1er, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens* ». L'article 20, § 1er, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens prévoit notamment qu'une instruction sera ouverte sur requête de conseil national :
« *Le conseil provincial agit soit d'office, soit à la requête du conseil national, du Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, du procureur du Roi ou de la commission médicale, soit sur plainte d'un pharmacien ou d'un tiers.*
Le bureau met l'affaire à l'instruction. Il instruit lui-même ou désigne dans le sein du conseil une ou plusieurs personnes chargées d'instruire conjointement avec l'assesseur. Il désigne un rapporteur. Le bureau peut charger une personne de la tenue des écritures.
Dans les cas de plainte, le bureau s'efforce d'amener l'accord des parties et dresse éventuellement un procès-verbal de conciliation ».

*effet accompagnées par la même (!) lettre ouverte (**Annexe 24**). Les plaintes sont motivées par la peur d'un affaiblissement de leur position forte sur le marché et le but n'est assurément pas de soulever quelques possibles violations déontologiques, mais de cesser le développement du Modèle Medi-Market/PharmaClic. Nous vous citons quelques paragraphes assez frappants :*

> *« C'est avec vigueur que j'alimente cette protestation, **une réaction de nos différents soutiens professionnels s'impose rapidement**. Je suis écœuré par tant de mercantilisme, **l'avenir des pharmaciens est en jeu** » (e-mail [CONFIDENTIEL]du 23 décembre 2014).*
>
> *« **Je suis également tout à fait d'accord avec les propos tenus par mes confrères**. Je pense que **vous devez agir rapidement pour faire cessez cette mascarade** qui nous discrédite » (e-mail de [CONFIDENTIEL]du 23 décembre 2014).*
>
> *« Je pense que nous arrivons à un tournant dans notre profession, que la boite de « Pandore » a été ouverte et **qu'il est grand temps de le refermer**. Il est urgentissime que **l'Ordre et l'APB se fassent entendre et qu'ils reprennent les choses en main** concernant ce fameux Medi Market » (e-mail de [CONFIDENTIEL]du 23 décembre 2014).*
>
> *« J'adhère totalement à cette missive et **j'espère que ce modèle de pharmacie ne pourra pas se poursuivre ni se reproduire** » (e-mail de [CONFIDENTIEL]du 24 décembre 2014).*
>
> *« Je découvre avec stupeur l'ouverture du medi market de Gosselies avec le reportage de RTL. **Cela nous fait très peur** ! **Il y a certainement des failles à trouver** et pour cela je vous écris. » (e-mail de [CONFIDENTIEL]de la pharmacie [CONFIDENTIEL] du 26 décembre 2014).*

*93. Dans la plainte collective des pharmaciens [CONFIDENTIEL] du 24 décembre 2014 (**Annexe 25**), nous pouvons lire que **« les prix imposés** sur les médicaments ne sont aucunement respectés » et « que le ticket de caisse joint met en lumière un prix inférieur de 30% sur les dafalgan, faisant obstacle au maintien d'une concurrence effective ».*

Or, le fait que Medicare-Market vend ses produits parapharmaceutiques et médicaments non-remboursés aux prix inférieurs que les prix des pharmaciens traditionnelles doit être considéré comme un élément positif pour la concurrence ! Le législateur a prévu un prix maximum des médicaments pour éviter des dérives extrêmes dans un domaine aussi important que la Santé. Il a donc fixé un plafond maximum. Mais, ce n'est qu'un maximum, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ou qu'on laisse volontairement croire, il est donc tout à fait permis de vendre moins cher les médicaments non-remboursés.

*94. Dans le cadre des procédures disciplinaires, une première décision disciplinaire est prononcée le 17 mars 2016 par le conseil provincial de l'OP du Hainaut (**Annexe 26**), suite d'ailleurs à une procédure d'instruction diligentée sous la présidence d'une pharmacienne membre du conseil national de l'OP, qui ne laisse aucune place à l'interprétation quant aux volontés ordinales.*

95. *Une sanction disciplinaire d'une semaine a été prononcée à l'endroit du pharmacien titulaire sur le fondement suivant :*

> *« Le pharmacien […] a commis une faute en acceptant, en sa qualité de pharmacien garant de la pratique de son art, d'officier dans une structure qui engendre une confusion de genre certaine entre le concept de la grande surface et de la pharmacie ».*

96. *Cette décision disciplinaire imposée par des pharmaciens et donc des concurrents de la requérante vise de manière incontestable à interdire aux pharmaciens de la requérante d'exercer leur profession dans le cadre du nouveau concept de la requérante et constitue une entente illégale visant à évincer un concurrent. Suite à cette décision, il n'est plus en mesure d'exercer sa profession dans son officine tant que la parapharmacie y est attenante. Sa seule option est d'arrêter sa collaboration avec Medicare-Market pour éviter toute récidive. En outre, compte tenu de cette décision, tout nouveau pharmacien travaillant pour le groupe risquerait d'être poursuivi pour la même raison.*

97. *Relevons à cet égard que ce pharmacien a effectivement démissionné le 7 octobre 2016 en raison des pressions de l'OP qui devenait insupportables comme cela apparaît de sa lettre de démission (**Annexe 51**). Nous reprenons un extrait de son courrier à cet égard ci-après :*

> *« En effet, la pression que je subis en permanence, entre autres avec les procédures devant l'Ordre qui me touchent et ne me semblent pas correspondre à la réalité que je vis au quotidien sur le terrain, au service de mes patients, est un des facteurs clés qui m'a poussé à cette décision.*
>
> *Je me rends compte que cela te met dans l'embarras, d'autant qu'avec les poursuites de l'Ordre contre le concept, ce ne sera pas simple de trouver un titulaire qui sait qu'il risque de se faire convoquer dès son premier jour... Je suis à ta disposition pour en discuter et essayer de t'aider à trouver une solution. »*

98. *Le pharmacien concerné, ainsi que le conseil national de l'OP ont interjeté appel contre cette décision. En effet, nonobstant sa démission et le fait que le pharmacien concerné n'exerce plus sa profession dans une officine mais dans un centre de recherche, la procédure disciplinaire ne cesse pas ses effets.*

99. *Dans le cadre de cet appel, le conseil National de l'OP a déposé des conclusions qui révèlent à suffisance son véritable objectif dans ces procédures disciplinaires (**Annexe 55**).*

100. *Les faits reprochés à l'encontre du pharmacien concerné tels que repris dans ces conclusions sont:*

> *« 1°) la confusion de genre entre la pharmacie, attachée à l'art pharmaceutique, et les exigences afférentes à la profession de pharmacien, lesquelles sont soumises aux règles reprises dans le code déontologie, et l'activité et pratiques commerciales contraires à la discrétion et la dignité de la profession ;*
>
> *2°) l'utilisation d'un site internet qui entretient la confusion entre l'aspect commercial de la parapharmacie et de la pharmacie ;*

3°) l'aspect publicitaire matérialisé par des réductions tapageuses, des promotions, des articles de presse, des brochures, des apparitions médiatisées allant à l'encontre du principe de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dont le pharmacien doit faire preuve dans l'exercice de sa profession »[28].

101. Le conseil national de l'OP fait valoir dans ses conclusions que :

« Les concluants soulignent que le juge disciplinaire n'a pas pour objectif de contrôler la concurrence mais de veiller au respect de la dignité de la profession.

Il ne s'immisce pas dans la partie économique de celle-ci et ses décisions ne peuvent être assimilées à des décisions d'association d'entreprise.

Il lui appartient seulement de vérifier si l'exercice pharmaceutique se fait dans le respect absolu des règles déontologiques.

Il est sans compétence pour apprécier si « telle pratique de commerce » a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge »[29].

102. Cette affirmation est contredite par le contenu même de ses conclusions qui met en cause le modèle commercial de Medi-Market (risque de confusion, organisation des magasins, publicité pour les génériques), la promotion de ses activités sur son site internet, dans les médias, etc[30]*. Ces conclusions illustrent bien la négation continue, de la part de l'OP, de l'interférence de ses actions sur le marché et démontrent le manque de considération pour les règles du droit de la concurrence. Répétons que la décision du Conseil de 2007 qui condamne l'OP, étant bel et bien une association d'entreprises, pour avoir restreint la concurrence, maintient que les interventions de l'OP doivent être nécessaires et proportionnelles pour atteindre son objectif légitime*[31]*.*

*103. **Gand**. Le 28 juin 2016, une réunion de conciliation a eu lieu devant le conseil provincial de la Flandre Orientale*[32]*. Il était reproché à la pharmacienne-titulaire Mme [CONFIDENTIEL], d'ouvrir le samedi après-midi et de ne pas fermer pour prendre une pause de midi. On a également évoqué que le service de garde commence à 13 h le samedi.*

104. Lors de la réunion de conciliation, Madame [CONFIDENTIEL] a confirmé qu'elle ouvrait du lundi au samedi de 10h à 19h.

105. Pourtant, le règlement d'ordre intérieur de l'association[33] *prévoyait la fermeture avant 8h et après 19h et que les jours de fermeture étaient le dimanche et les jours fériés. Il n'impose pas la fermeture de la pharmacie à certains moments de la journée et de la semaine. Pour rappel, le fait*

---

[28] **Annexe 55**, page 12.

[29] **Annexe 55**, page 20.

[30] Renvoyons par exemple à la page 23 de ces conclusions qui fait référence à l'usage de publicité matérialisé par des réductions tapageuses, des promotions, des articles de presse, des brochures, des apparitions médiatisées.

[31] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007, § 49 (**Annexe 43**).

[32] L'invitation pour la réunion de conciliation est reprise à l'**Annexe 57**.

[33] **Annexe 68**.

pour l'OP d'imposer des heures d'ouverture a été condamnée par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 26 octobre 2007 [34]! La pratique de la pharmacie n'était dès lors pas illégale.

106. Lors de la réunion de conciliation, les pharmaciens plaignants n'ont pas contesté l'existence de ce règlement mais ont expliqué qu'il existe une « conscience commune (gemeenschappelijk geweten) », un consensus sur les heures d'ouverture et la fermeture des pharmacies une heure sur le temps de midi et le samedi après-midi (vers 12h-13h).

107. Les plaignants ont également invoqué la déontologie et plus spécifiquement la confraternité pour justifier leur plainte. En outre, ils ont reproché à Madame [CONFIDENTIEL] son manque d'indépendance vis à vis de son employeur et ont tenté de l'intimider en lui expliquant qu'elle sera seule pour assumer les poursuites disciplinaires. Par ailleurs, il a été à demi-mot reproché à Madame [CONFIDENTIEL] de ne pas avoir fait le tour des pharmacies du quartier afin de se présenter et de prendre les premiers contacts avec les confrères.

*108. Le magistrat est intervenu afin de tenter de trouver un compromis. Comme en témoigne le Procès-Verbal (très succinct) de la réunion (**Annexe 56**), la solution provisoire retenue était que Madame [CONFIDENTIEL] en discuterait avec son employeur afin de savoir si elle pouvait adapter ses horaires. Les heures d'ouverture sont en effet fixées par son employeur, Medicare-Market, et Madame [CONFIDENTIEL] ne pouvait bien entendu pas s'engager pour son employeur.*

109. Mme [CONFIDENTIEL] a donné sa démission le lendemain de cette réunion, en raison des pressions subies.

*110. **Evere**. Suite aux plaintes de pharmaciens concurrents, certaines datant avant même l'ouverture de la pharmacie[35], une instruction est ouverte contre la pharmacienne titulaire de la pharmacie PharmaClic d'Evere, Mme [CONFIDENTIEL]. Le conseil provincial a imposé, le 13 septembre 2016 (**Annexe 55**), une sanction disciplinaire d'une suspension d'une journée.*

111. La lecture de la décision disciplinaire est interpellante. En premier lieu, aucune critique ne vise personnellement Mme [CONFIDENTIEL] : toutes visent spécifiquement le « concept » Medicare-Market.

112. Les reproches ont trait à une croix de pharmacie « clignotante » et au fait que la distinction entre la pharmacie et la parapharmacie ne serait pas suffisamment apparente, ce qui pourrait induire une confusion dans le chef du client et ferait croire que les objectifs du pharmacien seraient commerciaux. Enfin, le conseil provincial retient comme argument déterminant pour la condamnation de Mme [CONFIDENTIEL] une prétendue publicité indirecte contraire à la déontologie : les publicités de la parapharmacie profiteraient également à la pharmacie.

---

[34] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007, § 58 (**Annexe 43**).

[35] Voir **Annexe 27**, plainte datant du 9 octobre 2015, bien que la pharmacie soit ouvert le 21 octobre 2015.

113. Il ressort de cette décision disciplinaire que le pharmacien (que ce soit en pharmacie ou en parapharmacie) ne pourrait faire de la publicité pour des produits parapharmaceutiques que sous les mêmes conditions que la publicité pour les produits « pharmaceutiques » et singulièrement, les médicaments. Alors que l'OP a déjà été condamné dans le passé pour ses pratiques anti-concurrentielles en matière de publicité[36], il continue à tenter par tous les moyens de maintenir ses pratiques anciennes via ses organes disciplinaires.

114. Les reproches formulés à l'encontre de Mme [CONFIDENTIEL] constituent donc des violations du droit de la concurrence. Malgré cette évidence, les poursuites disciplinaires se poursuivent.

115. Mme [CONFIDENTIEL], ainsi que le Président du conseil national de l'OP et l'assesseur ont interjeté appel contre cette décision disciplinaire. Les premières conclusions de [CONFIDENTIEL], répètent grosso modo les arguments maintenus dans la décision disciplinaire contre Mme [CONFIDENTIEL]. L'OP se fonde sur un arrêt de la Cour de Cassation du 16 décembre 2016 pour soutenir sa thèse[37].

116. Cet arrêt précise concernant les activités de la parapharmacie que « le moyen supposant que les règles déontologiques seront pertinentes uniquement pour les prestations qui constituent des prestations intellectuelles caractéristiques de la profession libérale constitue une erreur de droit »[38].

117. Les règles déontologiques peuvent en effet également s'appliquer aux activités du pharmacien qui relèvent de la parapharmacie. D 'emblée, ce point ne saurait néanmoins pas être utilement soulevé dans cette procédure ; aucun des reproches ne visent personnellement Mme [CONFIDENTIEL], mais sont bien dirigés contre le « concept » Medicare-Market.

118. Par contre, si l'application des règles déontologiques n'est pas limitée aux prestations intellectuelles caractéristiques de la profession de pharmacien, et de ce fait, sont d'application à toute activité exercé par le pharmacien, ces règles déontologiques doivent respecter le droit de la concurrence et donc les dispositions pertinentes du CDE.

119. Dans la décision de l'ABC de 2007[39], l'Auditeur avait reconnu que « la profession de pharmacien est une activité spécifique qui ne doit pas être assimilée à un simple négoce ». Cela n'a toutefois pas empêché le Conseil d'être 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 »[40].

---

[36] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 (**Annexe 43**).
[37] Cass, 16 décembre 2016, Nr. D.16.0008.N.
[38] Cass, 16 décembre 2016, Nr. D.16.0008.N, considérant 6.
[39] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 (**Annexe 43**).
[40] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 (**Annexe 43**), considérants 63 et 67.

120. L'appréciation des règles déontologiques, au regard du droit de la concurrence, doit nécessairement s'avérer encore plus stricte, étant donné que ces règles régissent, non pas seulement les activités de pharmacien sensu stricto, mais également toute autre activité, y compris celle de nature purement commerciale et pour laquelle les pharmaciens subissent une pression concurrentielle d'autres acteurs sur le marché.

*121. **Schoten**. Une procédure disciplinaire est également en cours contre le pharmacien de PharmaClic, Mr [CONFIDENTIEL], à Schoten, suite aux plaintes de pharmaciens concurrents visant une publicité, ainsi que l'affichage des rabais dans la parapharmacie[41].*

122. Le 21 janvier 2017, l'huissier de justice a fait quelques constats chez Medi-Market et PharmaClic Schoten, à la demande du conseil provincial de l'OP d'Anvers. L'audience devant le conseil provincial a ensuite eu lieu le 24 janvier 2017, les débats ont eu lieu le 28 mars 2017.

123. La convocation devant le conseil provincial d'Anvers fait état d'une violation par le pharmacien du code de déontologie, notamment l'unité de la pharmacie et de la parapharmacie, la publicité trompeuse et les ristournes commerciales[42].

*124. **Rocourt**. Enfin, une procédure disciplinaire est en cours contre la pharmacienne [CONFIDENTIEL] de PharmaClic Rocourt. Une audience a lieu le 24 avril 2017.*

125. Les reproches sont connus et visent le « concept » Medicare-Market : le conseil provincial de Liège poursuit disciplinairement la pharmacienne [CONFIDENTIEL] pour « avoir agencé la pharmacie […] d'un manière telle que celle-ci ne conserve pas son identité propre liée aux impératifs de santé publique, en l'espèce pour avoir créé la confusion entre la pharmacie et une parapharmacie dont l'activité est à objet purement commercial, séparées l'une de l'autre par une cloison vitrée et transparente dotée d'une partie amovible dont l'ouverture est déclenchée par un système automatique (article 78 du code de déontologie pharmaceutique). »

126. Le conseil provincial reproche à la pharmacienne d' « avoir créé et entretenu la confusion entre l'activité de soins de santé inhérente à la profession de pharmacien et l'exploitation d'un commerce en aménageant la pharmacie de manière telle que celle-ci n'est pas séparée de l'implantation parapharmaceutique pas un système inamovible permanent, permettant aussi à la clientèle de passer d'une implantation à l'autre par simple déclenchement d'une porte automatique montée sur une structure vitrée et transparente (article 15 du code de déontologie pharmaceutique). »[43]

---

41 Voir **Annexes 60 et 61**.
42 Voir le dossier disciplinaire dans l'**Annexe 67**.
43 Voir l'**Annexe 64**.

127. Une fois encore, on reproche à la pharmacienne de travailler pour une enseigne d'un certain concept. Elle n'est aucunement en mesure de remédier aux réprimandes de l'OP puisque c'est son employeur MediCare-Market qui fournit les lieux.

128. De plus, l'OP impose une scission significative entre la vente des produits pharmaceutiques et ceux de la parapharmacie, ces derniers étant, encore selon l'OP, à objet purement commercial. Les pharmacies « traditionnelles », qui offrent et vendent également des produits parapharmaceutiques n'opèrent aucune distinction entre la vente des produits pharmaceutiques et ceux de la parapharmacie. L'OP impose donc des exigences sur les pharmaciens travaillant pour l'enseigne MediCare-Market, qui ne sont pas imposées aux pharmacies « traditionnelles ».

*129. **Conclusion**. Il est clair que l'OP continue à viser MediCare-Market. Ces procédures disciplinaires ont toutes été initiées à la suite de plaintes de pharmaciens et donc des concurrents de la requérante. Les sanctions disciplinaires ont également été imposées par des pharmaciens et donc des concurrents de la requérante. Elles ont pour unique objectif d'interdire aux pharmaciens du plaignant, et partant au plaignant lui-même et à ses filiales, d'exercer leur profession dans le cadre du nouveau concept de la requérante et constituent par conséquent une entente illégale visant à évincer un concurrent.*

130. Il y a lieu de souligner que le déroulement de ces procédures témoigne à suffisance du manque d'indépendance et d'impartialité de l'OP et de ses organes.

Ainsi :

*- [CONFIDENTIEL] est elle-même plaignante (courriel du pharmacien [CONFIDENTIEL] du 12 octobre 2015 (**Annexe 27**).*

*- Cette même pharmacienne [CONFIDENTIEL] transmet impunément les éléments de la procédure disciplinaire en cours au conseil national, en violation flagrante du secret professionnel : un courriel de la pharmacienne [CONFIDENTIEL] du 12 novembre 2015 concernant le dossier disciplinaire de Mme [CONFIDENTIEL] est ainsi adressé (en copie) au pharmacien [CONFIDENTIEL] (**Annexe 28**).*

- Mme [CONFIDENTIEL] s'est retirée de cette procédure suite à une demande de récusation au motif de la proximité de certains plaignants auprès de Mme [CONFIDENTIEL].

(cc) Le harcèlement déontologique

131. La déontologie ne se limite pas à la rédaction du code de déontologie. Elle se manifeste également au travers des avis déontologiques transmis aux pharmaciens par le conseil national et par les conseils provinciaux de l'Ordre.

132. En l'occurrence, la requérante doit constater que la déontologie a été dictée précisément dans le but d'écarter le concept Medicare-Market.

*133. Ainsi, par avis du 24 mars 2016 (**Annexe 29**), soit postérieurement au diligentement des procédures disciplinaires et judiciaires contre les sociétés du plaignant, l'OP a interdit déontologiquement l'utilisation de l'enseigne « parapharmacie » sur la pharmacie, considérant que les « magasins se signalant comme étant des « parapharmacies » ne sont pas soumis à une législation particulière de Santé Publique et prétendre le contraire viendrait à tromper le client/patient ».*

134. Il ressort de ce document qui doit être respecté par tous les membres de l'OP « qu'elle est d'avis qu'une enseigne autre que celle de pharmacie ne devrait pas servir à identifier la pharmacie. Il s'agit pour le pharmacien de réaffirmer aux patients que la pharmacie constitue un gage de qualité et d'excellence des services qui y sont fournis ainsi que de les rassurer au sujet de la protection légale qui leur est accordée par le législateur, s'agissant d'un lieu strictement réglementé sur le plan de la Santé publique et ce sans préjudice pour les pharmaciens d'effectivement vendre dans leur officine des produits autres que des médicaments, dispositifs médicaux et alimentations à des fins médicales spéciales ».

135. Cet avis est manifestement rédigé pour les besoins de la cause, et vise manifestement (certes, maladroitement) la requérante et ses sociétés. Ainsi donc, la déontologie elle-même est rédigée au gré de la volonté exprimée d'écarter Medi-Market et PharmaClic.

136. De même, le conseil provincial du Brabant flamand envoie à tous ses pharmaciens le 17 mai 2016 une lettre intitulée

*« deontologische voorschriften betreffende de signalisatie van een officina » (**Annexe 30**).*

137. Cette lettre informe les pharmaciens que toutes croix lumineuse « clignotante » sur les enseignes de pharmacie sont interdites.

138. Ce courrier fait suite au lancement de la procédure disciplinaire diligentée contre la pharmacienne titulaire de Evere (Mme [CONFIDENTIEL]). Il lui est en effet reproché, par le conseil provincial, d'avoir une croix verte, clignotante et animée sur sa pharmacie, ainsi que de ne pas avoir éteint l'enseigne pendant les heures de fermeture. Dans le cadre de la procédure disciplinaire, Mme [CONFIDENTIEL] constate qu'aucune norme déontologique n'empêche d'avoir une croix allumée hors des heures d'ouverture. Les animations comme les mentions de l'heure, de la date et de la température sont tout à fait tolérées. Elle constate du reste qu'elle a, comme un grand nombre de pharmaciens sinon la majorité, acheté simplement la croix verte « standard » que lui proposait le fabricant, celle-ci se révélant « clignotante ». Il s'agit des croix les plus vendues sur le marché, et elles n'ont donc rien d'inusuelle.

139. Qu'à cela ne tienne, en l'absence de norme déontologique permettant de fonder les reproches à l'endroit de Mme [CONFIDENTIEL], le conseil provincial du Brabant en crée donc une nouvelle, manifestement pour les besoins de la cause.

(dd) Le harcèlement règlementaire

140. Le harcèlement n'est pas limité au niveau procédural et disciplinaire, mais a également lieu via un lobbying pressant auprès du cabinet du ministre de la santé et du SPF Santé publique.

*141. La pression sur le Ministre de la Santé De Block est énorme comme il ressort des multiples questions parlementaires dont elle est confrontée où il est fait état des inquiétudes du secteur (voir **Annexe 2** et **Annexe 31**).*

142. Il y a lieu de relever à cet égard que Madame la Ministre De Block a déclaré de manière très claire, à la Chambre des Représentants, à propos du Modèle Medi-Market / PharmaClic :

*« Rien ne prouve que cette nouvelle formule de vente perturbe le marché de la pharmacie au détriment du consommateur-patient. Medi-market satisfait à toutes les conditions légales » (**Annexe 31**).*

143. Comme il ressort également du PV du conseil national du 24 septembre 2015, le conseil national proposera à la Ministre une modification de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 visant précisément à interdire la présence attenante d'une pharmacie et d'une parapharmacie. L'OP utilise cette voie du lobbying politique pour interdire le concept Medicare-Market, ce qui constitue également une pratique concertée illégale d'une association d'entreprises visant à exclure un nouvel acteur du marché.

144. Il est intéressant de constater, à ce sujet, la grande duplicité de l'OP.

145. Le législateur est demandeur d'une distinction plus claire, au sein des officines, entre la vente de produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques, comme le préconise l'arrêt Pierre Fabre de la cour de justice du 13 octobre 2011[44]. Il a même envisagé, à cette fin, la séparation nette, dans les officines, entre les espaces pharmaceutiques et parapharmaceutiques. Il y a toutefois uniquement renoncé suite à l'engagement pris par l'APB et l'OP de mettre de la clarté dans le type de produits vendus (voyez à cet égard les engagements qu'il avait pris en ce sens devant la Chambre des Représentants dans le cadre des discussions ayant mené à la loi du 1er mai 2006 complétant l'article 4 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé en vue de garantir la qualité des produits vendus en pharmacie). Cet engagement, étonnamment, n'a jamais été suivi d'effet. L'OP se satisfait manifestement de la confusion générée dans ses officines quant aux produits vendus.

---

[44] Arrêt de la Cour du 13 octobre 2011, Pierre Fabre, C-439/09, Rec. 2011, p. I-09419.

146. Or, en l'espèce, l'OP et l'APB semble mettre énormément de zèle à poursuivre une prétendue confusion entre les activités de pharmacie et de parapharmacie, seulement dès le moment où ces activités sortent du giron de l'officine. Au contraire des pharmacies traditionnelles, le modèle Medicare-Market/ PharmaClic assure une plus grande transparence vis-à-vis du public quant à la nature des produits vendus. Ceci déplaît manifestement à l'OP.

147. La politique de deux poids, deux mesures n'a qu'une seule explication : le corporatisme.

(ee) Conclusion sur le harcèlement

148. Il ressort de ce qui précède que l'OP, ensemble avec l'APB et les pharmacies, parties à l'action en cession et/ou plaignants dans le cadre des procédures disciplinaires, ont recours à tous les moyens judiciaires, disciplinaires, déontologiques et de lobby dans un seul but : exclure Medicare-Market du marché. Ce harcèlement maintient une pression constante sur la requérante qui doit mobiliser des ressources importantes en termes de temps, d'énergie et de coûts financiers pour faire face à ce harcèlement.

149. Les moyens mis en œuvre par l'OP dépassent largement la simple défense de leurs intérêts ou l'exercice de leurs prérogatives. Il s'agit en réalité d'un détournement de ces prérogatives et de la préservation de leurs intérêts commerciaux. Il ressort clairement de l'accumulation des éléments d'harcèlement et de leur motivation que les pratiques dénoncées ci-dessous constituent une violation flagrante du droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle une plainte a été déposée en juin 2016. L'enquête de l'Auditorat est en cours.

(iii) <u>L'interdiction de ristournes</u>

150. Un moyen de pression supplémentaire exercé sur la requérante est l'accusation injustifiée de ristournes interdites tant dans la procédure en cessation que dans la procédure disciplinaire.

151. L'OP, l'APB et les pharmacies intervenantes dans la procédure en cessation reprochent au Medicare-Market une violation des articles VI .93, VI.97 et/ou VI.104 CDE en ce qu'ils offriraient des « bons de réduction à l'achat de médicaments ou lorsqu'un certain seuil de médicaments et/ou de médicaments +produits parapharmaceutiques est atteint » alors que de telles pratiques contreviendraient :

- *aux articles 106, 108 et 109 du code de déontologie pharmaceutique.*
- *aux article 9, §1, in fine de la loi sur les médicaments;*
- *à l'annexe I de l'Arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens.*

152. Les parties intervenantes soutiennent dans la procédure en cessation, en substance, qu'« appliquer des réductions lorsqu'un certain seuil d'achats de médicaments est dépassé ne favorise, à l'évidence, pas l'usage rationnel des médicaments mais, au contraire, pousse à la dépense ».

153. La pratique d'un bon de réduction n'est néanmoins nullement illégale. Cette pratique est d'ailleurs d'application généralisée dans le secteur de la pharmacie, par l'octroi de « cartes de fidélité ». Rappelons par ailleurs que le Tribunal, dans son jugement intervenu le 5 octobre 2016, déclaré irrecevable l'action en cessation.

154. L'ancien Conseil de la Concurrence, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont en tout cas confirmé la légalité de la pratique, même dans le secteur pharmaceutique :

- *L'OP a été condamné par le Conseil de la Concurrence par une décision du 26 octobre 2007[45] et ce, à la fois, pour ses règles déontologiques relatives à l'interdiction de la publicité et des ristournes, à la fois, pour les communications qu'il entretenait sur ce sujet.*

  L'OP revient pourtant, encore et toujours, avec le même argumentaire suivant lequel un bon de réduction ne favoriserait pas l'usage rationnel du médicament mais pousserait à la surconsommation.

- *L'APB, de même, a également perdu les contentieux judiciaires diligentés aux fins d'interdire les ristournes dans le secteur pharmaceutique. Voyez :*
  - *L'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2004, R.G. C.03.0107 ;*
  - *L'arrêt du Conseil d'Etat n° 164.825 du 16 novembre 2006.*

*155. Le même reproche revient dans chaque lettre ouverte des pharmaciens dans le cadre de la procédure disciplinaire et la plainte collective des 11 pharmaciens communiquée en **Annexe 24** et **Annexe 25**.*

156. Référons également à un article de presse sur le site de RTL ou il est indiqué que « l'association dénonce également des ristournes importantes accordées par la nouvelle pharmacie sur la paramédical pour attirer les visiteurs dans ce nouveau complexe »[46].

157. C'est donc avec une mauvaise foi manifeste que l'APB et l'OP présentent sous la forme de l'évidence un comportement prétendument illégal dans le chef de la requérante, alors qu'ils savent pertinemment bien (ayant chacun été condamnés dans des contentieux de même nature) que tel n'est pas le cas.

158. Au-delà, participe du boycott le fait que l'argument est sans cesse réitéré, tant dans les procédures disciplinaires que dans les procédures judiciaires, obligeant ainsi Medicare-Market à chaque fois à défendre sa thèse.

---

[45] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 (**Annexe 43**).

[46] http://www.rtl.be/info/belgique/societe/le-medi-market-inquiete-les-pharmaciens-independants-ils-jouent-avec-les-limites-de-la-legislation-pour-faire-du-commerce--686308.aspx.

(iv) D'autres mesures visant d'empêcher les activités de Medicare-Market

*159. **Dénigrement**. Depuis le lancement de ses activités, l'OP a lancé une campagne de dénigrement à l'encontre du Groupe Medicare-Market.*

*160. Cette « campagne de presse » est organisée de longue date par le conseil national de l'OP, tel que cela ressort des procès-verbaux des séances du conseil national des 26 février 2015 (**Annexe 32**), du 22 octobre 2015 (**Annexe 19**), du 26 novembre 2015 (**Annexe 33**) et du 17 décembre 2015 (**Annexe 34**).*

161. Elle s'opère tantôt directement à l'initiative du conseil national lui-même, tantôt par l'intermédiaire des membres du conseil national.

162. Cette campagne a un objet précis : elle vise à démontrer une démarche prétendument commerciale dans le chef du Groupe Medicare-Market, mettant en « danger » la santé des patients. Il s'agit d'une accusation très grave, portant atteinte à l'image et la réputation de la requérante.

*163. L'OP diffuse de manière proactive et régulière, à cet égard, auprès de la population des messages alarmistes selon lesquels les patients encouraient un risque pour leur santé en achetant leurs produits dans les Pharmacies et Parapharmacies du Groupe Medicare-Market (**Annexe 35**, **Annexe 36**, **Annexe 37**, **Annexe 38**, **Annexe 39**).*

164. La campagne de presse orchestrée est assez étonnante, particulièrement dans le chef d'un ordre professionnel tel l'OP.

165. Il est pour le moins surprenant que le gardien de la probité et de la délicatesse au sein de la profession de pharmacien orchestre une campagne de presse, assez irresponsable au demeurant, visant à démontrer le danger pour la santé publique que constituerait l'enseigne Medi-Market / PharmaClic et la méconnaissance prétendue de leur métier par les pharmaciens-titulaires des PharmaClic alors que tous les autres pharmaciens dans une situation autrement marquée du sceau de la confusion, semblent bénéficier d'une relative mansuétude de leurs pairs.

166. Relevons tout d'abord que les produits présentant soi-disant des risques pour la santé sont en vente libre, soit dans les pharmacies, soit dans les supermarchés. Ces derniers ne font toutefois pas l'objet d'une telle campagne de dénigrement par l'OP.

167. Par ailleurs, il est utile de souligner que les reproches concernant les risques pour la santé sont totalement faux. Plusieurs études ont déjà affirmé que la généralisation de la vente de certains médicaments en dehors des officines n'incite pas les consommateurs à consommer plus.

168. Plusieurs pays de l'UE vont encore plus loin que le concept de Medicare-Market et ont libéralisé la vente des médicaments d'automédication (hors prescription médicale).

169. Il est évident que cette campagne de dénigrement, conjointe aux pratiques d'harcèlement, ne vise pas à protéger la santé des consommateurs mais a uniquement pour objet de porter atteinte à l'image de la requérante afin de préserver la position privilégiée des officines traditionnelles. Dans la mesure où elle est organisée par une association d'entreprises, elle constitue une entente illégale interdite par l'article 101, § 1, TFUE et l'article IV.1 §1 CDE.

(c) « Négation » du droit de la concurrence par l'OP

170. L'OP semble ne pas vouloir admettre que sa mission ne lui permet pas, malgré la spécificité de la profession de pharmacien, de restreindre la concurrence entre pharmaciens. Le Conseil de la concurrence fut pourtant très clair à ce sujet dans sa décision de 2007[47].

171. La présentation de cette décision, préparée par l'OP et publiée sur son site internet minimise la portée de cette décision[48]. À la lumière de ce document, le comportement actuel de l'OP n'est dès lors pas surprenant.

172. Ainsi, concernant les interdictions de la publicité et des ristournes, vivement condamnées par le Conseil, l'OP se contente de mentionner que « [d]epuis l'entrée en vigueur du Code de Déontologie Pharmaceutique (2,5 ans avant la décision du Conseil de la Concurrence), une telle interdiction n'existe plus ». Bien que les interdictions actuellement reprises dans le code de déontologie ne soient pas absolues, l'application de ces dispositions par l'OP, telle qu'illustrée ci-dessus, n'est pas justifiée par l'atteinte à la considération des pharmaciens ou à un devoir de confraternité.

173. En outre, le conseil national, représenté par son Président et le Magistrat assesseur, fait valoir ce qui suit dans la procédure disciplinaire contre Mr [CONFIDENTIEL] devant le conseil d'appel :

> *« Les concluants soulignent que le juge disciplinaire n'a pas pour objectif de contrôler la concurrence mais de veiller au respect de la dignité de la profession.*
> ***Il ne s'immisce pas dans la partie économique de celle-ci et ses décisions ne peuvent être assimilées à des décisions d'association d'entreprise**.*
> *Il lui appartient seulement de vérifier si l'exercice pharmaceutique se fait dans le respect absolu des règles déontologiques.*
> *Il est sans compétence pour apprécier si « telle pratique de commerce » a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge »[49].*

174. Ainsi, l'OP nie son statut d'association d'entreprises et méconnait, de manière flagrante, l'application des règles du droit de la concurrence à ses actes. Il sera amplement illustré ci-dessous

---

[47] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 (**Annexe 43**).
[48] Disponible sur http://www.ordederapothekers.be/default.aspx?ID=186&lang=2 (consulté le 24 février 2017).
[49] Conclusions additionnelles et de synthèse du Président du conseil national de l'OP et le Magistrat assesseur du 20 décembre 2016 devant le Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des pharmaciens en cause de [CONFIDENTIEL] (**Annexe 54**), § 29.

que l'OP constitue effectivement une association d'entreprises et doit s'abstenir de restreindre la concurrence.

175. Nous attirons l'attention du Collège sur l'article 19 de l'arrêté royal n° 80 relatif à l'Ordre des pharmaciens qui dispose que :
« Aucune décision prise en application de l'article 6, 1° et 2°, ne peut être fondée sur des motifs d'ordre racial, religieux, philosophique, politique, linguistique ou syndical, ni sur le fait pour le pharmacien d'être attaché à un organisme déterminé. Toute ingérence dans ces domaines est interdite. »
Cette règle est d'ordre public.

176. L'article trouve son origine dans la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des pharmaciens, celle-ci ayant été abrogée par l'arrêté royal n° 80. Les travaux préparatoires de cette loi clarifient la raison pour laquelle cette disposition a été adoptée. Plus précisément, l'adoption de cet article était considérée nécessaire par crainte de voir l'Ordre des Médecins et l'Ordre des pharmaciens « se préoccuper de tous les problèmes relevant uniquement des associations professionnelles au lieu de s'en tenir aux missions qui leur sont dévolues par la loi. »

177. En effet, certains conseils provinciaux avaient pris des mesures pour diverses raisons qui n'avaient rien de commun avec « le respect de la déontologie pharmaceutique, l'honneur, la discrétion, la probité et la dignité des membres de l'Ordre dans l'exercice de la profession, et même en dehors de l'activité professionnelle dans le cas de fautes graves rejaillissant sur l'honneur de la profession »

178. Plus précisément,

> *« [c]es mesures semblent être appliquées surtout aux pharmaciens qui désirent s'établir en qualité de pharmaciens-gérants ou qui sont attachés à un organisme assurant le service pharmaceutique au profit d'un groupement ou d'une catégorie de personnes.*
> *Il n'est pas douteux que le comportement de ces Conseils provinciaux en cette matière est contraire aux dispositions légales, et notamment à celle de l'article 6 qui prévoit que « toute ingérence dans ce domaine leur est interdite ». Il résulte très clairement des textes légaux et des documents parlementaires que le législateur n'a pas voulu pareille intervention. »*[50].

*179. Les positions adoptées par les différents conseils provinciaux qui ont imposé des sanctions disciplinaires aux différents pharmaciens sont similaires, voire identiques. En outre, le Conseil national de l'OP a décidé de poursuivre tout pharmacien engagé au sein d'une officine PharmaClic (comme cela ressort du procès-verbal de la séance du 17 décembre 2015 - **Annexe 23**). Il faut en*

---

[50] Proposition de la loi modifiant la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des Pharmaciens, Doc. Parl., sénat, session 1951-1952, n° 75, p. 1-4. Voir dans la même sens aussi Projet de loi créant l'Ordre des Pharmaciens, Sénat, An. Parl, session 1948-1949, séance du mercredi 17 novembre 1948, Discussion générale et vote des articles, n° 4, p. 64.

conclure que la poursuite disciplinaire des pharmaciens est indépendante de leur propre comportement déontologique. Dès lors, l'OP leur impose des mesures disciplinaires pour la seule raison qu'ils travaillent dans une officine de PharmaClic. Parce qu'un pharmacien travaille chez PharmaClic, il violerait les règles déontologiques et sera poursuivi par l'OP. L'OP détourne de manière manifeste l'objectif et l'objet des règles « déontologiques ».

180. En réalité, le seul fait que l'employeur PharmaClic du pharmacien est situé dans un espace adjacent à une parapharmacie du groupe MediCare-MArket suffit, comme tel, à justifier une sanction disciplinaire à son encontre ...

181. Dès lors, les actions actuelles de l'OP sont manifestement contraires à l'intention du législateur telle que formalisée dans la loi du 19 mai 1949. Comme le disait la « Nationale Pharmaceutique » dans le projet de loi créant l'Ordre des pharmaciens[51]: « il serait, en effet, exorbitant d'admettre qu'une juridiction quelconque, à laquelle participent des magistrats, aille condamner un citoyen qui appliquerait la loi. » C'est toutefois la situation que subit actuellement Medicare-Market.

182. Comme exposé ci-dessus, en posant ces actes d'harcèlement judiciaire, disciplinaire, déontologique et règlementaire et en adoptant ces mesures prises à l'encontre des pharmaciens, il ne fait aucun doute que l'OP viole l'article 19 de l'arrêté royal n° 80. Ce faisant, l'OP ne se limite en effet pas aux missions qui lui sont dévolues par la loi : il instrumentalise les compétences qui lui sont dévolues aux fins d'éliminer un nouvel acteur du secteur [52]. Son comportement porte donc atteinte au jeu de concurrence au détriment de la requérante.

3. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE DE MESURES PROVISOIRES

3.1 Compétence de l'Autorité belge de la Concurrence

183. L'Autorité belge de la Concurrence est compétente pour connaître des affaires concernant des éventuelles infractions au droit de concurrence dès que l'accord ou le comportement visé est mis en œuvre sur le territoire de la Belgique.[53]

*184. **Territoire**. L'OP est compétente pour veiller sur l'art pharmaceutique en Belgique. Ces activités se limitent au territoire belge. La requérante est par ailleurs établie en Belgique.*

*185. **Infraction.** L'ensemble des pratiques mises en place par l'OP et décrites au titre 2.3. démontre à suffisance l'objectif de l'OP d'évincer Medi-Market/PharmaClic du marché en raison du modèle innovant qu'il instaure. Ces pratiques visent exclusivement à protéger les pharmaciens traditionnels*

---

[51] Projet de loi créant l'Ordre des Pharmaciens, Sénat, An. Parl, session 1947-1948, séance du mardi 13 juillet 1948, n° 76, p. 1692.
[52] Comme dans l'affaire *Labco*, Aff. 39510 précitée.
[53] Décision n° ABC-2015-V/M-23 du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 27 juillet 2015, p. 139.

qui veulent se réserver le marché de la parapharmacie et non protéger l'art pharmaceutique, voire défendre la santé de tous.

186. S'il est vrai que l'OP est compétent pour veiller sur l'art pharmaceutique, en adoptant des règles déontologiques et qu'il est investi d'un pouvoir disciplinaire pour assurer qu'ils soient respectés, cette compétence ne s'étend pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour remplir sa mission. Dans sa décision 2007-I/O-27, le Conseil de la Concurrence avait condamné les règles déontologiques et les communications de l'OP se rapportant au service de garde et à son organisation des horaires des pharmacies, ainsi que l'interdiction de la publicité et des ristournes. Ces règles n'étaient pas justifiées et constituaient une restriction grave ayant pour objet de restreindre la concurrence.

187. Depuis lors, les règles déontologiques ont été modifiées, ce qui les rendrait prétendument conformes au droit de la concurrence. Nous constatons toutefois que les règles déontologiques actuelles restreignent toujours la concurrence en ce qu'elles sont trop larges sans être dûment justifiées. À tout le moins, l'application faite des règles déontologiques enfreint manifestement le droit de la concurrence et plus particulièrement l'article IV.1 §1 du CDE. D'une part, leur application est trop restrictive en ce qui concerne les pharmacies. D'autre part, leur application est indirectement étendue aux parapharmacies, domaine qui ne relève pas de la compétence de l'OP, comme il le reconnaît pourtant lui-même.

188. L'Autorité belge est donc compétente pour prendre connaissance et traiter la demande des mesures provisoires.

3.2 Respect des dispositions procédurales

189. Conformément à l'article IV.64, §2 de CDE, une copie de la demande de mesures provisoires et des pièces annexées est transmise le 28 avril 2017 à l'Ordre de Pharmaciens.

190. La présente demande est recevable en vertu de l'article IV.64, §1 CDE puisqu'elle a pour objet la suspension des pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet d'une instruction ouverte d'office par l'Autorité belge de la concurrence et d'une plainte de Medi-Market du 2 juin 2016.

191. La présente demande de la requérante concerne des pratiques clairement identifiées dans sa plainte du 2 juin 2016, bien qu'à l'époque, la requérante n'avait pas formulé une demande de mesures provisoires. La multiplication des procédures disciplinaires et leurs conséquences sur la requérante justifie la présente demande.

192. Rappelons que dans la demande de mesures provisoires, la requérante n'est pas tenue par la description de l'infraction prétendue qui a été retenue dans sa plainte. En outre, ce qui est le cas en

l'espèce, les faits nouveaux doivent être liés aux pratiques dénoncées lors de la plainte, ce qui est le cas en l'espèce.[54]

193. Depuis le dépôt de la plainte, l'OP a entamé plusiers nouvelles procédures disciplinaires contre des pharmaciens travaillant pour Medicare-Market. Entretemps, deux démissions de pharmaciens sont intervenues. Le préjudice que Medicare-Market a encouru en raison des procédures disciplinaires entamées par l'OP est devenu manifeste et des mesures provisoires s'imposent.

194. Il sera démontré ci-après que l'imposition des mesures demandées aura pour effet de remédier au préjudice grave, imminent et difficilement réparable subi par la requérante.

3.3 Intérêt

195. La requérante a un intérêt direct et actuel dans le cadre de la plainte et des mesures provisoires.[55] *La requérante est en effet la victime directe des décisions de l'OP. Ces décisions affectent gravement et directement les intérêts de Medicare-Market. Celle-ci ne peut pas agir pleinement sur le marché dans les conditions concurrentielles en raison de ces décisions faisant l'objet de la plainte et la présente demande de mesures provisoires.*

196. Le modèle de Medicare-Market consiste d'une part d'une pharmacie 'moderne' et d'autre part, d'une parapharmacie. L'exploitation de ses magasins est assurée par des pharmaciens d'un côté et des employés spécialisés dans les produits de soin, de santé et de bien-être sensu lato de l'autre côté. Pour pouvoir opérer ce modèle, la présence des pharmaciens dans la pharmacie est bien entendu indispensable. Le pharmacien dispose, que ce soit à titre d'indépendant ou d'employé, de l'autonomie afférente à l'exercice de sa profession. Il garde son indépendance comme praticien de la santé en donnant aux patients une information indépendante, objective, complète et actualisée sur les thérapies et les médicaments.[56]

197. Les procédures disciplinaires faisant l'objet de la plainte ont eu pour effet de jeter un vent de panique parmi les pharmaciens travaillant pour les pharmacies et de les obliger à se défendre, désorganisant l'activité des pharmacies.

198. Les actions de l'OP dont les effets sont aggravés par les actions conjointes et coordonnées de l'ABP et de quelques pharmaciens, ont donc un impact considérable sur la relation professionnelle de Medicare-Market avec son personnel. Compte tenu des procédures très agressives et des sanctions disciplinaires lourdes auxquels ils s'exposent, il est très difficile de convaincre des pharmaciens actifs dans les enseignes du groupe Medicare-Market de poursuivre leur collaboration de travail. Deux

---

[54] K. Marchand et B. Stulens, De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: nihil novi sub sole?, *T.B.M.*, 2013-2, 177 et références.

[55] Voir Décision n° 2009-P/K-12-Aud du 11 juin 2009 affaire i/o-98/0028 : D. contre l'Association pharmaceutique de Tournai et la référence à la décision n° 98-VMP-04; Décision n° 2007-V/M-33 du 13 décembre 2007 Affaire CONC-V/M-05/0028 : F.N.H. / Ordre des pharmaciens.

[56] Annexe N1, D de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Voir aussi les articles 4 et 15 de l'Arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé et les articles 2 et 3 de l'Arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens.

*pharmaciens ont en effet démissionné à cause du comportement de l'OP (**Annexes 51 et 59**). Une telle attitude a également eu pour effet de réduire les possibilités d'engagement de pharmaciens supplémentaires et donc de freiner le développement du groupe Medicare-Market et la diffusion du modèle Medicare-Market[57].*

199. Sous la pression actuelle et continue exercée par l'OP sur les pharmaciens, Medicare-Market n'est plus en mesure de trouver de nouveaux pharmaciens pour remplacer les pharmaciens démissionnaires. Or, ils sont les seuls à pouvoir pratiquer l'art pharmaceutique en Belgique et donc de gérer une pharmacie et de vendre des médicaments. Ce faisant, l'OP vise clairement à bloquer le modèle Medi-Market / PharmaClic.

200. Outre les relations professionnelles avec les pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market devenues difficiles à cause de la pression exercée par l'OP, les décisions de l'OP n'affectent pas seulement les activités pharmacie, mais visent également à porter atteinte aux activités relevant de la parapharmacie. Ces dernières ne relèvent pourtant pas de la compétence de l'OP, mais celui-ci tente d'élargir ses compétences et impute, dans certaines de ses procédures disciplinaires, des pratiques commerciales mises en œuvre dans la parapharmacie à la pharmacie. Ce faisant, Medicare-Market est contraint de modifier son comportement, ce qui limite sa capacité de concurrencer sur le marché de la parapharmacie.

201. Ceci est d'autant plus flagrant que l'OP continue à soutenir que la déontologie du pharmacien s'applique à lui indépendamment de son activité pharmaceutique ou parapharmaceutique et impose les mêmes exigences en termes de ristournes et de publicité pour les produits de parapharmacie, alors même que la vente de pareils produits constitue en droit des « actes de commerce », qui plus est non « caractéristiques » de la profession de pharmacien.

202. Enfin, les actions de l'OP portent atteinte à l'image de la requérante en raison de la campagne de dénigrement dans laquelle les filiales de Medicare-Market sont, de manière totalement erronée, présentées comme des 'supermarchés de la santé' purement commerciaux qui présentent un danger pour la santé.

203. Par conséquent, la requérante a un intérêt direct et actuel au sens de l'article IV.41 §1, 2 du CDE.

4. LA DEMANDE DE MESURES PROVISOIRES

4.1 Objet de la demande

204. À l'ouverture – ou même avant – d'une nouvelle enseigne, Medicare-Market doit faire face aux nombreuses obstructions de l'OP sur des différents plans. Nous faisons référence au titre 2.3 supra supra pour un aperçu global des événements.

---

[57] Voir l'attestation de Monsieur [CONFIDENTIEL], en qualité de Chief Operating Officer de Medi-Market (**Annexe 66**).

205. L'objet de la demande de mesures provisoires est d'ordonner la suspension des pratiques de l'OP décrites ci-dessus. Leur seul objectif est d'évincer le modèle de MediCare-Market du marché et non de veiller au respect de la déontologie.

206. Le tableau ci-dessous reprend toutes les pharmacies et la liste des procédures disciplinaires qui ont été lancées contre le pharmacien titulaire respectif :

Lieu	***Date d'ouverture***	***Procédures disciplinaires***
Gosselies	*Décembre 2014*	• *Sanction disciplinaire, 17 mars 2016, le conseil provincial de l'OP du Hainaut, Pharmacien titulaire [CONFIDENTIEL] suspendu pour une semaine (**Annexe 26**)* • *Appel introduit par Mr. [CONFIDENTIEL] (**Annexe 52**); conclusions de synthèse du 30 janvier 2017 (**Annexe 55**)* • *Appel introduit par le président du conseil national de l'OP, ainsi que le magistrat assesseur près le Conseil national de l'OP (**Annexe 53**) ; conclusions de synthèse du 20 décembre 2016 (**Annexe 54**)*
Rocourt	*Octobre 2015*	• *Convocation de Mme [CONFIDENTIEL] à comparaître devant le conseil provincial pour violation prétendu des règles déontologiques ayant trait à l'unité et la confusion entre la pharmacie et la parapharmacie (**Annexe 64**)*
Evere	*Octobre 2015*	• *Sanction disciplinaire, 13 septembre 2016, le conseil provincial de l'OP du Hainaut, Pharmacien titulaire [CONFIDENTIEL] suspendu pour un jour (**Annexe 58**)* • *Appel, Conclusions du président du conseil national de l'OP, ainsi que le magistrat assesseur près le conseil national de l'OP (**Annexe 65**)*
Sint-Denijs-Westrem	*Avril 2016*	• *Invitation de Mme [CONFIDENTIEL] pour la réunion de conciliation du 29 juin 2016 (**Annexe 57**)* • *Procès-verbal de la réunion de conciliation du 29 juin 2016 (**Annexe 56**)*

Schoten	*Septembre 2016* • *Convocation de Mr [CONFIDENTIEL] à comparaître directement devant une commission d'enquête, 20 septembre 2016. (**Annexe 60**)* • *Convocation de Mr [CONFIDENTIEL] à comparaître devant le conseil provincial pour violation prétendu des règles déontologiques ayant trait à l'unité de la pharmacie et de la parapharmacie, de publicité trompeuse et des ristournes commerciales, 2 décembre 2016. (**Annexe 61**)* • *Conclusions de Mr [CONFIDENTIEL] du 24 janvier 2017 (**Annexe 62**)* • *Audience, 28 mars 2017*
Bruxelles Dockx	*Fin 2016* • *Aujourd'hui, à notre connaissance, aucune instruction a été ouverte par l'OP*

207. Ces procédures disciplinaires ont eu pour effet de jeter un vent de panique parmi les pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market et de les obliger à se défendre, désorganisant l'activité des pharmacies. Il y a lieu de souligner le stress qu'une telle procédure disciplinaire peut induire chez une personne qui est poursuivie à titre personnel. L'acharnement de l'OP et de ses organes a également eu pour effet de réduire les possibilités d'engagement de pharmaciens supplémentaires. Il peut être susceptible de freiner le développement du groupe Medicare-Market et la diffusion du Modèle Medi-Market/PharmaClic.

208. Relevons que ces procédures n'ont jamais été entamées sur plainte d'un consommateur.

*209. Les plaintes ne visent donc pas la protection de la santé publique, ni même l'intérêt du patient/consommateur, mais uniquement à garantir la position concurrentielle (monopolistique) des officines traditionnelles, en ce compris pour les produits de parapharmacie. Les plaintes n'ont davantage pas pour objectif de garantir le respect de la déontologie pharmaceutique mais d'inciter les conseils provinciaux, notamment à l'initiative du conseil national, à « chercher les failles » permettant de viser l'ensemble du Modèle de Medicare Market (**Annexe 24**).*

210. La manière dont les plaintes ont été ensuite traitées par les conseils provinciaux démontrent de manière manifeste que l'on a entendu suivre à la lettre cette « invitation ».

211. C'est ainsi que de manière inexpliquée, aucun des conseils provinciaux saisis, à l'exclusion de celui de Gand qui avait en effet convoqué la pharmacienne pour une réunion de conciliation[58], n'a mis en œuvre la procédure, pourtant obligatoire, de conciliation préalable à toutes poursuites disciplinaires, imposée par l'article 20, §1er, alinéa 3, de l'arrêté royal n° 80 relatif à l'Ordre des pharmaciens :

« Dans les cas de plainte, le bureau s'efforce d'amener l'accord des parties et dresse éventuellement un procès-verbal de conciliation ».

212. Les conseils provinciaux saisis omettent sciemment la procédure visée alors que la requérante a pourtant toujours montré sa bonne volonté et son esprit constructif en faisant les adaptations de sa méthode de fonctionnement et en procédant même à des investissements coûteux pour répondre aux objections de l'OP.

213. Ses intentions sont limpides : l'on ne poursuit pas une infraction déontologique donnée, l'on poursuit un type d'acteur donné (par l'intermédiaire de l'ensemble des pharmaciens-titulaires), pour obtenir le blocage de l'ensemble du Modèle Medi-Market/PharmaClic.

4.2 Infraction prima facie

214. L'adoption des mesures provisoires requiert une infraction prima facie du droit de la concurrence. Il suffit qu'il y ait un risque que la concurrence soit faussée par l'infraction qui est invoquée. Selon une jurisprudence récente, il y a lieu d'établir qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent constituer une infraction aux règles de concurrence.[59]

215. Il ressort de ce qui suit que l'existence d'une infraction prima facie est démontré de manière incontestable. Nous expliquerons en quoi les règles de concurrence s'appliquent à l'OP et à tous ses organes. Ensuite, nous exposerons pourquoi l'interprétation et l'application faite des règles déontologiques faite par l'OP et ses organes constituent une violation des règles de concurrence.

4.2.1 Applicabilité du droit de la concurrence à l'OP

216. Rappelons que, à maintes reprises, l'OP a été qualifié d'« association d'entreprises » au sens de l'article IV.1, §1er du CDE.[60]

217. En effet, de par sa composition et certaines de ses activités, l'OP constitue une « association d'entreprises » conformément à une jurisprudence constante[61]. Rappelons que l'OP s'est vu octroyer par le législateur la responsabilité de s'occuper de certaines tâches dans le domaine de la santé, sans

---

58 **Annexe 57**. Dès le lendemain de cette réunion de conciliation, la pharmacienne concernée a déposé sa démission (voir **Annexe 59**).

59 Bruxelles, 28 avril 2016, FEI c. l'Autorité belge de concurrence. Voir également la Décision du Collège de la Concurrence du 14 juillet 2016, n° ABC-2016-V/M-22, p. 168.

60 Cass, 7 mai 1999, Pas. 1999 (I/270).

61 Cass, 7 mai 1999, Pas. 1999 (I/270).

poursuivre un but économique. Son statut de droit public n'empêche pas une telle qualification.[62] *La Cour de Cassation a dit pour droit que cet élément n'empêche pas qu'il soit considéré comme une association d'entreprises.*

218. Tout acte des organes de l'OP est susceptible de constituer une décision d'une association d'entreprises interdite en vertu du droit de la concurrence s'il vise à limiter les activités de ses membres qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre sa mission. La jurisprudence s'est déjà prononcée dans ce sens à l'égard d'une décision disciplinaire du conseil provincial ou d'appel contre un de ses membres pharmaciens[63] *et de certaines règles du code déontologique*[64]*.*

219. Dans sa décision de 2007[65]*, le Conseil de la concurrence a également dit pour droit que l'OP agit en tant qu'association d'entreprises 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. Rappelons que les conseils provinciaux sont composés de pharmaciens, d'un magistrat assesseur et un suppléant, et que les conseils d'appel sont composés pour moitié de pharmaciens.*

220. La Cour de cassation française, saisie d'un pourvoi dans l'affaire Vallée de l'Arve citée ci-dessus, a quant à elle estimé que l'existence d'une concertation n'avait pas à être démontrée lorsqu'il s'agissait d'examiner une entrave à la concurrence réalisée par le conseil de l'Ordre, cette entrave étant présumée du fait de la structure mise en cause. La Cour a en effet considéré qu' « un Ordre professionnel représente la collectivité de ses membres. S'il se livre à une pratique anticoncurrentielle, celle-ci relève nécessairement d'une entente »[66]*.*

221. Le Conseil avait décidé en 2007 que :

> *« 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 […]. 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. »*[67]

---

[62] Cass. 2 février 2006 ; 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.

[63] Cass, 7 mai 1999, Pas. 1999 (I/270) et Bruxelles, 4 avril 2009, 2007/MR/5.

[64] Bruxelles, 4 avril 2009, 2007/MR/5.

[65] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007, confirmé sur le fond par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 4 avril 2009, 2007/MR/5.

[66] Cf. Cass. com. 16 mai 2000, B.O.C.C.R.F. 22 juin, p. 320, Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, 2000, n° 368, p. 415-416.

[67] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007, §45.

222. Comme le Collège l'a rappelé récemment dans sa décision White Star[68], bien que les organes d'une entité fassent croire par leurs tâches et leur composition à une certaine indépendance, leurs actes ou décisions doivent être considérés comme des actes ou des décisions de l'entité. L'OP peut déléguer des tâches à des organes qui doivent faire preuve d'indépendance. Le fait qu'il s'agit, entre autres, de tâches disciplinaires et d'arbitrage ne change en rien ce constat. En outre, compte tenu de la personnalité juridique unique de l'OP, les actes de ses organes, y compris des conseils provinciaux, lui sont bien imputables.

223. Il en découle également que la transmission d'une copie de la demande de mesures provisoires et des pièces annexées à l'OP est suffisante pour remplir l'exigence de l'article IV.64, §2 du Code de droit économique (ci-après : « CDE ») (voir paragraphe 189).

224. Par conséquent, l'OP constitue une association d'entreprises et l'adoption des normes déontologiques et leur mise en œuvre constituent des décisions d'une association d'entreprises au sens de l'article IV.1, §1er CDE.

4.2.2 Violation du droit de la concurrence

(a) Une restriction grave de la concurrence

225. Il est clair que toutes les actions concertées de harcèlement, de dénigrement et de pressions décrites au titre 2.3 ci-dessus ont comme objectif d'éliminer le modèle économique Medi-Market/PharmaClic en vue de préserver la position de force des pharmacies traditionnelles sur le marché. Le but est d'éviter à un nouvel acteur, Medicare-Market, d'entrer sur le marché par tous les moyens possibles.

226. Les actions de l'OP constituent une décision d'une association d'entreprises illégale visant à éliminer un concurrent, interdite par le droit de la concurrence et plus spécifiquement par l'article IV.1, §1 CDE, ainsi que par l'article 101 §1 du TFUE.

227. La Commission européenne confirme dans sa pratique décisionnelle qu'une mesure de boycott peut constituer une violation de l'article 101 § 1 TFUE. Dans l'affaire Papier Peints de Belgique[69], l'Association professionnelle des fabricants de papiers peints de Belgique avait demandé à ses membres d'arrêter de vendre leurs produits à la société membre Pex qui n'avait pas respecté les prix minimums de revente fixés par cette association. Selon la Commission, cette forme de boycott était une pratique grave ayant pour objectif une élimination d'un concurrent gênant. Dans la partie de la décision relative à la fixation du montant des amendes, la Commission a indiqué que le boycott était

---

[68] Décision du Collège de la Concurrence du 14 juillet 2016, n° ABC-2016-V/M-22, p. 168. Dans ce cas, le Conseil avait estimé que la Commission des licences de l'ASBL Union Royale belge des Sociétés de Football Association (« l'URBSFA ») devait être considéré comme une Commission de l'URBSFA sans personnalité juridique propre et que la demande de mesures provisoires pouvait valablement être transmise à l'URBSFA conformément à l'article IV.64, §2 CDE.

[69] Décision de la Commission du 23 juillet 1974, papiers peints de Belgique, JO. 1974, n°74/431.

« l'une des infractions les plus graves aux règles de concurrence », ainsi qu'« une infraction de propos délibéré à l'article 101 §1 TFUE ».

228. Dans la décision Labco de 2010[70], la Commission européenne a constaté que l'Ordre national français des pharmaciens et ses organes décisionnels, le conseil national de l'Ordre des pharmaciens et le conseil central de la Section G de l'Ordre national des pharmaciens, avaient enfreint l'article 101 §1 TFUE en prenant, d'une part, des décisions ayant pour objet d'imposer des prix minimaux sur le marché français des analyses de biologie médicale et, d'autre part, des décisions visant à imposer des restrictions au développement de groupes de laboratoires sur ce marché. Elle les a condamnés conjointement et solidairement à une amende de 5 millions EUR. Cette décision est confirmée par le Tribunal de l'UE le 10 décembre 2014[71].

229. Les similitudes du cas d'espèce avec l'attitude adoptée par l'ordre des pharmaciens français et condamnée par la commission sont criantes : nous sommes ici en présence d'une stratégie planifiée visant à entraver un modèle particulier d'exercice de la pharmacie et de la parapharmacie, et d'un acteur déterminé, à savoir Medicare-Market, qui prend la forme de procédures judiciaire et disciplinaires, de campagnes de presse dénigrantes, de pressions sur les autorités publiques, de plaintes diverses, …

230. Dans le cadre de la décision Labco, la situation était identique : il s'agissait de bloquer, par toutes voies possibles, l'accès au marché d'un type d'acteur déterminé.

231. Les actions conjointes de boycott qui visent à limiter le développement d'un nouvel acteur sur le marché et la liberté de développer sa politique commerciale sont donc d'une très grande gravité. Citons également à titre d'exemple une affaire en France concernant la Vallée de l'Arve, dans laquelle l'Ordre des pharmaciens et plusieurs pharmacies ont été condamnés pour avoir effectué des pressions à l'encontre d'un pharmacien pratiquant sur les produits de parapharmacie et les médicaments non remboursables, des prix nettement inférieurs aux tarifs habituels[72].

232. L'affaire est assez similaire à notre dossier. Confrontées à une politique de prix différente d'une pharmacienne Mme Esfandi (ses prix étaient de 25 à 30% inférieurs aux prix usuellement retenus sur le marché), plusieurs pharmacies ont entrepris les actions collectives suivantes:

- une entente pour boycotter les laboratoires qui continueraient d'approvisionner la pharmacie de Mme Esfandi ;

- la rédaction d'une plainte collective adressée au président du conseil de l'ordre des pharmaciens de la région Rhône-Alpes ;

---

[70] Décision du 8 décembre 2010, Labco/ONP, Aff. 39510, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39510/39510_1203_3.pdf.

[71] Arrêt du 10 décembre 2014, ONP c. Commission, Aff. T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049.

[72] Décision de l'Autorité de la concurrence Française, n° 95-D-35 du 10 mai 1995, « Relative à la distribution pharmaceutique dans la vallée de l'Arve », B.O.C.C.R.F. 20 juillet 1995 ; C.A. Paris, 1ère ch. Sect. Concurrence, 23 février 1996, B.O.C.C.R.F., 12 avril 1996.

- les pressions exercées par les pharmaciens, les représentants du conseil de l'ordre et les représentants des deux syndicats pendant une réunion.

Confronté à cette pression, Mme Esfandi avait finalement décidé d'adapter ses prix à un niveau similaire de celui de ses collègues.
Le Conseil de la concurrence français a fortement condamné ce comportement. Nous pouvons lire dans la décision ce qui suit :

« En revanche, les prix des médicaments 'grand public' et 'conseil', qui ne sont pas remboursés par les régimes obligatoires de sécurité sociale et qui, respectivement, se caractérisent par le fait qu'ils peuvent ou non faire l'objet d'une publicité tournée vers le public, et ceux des autres produits vendus en pharmacie qui ne sont pas davantage remboursés ***résultent du libre jeu de l'offre et de la demande****. Tandis que les pharmaciens d'officine peuvent se concurrencer par le moyen des prix sur les médicaments 'conseil' et 'grand public',* ***une concurrence de même nature est possible sur les produits de parapharmacie tant entre pharmacies qu'entre pharmacies et le secteur de la grande distribution****.*

[…]

Considérant qu'il résulte de dépositions concordantes que, lors de la réunion litigieuse, Mme Esfandi 's'est engagée à ne plus appliquer de promotions importantes de façon continuelle' (procès-verbal d'audition de M. Bedaride du 11 mars 1993) et a accepté 'd'entendre raison... (pour) revenir à des marges plus correctes' (procès-verbal d'audition de Mme Tizané du 12 mars 1993) ; qu'il résulte d'autres dépositions ***que les ajustements tarifaires envisagés par Mme Esfandi ont été la conséquence des pressions exercées lors de la réunion*** *du 6 décembre 1992 par les représentants du conseil de l'ordre, des représentants syndicaux et les confrères présents ; L'instruction a révélé que les ajustements tarifaires envisagés par Mme Esfandi ont été la conséquence des pressions exercées lors de la réunion du 6 décembre 1992 par les représentants du conseil de l'ordre, les représentants des deux syndicats et les confrères présents.*

[…]

Considérant que, si les dispositions du code de déontologie invoquées par le conseil de l'ordre des pharmaciens de la région Rhône-Alpes concernant en particulier les devoirs de confraternité restreignent les conditions dans lesquelles les pharmaciens peuvent se concurrencer, elles n'impliquent nullement l'absence de toute forme de concurrence entre ceux-ci sur les produits de parapharmacie et les médicaments non remboursables ; que l'exercice de la concurrence sur ces produits et médicaments n'est nullement contraire aux dispositions de l'article R. 5015-22 du code de la santé publique dès lors qu'elle s'exerce par des moyens et procédés conformes à la dignité de la profession.

Considérant que la mise en œuvre d'une pratique concertée de boycott et d'actions conjointes visant à limiter la liberté commerciale d'un distributeur entendant retenir une politique de marge commerciale autonome est d'une particulière gravité *».*

233. Le Conseil de la concurrence français, confirmé par la Cour d'appel de Paris, a rappelé que l'intervention de l'Ordre « n'était justifiée par aucune disposition législative ou réglementaire, notamment de nature déontologique » [73].

(b) La responsabilité particulière des associations professionnelles et récidive de l'OP

234. En ce qui concerne l'OP, il est important de souligner qu'il dispose de réels moyens de pression à l'encontre des pharmaciens compte tenu de son rôle juridictionnel, déontologique et disciplinaire. Il ressort de la jurisprudence que l'utilisation des compétences disciplinaires par des ordres professionnels aux fins d'imposer des comportements restrictifs de concurrence est sévèrement sanctionnée[74].

235. Les méthodes utilisées par eux et les autres parties (action judiciaire, poursuites disciplinaires, constats d'huissier, le dénigrement dans la presse, …) relèvent clairement du harcèlement. Le but même de cette action dans le chef de l'Ordre n'est évidemment pas de veiller à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession de pharmacien mais bien et de manière évidente de tenter de faire interdire, sous des prétextes fallacieux un nouveau modèle économique, pourtant en totale conformité avec le cadre règlementaire applicable.

236. Il est également important de souligner la récidive dans le chef de l'OP qui a déjà été condamnée en Belgique pour une violation du droit de la concurrence. Dans l'affaire de 2007 précité[75]*, le Conseil de la concurrence a estimé que les dispositions de l'OP qui restreignent la liberté des pharmaciens d'ouvrir leurs officines selon leurs propres préférences constituaient une restriction de la concurrence. Elle a considéré que les règles déontologiques relatives aux horaires et aux jours de fermeture et de garde produisent des effets restrictifs de la concurrence qui n'étaient pas nécessaires, ni proportionnés à l'objectif légitime poursuivi par l'organisation du service de garde. Le Conseil a également décidé que la possibilité de faire de la publicité et d'octroyer des ristournes constitue un élément essentiel de la concurrence qui ne pouvait pas faire l'objet d'une interdiction absolue. Cette décision est confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles le 7 avril 2009*[76]*. Elle ne semble pas avoir appris de ses erreurs…*

237. Dans l'affaire contre Mme [CONFIDENTIEL], par exemple, il lui est reproché d'ouvrir le samedi après-midi et de ne pas fermer pour prendre une pause de midi. Ils invoquent que le service de garde commence à 13 h le samedi.

---

[73] Décision de l'Autorité de la concurrence Française, n° 95-D-35 du 10 mai 1995, « Relative à la distribution pharmaceutique dans la vallée de l'Arve », B.O.C.C.R.F. 20 juillet 1995 ; C.A. Paris, 1ère ch. Sect. Concurrence, 23 février 1996, B.O.C.C.R.F., 12 avril 1996.

[74] Voir la décision Labco de la Commission européenne, précitée.

[75] Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, affaires jointes CONC-I/O-98/0004 : E.S./Ordre des pharmaciens ; CONC-I/O-98/0024 : L.P.D./Ordre des pharmaciens, CONC-I/O-98/0032 : Groupe Multipharma/Ordre des pharmaciens.

[76] P. LAMBRECHT et C GHEUR, '*les fédérations d'entreprises et les règles de concurrence*', Larcier, 2009, p.81.

238. Une telle pratique constitue une infraction incontestable et grave du droit de la concurrence, qui a déjà été condamnée par le Conseil de la concurrence en 2007 :

> *« 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. »

239. Le simple fait d'adresser de tels reproches à Mme [CONFIDENTIEL] constitue donc en tant que tel une restriction interdite de la concurrence. En outre, le fait que les reproches n'aient aucun fondement juridique et qu'ils sont en eux-mêmes illégaux, démontre à suffisance l'objectif réel de ces procédures disciplinaires, à savoir le harcèlement disciplinaire à l'égard des pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market. Cette pratique s'avère par ailleurs très efficace ; Mme [CONFIDENTIEL] a démissionné le lendemain de cette réunion de conciliation.

240. Les critiques adressées aux pharmaciens concernent également la publicité. Il est reproché à Mme [CONFIDENTIEL] une publicité indirecte contraire à la déontologie : les publicités de la parapharmacie profiteraient également à la pharmacie.

241. Pourtant, « 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 »[77].

242. En l'occurrence, il s'agit des publicités de la parapharmacie réalisées par une société distincte qui ne relèvent donc pas de la compétence de l'OP. Le pharmacien mis en cause n'est pas responsable de ces publicités et n'est pas en mesure de rectifier ces « fautes » déontologiques, si celles-ci étaient avérées, ce qui est vivement contesté notamment sur la base du droit de la concurrence.

243. La jurisprudence française a déjà mis en cause un tel comportement. Dans une décision du 12 février 2009, l'Autorité française de la concurrence a sanctionné le conseil de l'Ordre des chirurgiens-dentistes pour avoir écarté un partenariat avec une société de services spécialisés intervenant pour des compagnies d'assurance et des mutuelles (la société Santéclaire).

244. Le conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes avait mené une campagne de boycott à l'encontre de la société Santéclaire et avait menacé de sanctions disciplinaires les chirurgiens-dentistes qui étaient engagés avec elle. L'Autorité rappelle dans cette décision que : « les pratiques de boycott ont, par nature, un objet anticoncurrentiel ». Elle souligne ensuite que ces pratiques « sont en l'espèce ***d'autant plus graves qu'elles émanent d'instances qui ont l'autorité morale***

[77] Décision n° 2007-I/O-27 du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007, § 66 (**Annexe 43**).

attachée à l'Ordre professionnel qu'elles représentent pour inciter les membres à évincer effectivement un prestataire de service »[78].

245. Les similitudes avec notre affaire sont assez frappantes. Dans notre cas, le boycott va même encore plus loin dans la mesure où l'OP ne s'est pas contenté de proférer des menaces de sanctions disciplinaires, mais a effectivement poursuivi, par l'intermédiaire de ses conseils provinciaux, la quasi-totalité des pharmaciens actifs dans les pharmacies du groupe Medicare-Market. Comme mentionné plus haut, les PV des délibérations du conseil national de l'Ordre sont éloquents et démontrent la volonté de bloquer le concept innovateur en tant que tel sous des prétextes futiles et de poursuivre toutes les enseignes Medicare-Market, indépendamment d'une réelle infraction déontologique dans le chef des pharmaciens concernés.

246. Dans l'affaire Santéclaire, l'Ordre français avait contesté la compétence de l'Autorité de la Concurrence car il intervenait dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. L'Autorité a rejeté cet argument en concluant à juste titre que l'Ordre était sorti de sa mission dans le cas d'espèce. Elle s'est référée à une jurisprudence constante (cfr. notamment les décisions du Conseil n° 97-D-26 du 22 avril 1997 et n° 02-D-14 du 28 février 2002, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 novembre 2002 « conseil supérieur de l'Ordre des géomètres experts » et l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000) selon laquelle « lorsqu'un Ordre professionnel, sortant de la mission de service public qui est conférée en tant qu'Ordre professionnel, adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce ».

247. En l'occurrence, il est patent que l'OP sort ici manifestement de sa mission, en agissant précisément en contradiction de l'article 19 de l'AR n° 80 du 10 novembre 1967 et du droit de la concurrence et en instrumentalisant les pouvoirs et missions qui lui sont dévolus à une autre fin que le respect de la déontologie de la profession : l'écartement d'un acteur du secteur (comme l'avait fait le conseil de l'Ordre des pharmaciens français à l'encontre de la société Labco France).

248. Dans l'arrêt Wouters[79]*, la Cour de justice de l'UE a, pour la première fois, considéré que des raisons d'intérêt général pouvaient justifier certaines restrictions de la concurrence qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 101§ 3 TFUE, comme par exemple la santé publique. Selon cet arrêt, « il y a lieu de tenir compte du contexte global dans lequel la décision est prise, plus particulièrement de ses objectifs et d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence sont inhérents à la poursuite desdits objectifs ». Toutefois, l'arrêt Wouters ne s'applique pas en l'espèce*

---

[78] Décision de l'Autorité de la concurrence Française du 12 février 2007, N° 09- D- 07, décision relative à une saisie de la société Santéclaire à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/09d07.pdf, points 138 et 153.

[79] Arrêt du 19 février 2002 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a., affaire C-309/99, Rec. 2002, p. I-01577.

puisque l'OP a clairement excédé les limites de sa mission légale pour protéger les intérêts purement économiques des officines traditionnelles sur le marché.

249. La position de la Commission européenne dans la décision Labco[80] est pertinente à cet égard. Selon la Commission, l'Ordre s'appuyait sur le principe de l'indépendance du biologiste comme moyen d'atteindre l'objectif de protection de la santé publique en donnant à ce principe une interprétation extensive et contestable qui était, d'une part, systématiquement défavorable aux apports de capitaux extérieurs à la profession même quand ils n'affectent pas la liberté de décision du biologiste et, d'autre part, ajoutait des restrictions de concurrence à celles imposées par le législateur français alors que l'Ordre même ne disposait pas de pouvoir réglementaire. La Commission se référait également aux pratiques de l'Ordre en matière de prix, qui ne visaient pas à défendre l'intérêt général ni l'indépendance de la profession, mais à protéger les intérêts économiques des pharmaciens biologistes actifs sur le marché des analyses de biologie médicale au détriment de la concurrence et des patients. Les restrictions identifiées n'étant pas nécessaires à la poursuite de l'intérêt général, la Commission a conclu que l'exception établie par l'arrêt Wouters, précité, ne s'appliquait pas :« Il ressort clairement des pièces du dossier que l'objectif poursuivi par l'ONP à travers les décisions incriminées est de défendre exclusivement les intérêts économiques de la majorité des petites et moyennes entreprises actives sur le marché en cause et des opérateurs en place au détriment d'éventuels nouveaux entrants».[81]

250. Ce raisonnement a été également confirmé par le Tribunal de l'UE[82].

251. La requérante ne conteste pas que l'OP est un organisme investi d'une mission de service public, à savoir le contrôle du respect des obligations professionnelles et la défense de l'honneur de la profession. Par contre, il a clairement excédé cette mission en l'espèce, et donc sa compétence. Il ressort clairement des documents du dossier qu'il n'a pas mené ses diverses actions judiciaire et disciplinaires dans le cadre de cette mission et de son rôle règlementaire et disciplinaire mais a enquêté à charge (« fishing expedition ») et maintenu une pression constante et insoutenable sur la requérante pour tenter de l'exclure du marché par tous les moyens possibles.

252. A de nombreuses reprises, le conseil national de l'OP a critiqué la confusion générée par les pharmaciens d'officine dans la manière dont ils présentent à la vente des produits parapharmaceutiques (confusion que, précisément, le Modèle Medi-Market / PharmaClic annihile par la séparation nette d'activité qu'il met en œuvre) et les dérives commerciales que cela présente.

253. L'OP ne diligente pourtant aucune action judiciaire contre les officines traditionnelles alors qu'il condamne la confusion qu'elles opèrent.

---

[80] Décision Labco, Aff. 39510 précitée.
[81] Point 689.
[82] Arrêt Labco précité, par 343-349.

254. Ce constat est d'autant plus étonnant si l'on a égard à la situation propre aux pharmaciens et aux officines avec lesquelles l'OP a décidé de s'associer pour diligenter la procédure en cessation et les procédures disciplinaires[83].

255. La Cour de justice condamne sévèrement l'attitude consistant à abuser de la confiance générée par le pharmacien aux fins de vendre des produits sans lien direct avec la santé, tel en particulier des produits strictement cosmétiques.

256. L'OP condamne officiellement pareille attitude. Il s'engage même devant la Chambre des représentants à tenter d'y mettre de l'ordre. Aucune action pourtant n'a été entreprise contre les pharmacies traditionnelles à cet égard. Manifestement, l'OP se satisfait donc de la confusion générée dans les officines, mais organise une levée de bouclier tous azimuts lorsqu'une prétendue confusion est le fait de non-pharmaciens. Le corporatisme évident de l'OP est en l'occurrence constitutif d'une entente et d'un boycott.

4.3 Préjudice grave, imminent et difficilement réparable

257. Des mesures provisoires s'imposent lorsque l'infraction prima facie établie ci-dessus implique un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux intérêts de l'OP ou à l'intérêt économique général. En l'espèce, ces trois conditions sont remplies de manière cumulative.

*258. **Préjudice**. Selon une pratique décisionnelle et jurisprudence constante, il y a préjudice au sens de l'article IV.64, § 1 CDE lorsqu'une entreprise se trouve dans une situation moins avantageuse que la situation dans laquelle elle se trouverait en l'absence de la pratique restrictive affectant sa situation.[84]*

259. Concrètement, les pharmaciens de Medicare-Market font l'objet des procédures et sanctions disciplinaires par l'OP en raison du modèle même de Medicare-Market, sans que leur comportement en soi leur est reproché. Les pharmaciens risquent et subissent des sanctions, uniquement à cause de leur collaboration avec la requérante en particulier car, selon l'OP, ils officieront dans une structure qui engendrerait une confusion de genre certaine entre le concept de la grande surface et de la pharmacie.

*260. L'effet dissuasif de travailler dans une enseigne de Medicare-Market est réel et est démontré par les démissions de deux pharmaciens (**Annexes 51 et 59**). Confrontés des procédures et sanctions*

---

[83] Par exemple :
- chacune des pharmacies demanderesses à la procédure de cessation vend effectivement des produits de soins et de beauté, qui ne participent nullement "au maintien et au rétablissement de la santé", en violation donc de l'article 83 du code de déontologie des pharmaciens.
- la pharmacie [CONFIDENTIEL] et la SPRL [CONFIDENTIEL], n'ont fait aucune notification à l'AFMPS de leurs site web alors que l'OP reproche aux Pharmacies du groupe Medicare-Market de ne pas avoir correctement notifié son site WEB à l'AFMPS.

[84] Décision n° ABC-2015-V/M-23 du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 27 juillet 2015, p. 151. Le Collège a par ailleurs rappelé que le concept du 'préjudice' au sens de l'article IV.64, § 1 CDE ne saurait être confondu avec le concept de « dommage ». Le texte en néerlandais n'emploie pas le terme « schade » mais le terme « nadeel ». Voir également la Décision n° 2003-V/M-20 du Président du Conseil de la concurrence du 20 mars 2003 ; Bruxelles, 18 décembre 1996, NV Honda Belgium e.a. c. État belge, M.B., 8 janvier 1997, 386 ; Bruxelles, 26 juin 1997, Iverlek CV e.a. c. État belge, M.B., 4 juillet 1997, 17495.

disciplinaires lourdes et des interrogations très agressives, il est très difficile à convaincre des pharmaciens actifs dans les enseignes du groupe Medicare-Market de continuer à travailler chez lui. Une telle attitude a également eu pour effet de réduire les possibilités d'engagement de pharmaciens supplémentaires et donc de freiner le développement du groupe Medicare-Market et la diffusion du Modèle Medi-Market.

261. En effet, Monsieur [CONFIDENTIEL], en qualité de Chief Operating Officer de Medi-Market atteste que :

> *« Depuis de nombreux mois et surtout depuis que pratiquement systématiquement nos pharmaciens sont convoqués par l'ordre il devient presque impossible de recruter des pharmaciens titulaires ou adjoints pour nos pharmacies.*
>
> *Nous n'avons pratiquement pas de réponse à nos annonces et lorsque nous prenons contact de façon pro-active avec des pharmaciens qui, pourtant, sont en recherche d'emploi, dès qu'ils apprennent qu'il s'agit d'une pharmacie Pharmaclic, ils déclinent la proposition.*
>
> *Là où cela devient intolérable c'est que leur refus est pratiquement chaque fois motivé par la crainte de représailles de la part de l'Ordre des Pharmaciens, ils me disent qu'ils savent que l'ordre a passé le message comme quoi ils attaqueraient systématiquement les pharmaciens qui viendraient travailler avec nous, Pharmaclic »*[85].

262. Il est clair qu'en l'absence des actions systématiques de l'OP à l'encontre de Medicare-Market, la requérante ne serait pas confrontée à ces difficultés.

263. Étant donné que la présence d'un pharmacien est indispensable afin de pourvoir exploiter une pharmacie, le préjudice subi dans le chef de Medicare-Market est donc indéniable. L'objectif, clairement démontré au titre2.3.3 (a), et l'effet potentiel de la stratégie de l'OP étant l'éviction du marché du modèle Medicare-Market, le préjudice n'est donc pas purement financier, mais bien de nature concurrentielle.

*264. **Préjudice grave**. Les démissions ne sont pas étonnantes compte tenu des sanctions potentiellement très sévères à l'encontre des pharmaciens et de l'impossibilité pour eux de remédier aux infractions soulevées par l'OP. Bien qu'actuellement, les sanctions consistent en une suspension du droit d'exercer la profession de pharmacien pour une durée d'un à huit jours, soit une sanction parmi les plus sévères, les pouvoirs de l'OP s'étendent à l'imposition de sanctions bien plus graves. En lumière du modèle de Medicare-Market, auquel les pharmaciens ne peuvent pas remédier, il existe par ailleurs un risque de récidive, susceptible à mener l'OP à l'imposition des mesures disciplinaires les plus lourdes.*

---

[85] Attestation de Monsieur [CONFIDENTIEL], en qualité de Chief Operating Officer de Medi-Market (**Annexe 66**).

265. Les sanctions dont dispose l'OP sont notamment l'avertissement, la censure, la réprimande, la suspension du droit d'exercer la profession pendant un terme qui ne peut excéder deux années et la radiation du tableau de l'Ordre.[86]

266. Les risques encourus par les pharmaciens sont donc très importants. Le prospect potentiel de radiation du tableau, en vertu duquel le pharmacien se voit donc dépourvu de métier, dissuade logiquement tout pharmacien de travailler pour Medicare-Market. Sans pharmaciens, la requérante sera pas en mesure d'exploiter les enseignes PharmaClic. Le modèle Medicare-Market sera donc évincé du marché.

267. Bien que la requérante soit aujourd'hui encore active sur le marché, le préjudice est grave. La Cour d'appel et le Collège de la concurrence ont déjà souligné qu'il n'est pas nécessaire que le dommage grave et irréparable se soit déjà réalisé et qu'il est suffisant que la pratique soit susceptible de causer un dommage grave et difficilement réparable durant l'examen de la plainte au fond.[87] *En outre, le Collège considère que la gravité peut être appréciée sans estimation chiffrée précise.*[88]

268. Par conséquent, la requérante démontre à suffisance de droit que le préjudice est grave au sens de l'article IV.64, §1 CDE.

*269. **Préjudice imminent**. Le préjudice est considéré comme imminent « lorsqu'il existe un risque d'un préjudice imminent au moment de la prise de mesures provisoires ».*[89] *Actuellement, deux recours devant le conseil d'appel sont en cours. Une décision est bientôt attendue dans les deux procédures et celle-ci pourrait mener à l'exécution des sanctions de suspension contre Mr [CONFIDENTIEL] et Mme [CONFIDENTIEL].*

*270. Comme en atteste Mr [CONFIDENTIEL] (**Annexe 66**), les pharmaciens sont inquiets et se sentent harcelés par l'OP en raison des convocations, des contrôles répétés et des procédures disciplinaires. Deux pharmaciens ont démissionné à cause de ces harcèlements disciplinaires et il a été très difficile de les remplacer.*

271. Si un pharmacien décide de démissionner à nouveau, ou si les sanctions de suspension sont mises en œuvre, la pharmacie concernée ne pourrait même pas ouvrir ses portes. Le préjudice est donc imminent.

*272. **Préjudice difficilement réparable**. Enfin, le préjudice est difficilement réparable. La fermeture imminente de certaines pharmacies du groupe de Medi-Market, résultant directement du*

---

[86] L'article 16 de l'Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967, M.B. 14 novembre 1967.

[87] Décision n° ABC-2015-V/M-23 du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 27 juillet 2015, p. 152 ; Bruxelles, 18 décembre 2007, *Happy Time*, Pratiques de commerce et concurrence, 2007, p.970, § 100.

[88] Décision n° ABC-2015-V/M-23 du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 27 juillet 2015, p. 152.

[89] Décision n° ABC-2015-V/M-23 du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 27 juillet 2015, p. 151.

comportement de l'OP, engendrerait des pertes importantes qui, menacent la pérennité du projet Medi-Market, comme l'indiquait d'ailleurs Mr [CONFIDENTIEL].

273. Outre les considérations purement financières, il échet de soulever qu'une fermeture d'une pharmacie, même temporaire, est susceptible de porter atteinte, de manière irréversible, à l'image de l'enseigne Medi-Market. Nous l'avons déjà soulevé, la relation entre un patient et son pharmacien est basée sur la confiance. Cette relation est clairement en danger si cette personne de confiance se voit imposer la sanction la plus sévère qui peut être imposée par l'OP, à l'exception de la radiation du pharmacien du tableau de l'Ordre. Cette sanction affecte tant le pharmacien concerné que son employeur.

4.4 Intérêts affectés ou nuisance à l'intérêt économique général

274. Le préjudice subi par la requérante porte atteinte à ses intérêts, qui ne sont pas purement financiers, mais également concurrentiels.

275. Premièrement, la démission d'un pharmacien crée un préjudice compte tenu de la perte d'un pharmacien ayant de l'expérience de travailler à PharmaClic et de la nécessité qui en découle d'investir dans le recrutement des nouveaux pharmaciens, leur formation etc.

276. Au-delà de ça, il y a un préjudice spécifique lié notamment au départ des pharmaciens. La valeur de la relation de confiance entre le pharmacien et ses patients est essentielle et représente un élément très important dans ce secteur.

277. C'est bien entendu applicable aux pharmaciens de PharmaClic. Comme mentionné précédemment, l'offre de PharmaClic est axée sur les médicaments et les produits de santé au sens strict. Les officines sont des espaces de pur conseil dédiés à l'accompagnement des patients dans un environnement « médical ». Le pharmacien a la possibilité de se concentrer sur ce qui constitue le cœur de son métier, soit précisément la mission de conseil, de préparation et de délivrance de médicaments et de produits de santé sensu stricto.

278. Le préjudice spécifique est dès lors la perte de la relation de confiance durable existant entre le patient et le pharmacien, qui est d'autant plus important chez les pharmaciens de PharmaClic. Le nouveau pharmacien doit établir une nouvelle relation de confiance avec les clients.

279. Outre les intérêts affectés par les entreprises plaignants, l'intérêt économique général peut également justifier l'imposition des mesures provisoires. Cette notion n'est pas définie dans le Code. Selon la pratique décisionnelle, ce critère peut avoir trait aux intérêts des consommateurs en général, au constat que d'autres entreprises subiront un préjudice ou encore, au souci d'assurer une concurrence minimale sur un marché pertinent.[90]

---

[90] K. Marchand et B. Stulens, De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: nihil novi sub sole?, *T.B.M.*, 2013-2, 179.

280. En l'occurrence, le préjudice aux intérêts du consommateur est flagrant. Rappelons que le modèle Medi-Market/PharmaClic a été développé dans l'intérêt du consommateur. Comme développé ci-dessus, ce modèle assure que le pharmacien soit uniquement focalisé sur le conseil des médicaments et les produits de santé au sens strict. L'éviction de ce modèle de marché en soi porte atteinte aux intérêts du consommateur. La concurrence ne joue pas uniquement sur le niveau des prix, élément qui sera abordé ci-après, mais également sur le niveau de la qualité.

281. Le modèle Medi-Market/PharmaClic offre un haut niveau de service personnalisé par le pharmacien. Celui-ci peut se focaliser sur la relation avec le client puisque conformément aux règles déontologiques qui s'imposent à lui, le pharmacien n'a pas d'intérêts commerciaux, étant donné que les produits de parapharmacie, qui sont économiquement plus intéressants, sont vendus dans la parapharmacie. Puisque PharmaClic vend uniquement des médicaments et des produits de santé qui se rapportent à l'état de santé du patient au sens strict, le pharmacien peut se focaliser sur l'essentiel de sa mission.

282. Outre la qualité de service offert par le modèle Medi-Market/PharmaClic, la parapharmacie Medi-Market est très concurrentielle sur le plan des prix. Les nombreuses plaintes des pharmaciens sur cet aspect le démontrent bien. Il existe sur le marché une collusion entre les pharmaciens d'appliquer les prix dits « recommandés », automatiquement intégrés d'ailleurs dans les logiciels des pharmaciens au travers du code CNK, mis en place par l'APB. La mise en œuvre est assurée par le harcèlement des pharmaciens qui osent dévier de cet accord. Nous l'avons amplement démontré dans notre plainte et dans la présente demande de mesures provisoires. Medi-Market a fortement perturbé cette pratique qui règne sur le marché des produits parapharmaceutiques de longue date. Aujourd'hui, Medi-Market baisse les prix du marché, ce qui est, de manière évidente, dans l'intérêt du consommateur.

283. Nous pouvons en conclure que l'application faite par l'OP et ses organes du code de déontologie est contraire au droit de la concurrence et est donc de nature à nuire aux intérêts de Medicare-Market, ainsi qu'à l'intérêt économique général.

4.5 Urgence

284. Le caractère urgent est lié au risque de préjudice imminent. L'appréciation de ce critère se fait par rapport à la capacité des mesures demandés de remédier ou de limiter le préjudice.

285. Si la demande des mesures provisoires ne se fait pas au moment de l'introduction de la plainte, le requérant devra démontrer, au moyen de nouveaux faits, que la situation s'est détériorée en comparaison de la situation au moment de la plainte.[91]

---

[91] K. Marchand et B. Stulens, De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: nihil novi sub sole?, *T.B.M.*, 2013-2, 178 et références.

286. Il a été soulevé supra que, depuis la plainte qui a été déposée le 2 juin 2016, de nombreux nouveaux faits inquiétants se sont produits. En résumé, sans vouloir être exhaustif, depuis la plainte, une sanction disciplinaire a été imposée à Mme [CONFIDENTIEL] ; des recours devant le conseil d'appel ont été introduits contre les décisions disciplinaires de Mr [CONFIDENTIEL] et Mme [CONFIDENTIEL] ; Mr [CONFIDENTIEL] et Mme [CONFIDENTIEL] ont démissionné à cause des pressions continues qu'ils encouraient en raison du comportement de l'OP ; une procédure disciplinaire a été entamée à l'encontre de Mr [CONFIDENTIEL] et de Mme [CONFIDENTIEL]; les actions de l'OP étant dirigées contre tout pharmacien qui travaille chez MediCare-Market, MediCare-Market n'est plus ou à peine en mesure d'engager des pharmaciens pour exploiter les pharmacies, …

287. Mr [CONFIDENTIEL] déclare que « je pense qu'il est clair pour tout le monde que tout cela est une vraie volonté de nuire, une véritable stratégie de la terreur de la part de l'ordre pour éliminer un concurrent qui dérange »[92].

288. Il peut en être conclu que la situation s'est bel et bien encore fortement détériorée pour MediCare-Market depuis l'introduction de sa plainte. Aujourd'hui, à la lumière de tous ces nouveaux éléments, et notamment à la lumière de la nouvelle procédure disciplinaire qui vient d'être introduite contre la pharmacienne [CONFIDENTIEL] faisant preuve de la détermination de l'OP à poursuivre ses actions contre le concept de Medicare-Market, des mesures provisoires s'imposent.

5. LES MESURES PROVISOIRES DEMANDÉES

5.1 Les mesures provisoires demandées

289. La requérante demande au Collège de la concurrence d'adopter les mesures provisoires suivantes, jusqu'à la décision de l'ABC qui clôture la procédure dans cette affaire par une décision de classement, une transaction ou une décision du Collège :

a. Faire interdiction provisoire à l'Ordre des pharmaciens de sanctionner disciplinairement les pharmaciens travaillant, en qualité de travailleur salarié ou dans le cadre d'une collaboration indépendante, pour une pharmacie de l'enseigne PharmaClic :

- *pour des faits ou actes posés par ou au travers d'une parapharmacie de l'enseigne Medi-Market, non imputables personnellement au pharmacien ;*
- *pour toutes omissions imputables à une parapharmacie de l'enseigne Medi-Market et non imputables au pharmacien ;*

[92] Attestation de Monsieur [CONFIDENTIEL], en qualité de Chief Operating Officer de Medi-Market (**Annexe 66**).

- *pour des faits, actes ou omissions résultant directement de la mise en œuvre du Modèle MediCare-Market / PharmaClic et non imputables personnellement au pharmacien ;*

- *sur le fondement du simple fait de la collaboration du pharmacien, indépendante ou salariée, avec une pharmacie sous enseigne PharmaClic ou une parapharmacie sous enseigne Medi-Market ;*

- *sur le fondement d'une prétendue confusion entre l'activité de soins de santé inhérente à la profession de pharmacien et l'exploitation d'un commerce, issue du seul constat de l'absence de séparation murale fermée entre une pharmacie sous enseigne PharmaClic et une parapharmacie sous enseigne Medi-Market.*

b. *Faire interdiction provisoire de sanctionner disciplinairement les pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market pour une prétendue infraction des articles du code de déontologie ayant trait aux ristournes commerciales, à la publicité, à l'exploitation dans les centres commerciaux ou aux heures d'ouverture, et afférente à un acte, fait ou omission qui ne lui est pas directement imputable, et pour les faits ou actes posés par ou au travers d'une parapharmacie de l'enseigne Medi-Market dans laquelle il n'est pas actif professionnellement ;*

290. Faire interdiction provisoire de sanctionner disciplinairement les pharmaciens travaillant pour une enseigne de Medicare-Market pour ne pas s'être opposé ou ne pas avoir manifesté sa désapprobation des actes, faits ou omissions, visés sous a. et b.

291. Ces demandes provisoires sont immédiatement justifiées par le besoin d'aménager sans délais la situation des parties, au provisoire et dans l'attente d'une décision au fond, et sur le fondement d'une balance des intérêts en présence, répondant à une exigence de juste proportionnalité.

5.2 <u>La balance des intérêts</u>

292. Comme indiqué supra, le Conseil national de l'OP a décidé d'introduire systématiquement une plainte contre l'ensemble des pharmaciens-titulaires actifs sous enseigne PharmaClic.

293. Dans les faits, ces plaintes ont un effet immédiat : une procédure disciplinaire est ainsi pendante contre l'ensemble desdits pharmaciens-titulaires, à une exception près (consécutive au fait, selon toute vraisemblance, du caractère très récent de l'ouverture de l'enseigne).

294. Comme l'indique le Conseil national de l'OP dans les actes de procédure qu'il pose, il sollicite de la part des conseils provinciaux systématiquement une sanction, et singulièrement une sanction lourde consistant en une suspension du droit d'exercer l'art pharmaceutique. Dans les premières décisions disciplinaires rendues, les sollicitations du conseil national de l'OP sont suivies.

295. Les sanctions disciplinaires pour un pharmacien sont toujours extrêmement lourdes. Aucun sursis, probation ou effacement du passé disciplinaire ne peut en atténuer la teneur. Elles affectent en outre directement la relation de confiance du prestataire envers ses patients, de même que ses relations professionnelles, actuelles et futures, avec le corps pharmaceutique.

296. Par ailleurs, les sanctions disciplinaires empêchent automatiquement le pharmacien condamné, par l'effet de la loi (article 8 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967), de pratiquer encore son droit démocratique à se présenter à une élection ordinale.

297. Les sanctions disciplinaires affectent immédiatement et durablement, le pharmacien personnellement et impactent directement sa carrière professionnelle, fût-elle-même poursuivie en-dehors d'une enseigne MediCare-Market.

298. Les sanctions disciplinaires et même les seules poursuites disciplinaires empêchent en outre, par leur caractère systématique, directement et durablement les enseignes PharmaClic de procéder à un recrutement des pharmaciens, pourtant indispensables à l'exploitation des pharmacies. Elles affectent immédiatement et durablement, tout candidat à un poste de pharmacien sous l'enseigne PharmaClic.

299. Les poursuites et sanctions disciplinaires impactent enfin directement, profondément et durablement la possibilité pour le groupe MediCare-Market de développer, et même de maintenir, ses activités dans le secteur :

- *les sanctions prononcées, par leur teneur, empêchent, en fait, au pharmacien de continuer à travailler ou collaborer avec une pharmacie de l'enseigne PharmaClic, sous peine de tomber automatiquement et irrémédiablement en état de récidive. La seule possibilité pour le pharmacien condamné consiste dès lors en une démission ;*

- *les sanctions prononcées, en fait, empêchent tout candidat à un poste de pharmacien de postuler sereinement et les dissuadent immédiatement de même poser un acte de postulation ;*

- *les poursuites systématisées ruinent la relation de confiance que MediCare-Market noue dans le temps, sur le marché, vis-à-vis des confrères pharmaciens, et vis-à-vis de ses propres patients.*

300. Le droit de la concurrence s'applique à l'OP et à l'ensemble de ses organes. Les décisions qu'il prend, fussent-elles de nature juridictionnelle et/ou disciplinaire, doivent s'y conformer : elles résultent d'une association d'entreprise.

301. En l'espèce, les procédures et instructions diligentées contre les pharmaciens actifs le sont uniquement pour des faits, actes ou omissions sans lien immédiat avec la santé publique. Elles ne

mettent aucunement à jour – et personne ne l'allègue du reste- un quelconque danger pour la santé d'un patient.

302. Du reste, ces procédures et instructions ne trouvent leur fondement que dans des initiatives sinon de l'ordre lui-même, à tout le moins de pharmaciens concurrents : aucune plainte de consommateur/patient n'est effectivement à l'origine des plaintes disciplinaires diligentées.

303. De même, les procédures disciplinaires ne sont liées à aucune exigence de rigueur en termes de délais et la discipline pharmaceutique ne connaît pas la prescription.

304. Dans cette perspective, aucun intérêt supérieur n'impose en l'espèce une poursuite sans discontinuer des procédures disciplinaires dans l'attente d'une décision au fond de l'ABC, et susceptible même d'affecter le fond de la compétence disciplinaire dévolue à l'OP.

305. Tout au plus l'aménagement provisoire de la solution des parties aurait, en ce qui concerne l'OP, pour seule incidence que d'affecter le timing des poursuites disciplinaires diligentées.

306. Au contraire, la poursuite, et davantage encore la poursuite systématique et concommitante, de l'ensemble des pharmaciens actifs sous l'enseigne PharmaClic est de nature à créer un préjudice immédiat et difficilement réparable, comme démontré supra, justifiant d'être évitées plutôt que réparées.

307. Les mesures provisoires sollicitées s'inscrivent dans une balance d'intérêt raisonnée.

5.3 Le caractère proportionné

308. Les mesures provisoires sollicitées sont proportionnées avec le but poursuivi.

309. La discipline pharmaceutique a été expressément instituée par le législateur aux fins de permettre que soit assuré le respect par le pharmacien de la déontologie pharmaceutique.

310. Or, comme démontré ci-dessus, le caractère systématique des poursuites sur le seul fondement de la collaboration du pharmacien avec une pharmacie de l'enseigne PharmaClic (confusion prétendue générée par cette enseigne), et sans considération d'un acte ou d'un fait directement imputable au pharmacien poursuivi, ne contribue pas au respect par les pharmaciens de la déontologie pharmaceutique.

311. Au contraire, ce caractère systématique démontre à suffisance la volonté manifeste de détourner la procédure disciplinaire de la finalité pour laquelle elle a été instituée et de l'instrumentaliser à un funeste dessein : l'éviction d'un acteur déterminé du marché.

312. En l'occurrence, les mesures provisoires sollicitées n'ont ni pour objet, ni pour effet de permettre aux pharmaciens actifs dans les enseignes PharmaClic de se soustraire à leurs obligations légales et/ou déontologiques.

313. Elles n'ont, au demeurant, ni pour objet, ni pour effet, de solliciter une quelconque ingérence de quiconque dans les missions dévolues à l'Ordre des pharmaciens. Pour rappel, les mesures disciplinaires ont en effet pour objectif le respect par le pharmacien de ses propres obligations déontologiques et ne visent pas à imposer à un tiers non pharmacien, par l'instrumentalisation de la procédure disciplinaire, soit de se plier à un modèle économique donné - celui de la pharmacie traditionnelle - soit d'adapter sa parapharmacie aux exigences imposées indirectement par un ordre qui n'est compétent à son égard.

314. Les mesures sollicitées visent au contraire uniquement un aménagement provisoire et proportionné de la situation des parties, sans atteinte réelle, sinon dans l'organisation propre de ses poursuites dans le temps, à la compétence qui est dévolue à l'OP, et permettant d'éviter par le caractère systématique des poursuites diligentées une atteinte de réputation et une atteinte financière irrémédiable et irréparable.

5.4 Conclusion

Eu égard aux motifs exposés ci-dessus, Medicare-Market demande au Collège de la Concurrence de faire droit à la présente demande de mesures provisoires telle que formulée au titre 5.1. »

IV. Les observations écrites de l'Ordre des Pharmaciens

17. Les observations écrites de l'Ordre des Pharmaciens sont formulées comme suit :

« […]

1. *La partie incriminée*

La demande de mesures provisoires identifie l'OP comme étant la seule partie incriminée.

L'OP a été créé par la loi du 19 mai 1949[93].

*Ce sont toutefois l'Arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens[94] (ci-après l' « **AR n°80** ») et l'Arrêté royal du 29 mai 1970 réglant l'organisation et le fonctionnement des conseils de l'Ordre des pharmaciens[95] qui régissent actuellement son fonctionnement.*

---

[93] *M.B.*, 12 juin 1949.
[94] *M.B.,* 14 novembre 1967.
[95] *M.B.*, 4 juillet 1970.

Le législateur a assigné l'OP d'une mission d'intérêt général/public dans un but de protection de la santé publique. L'OP est investi d'une mission de créer les conditions morales et sociales nécessaires à la confiance du patient et de la société dans la profession[96].

Pour remplir cette mission, l'OP est doté d'un pouvoir normatif (élaborer un Code de déontologie), d'un pouvoir juridictionnel disciplinaire (poursuivre les infractions à la déontologie) et d'un pouvoir administratif (décider de l'admission de ses membres et dresser le tableau). Ces pouvoirs sont répartis entre les organes de l'OP – Conseils provinciaux, Conseils d'appel et Conseil national – au travers des différents tâches qui leur sont dévolues (art. 1er de l'AR n°80).

Le Conseil national a pour tâche essentielle d'élaborer les principes et règles généraux constituant le Code de déontologie et de compléter ou d'adapter celui-ci sur base de la jurisprudence disciplinaire des Conseils provinciaux et des Conseils d'appel, dont il tient le répertoire des décisions[97].

Les articles du Code de déontologie pharmaceutique ont un caractère général et abstrait. Cette nature générale et abstraite permet aux instances disciplinaires de l'OP de disposer d'une marge d'appréciation nécessaire.

Seuls les Conseils provinciaux (en premier degré) et les Conseils d'appel (en appel) de l'OP sont compétents pour instruire ou statuer en matière disciplinaire, sous le contrôle de la Cour de cassation. C'est en effet exclusivement à ces instances que revient la tâche d'apprécier concrètement dans les circonstances de l'espèce la compatibilité du comportement d'un pharmacien avec le Code de déontologie pharmaceutique et de statuer sur les préventions se référant à des faits précis. À elles aussi incombe le soin de déterminer les sanctions disciplinaires adéquates.

L'OP fait par ailleurs observer que les instances disciplinaires opèrent en toute indépendance et que l'OP n'exerce aucun contrôle sur ces instances. Il peut cependant initier une procédure disciplinaire qui sera ensuite traitée par le Conseil provincial et, en cas d'appel, par le Conseil d'appel, avec les garanties d'indépendance qui s'imposent[98].

2. *Objet de la demande de mesures provisoires*

Dans la présente affaire, il est important de bien saisir l'objet de la demande de mesures provisoires introduite par la S.A. Medicare-Market.

La demande de mesures provisoires a en fait comme seul objet d'interdire provisoirement à l'OP de sanctionner disciplinairement les pharmaciens travaillant pour une pharmacie des enseignes PharmaClic

---

[96] Sur ces aspects, voy. la Proposition de loi créant l'Ordre des pharmaciens, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1947-1948, n° 220, pp. 1-2 et 3. Voy. aussi J. HANOT et R. JANS, « Le droit disciplinaire des pharmaciens », *in* P. CORVILAIN (coord.), *Le droit disciplinaire des ordres professionnels*, CUP, vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 128.

[97] AR n°80, art. 15, § 2, 1°.

[98] AR n°80, art. 20, §1.

et Medicare-Market, jusqu'au moment où l'Autorité belge de la Concurrence adopte sa décision sur le fond dans le contexte de la procédure dans l'affaire CONC-I/O-16-0011.

3. *Irrecevabilité manifeste de la demande de mesures provisoires*

La demande de mesures provisoires est manifestement irrecevable. Comme il sera démontré ci-après, (i) l'OP et son Conseil national n'ont pas le droit d'intervenir dans le déroulement des procédures disciplinaires; et (ii) l'Autorité belge de la Concurrence et son Collège de la concurrence n'ont aucune compétence pour interférer d'une quelconque manière dans le déroulement des procédures disciplinaires de l'OP.

L'irrecevabilité de la demande de mesures provisoires étant manifeste, l'OP limite l'objet des présentes observations écrites à cette discussion.

3.1 L'OP et son Conseil national n'ont pas le droit d'intervenir dans le déroulement des procédures disciplinaires

L'OP agit par son Conseil national. Comme il est rappelé ci-dessus, seuls les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel de l'OP sont compétents pour instruire ou statuer en matière disciplinaire, sous le contrôle de la Cour de cassation. Le contrôle du respect de la déontologie pharmaceutique et, si nécessaire, son application, sont leur prérogative légale.

L'OP fait par ailleurs observer que ces instances disciplinaires opèrent en toute indépendance et que l'OP n'exerce aucun contrôle sur ces instances. L'OP n'a pas le droit d'intervenir dans le déroulement des procédures disciplinaires devant les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel.

Ainsi, la demande de mesures provisoires adressée à l'OP est manifestement irrecevable.

3.2 L'Autorité belge de la Concurrence n'est pas compétente à l'égard d'organes disciplinaires de l'OP

L'OP rappelle qu'il est de jurisprudence constante que l'Autorité belge de la Concurrence n'est pas compétente à l'égard d'organes disciplinaires établis par le législateur. Elle n'a pas le pouvoir d'empiéter sur la sphère de compétence légale d'une autre juridiction. Ainsi, l'Autorité belge de la Concurrence et son Collège de la concurrence ne peuvent, ni directement ni indirectement, par un ordre ou une interdiction, gêner ou paralyser l'exercice du droit disciplinaire par les organes compétents de l'OP.

Ainsi, la Cour de Cassation a décidé dans l'affaire Clarysse/Ordre des architectes[99] que :

---

[99] Cass. 27 novembre 1997, n° C.97/0049.N.

« Le président du Conseil de la Concurrence n'a pas le pouvoir d'interdire aux organes de l'Ordre des architectes compétents pour statuer en matière disciplinaire d'exercer la mission qui leur est légalement confiée ou de préciser la manière dont ils doivent statuer ;

En vertu de l'article 35 de la loi du 5 août 1991, le président du Conseil est compétent pour prendre des mesures provisoires destinées à suspendre, dans certaines circonstances, des pratiques restrictives de concurrence ; que cette compétence est strictement limitée aux impératifs requis en vue de la réalisation du but de la loi du 5 août 1991 et ne permet pas d'interdire un acte émanant d'une autorité judiciaire ou administrative par le motif qu'il serait susceptible de nuire à la concurrence ;

Plus particulièrement s'agissant de la plainte d'une personne faisant l'objet de poursuites disciplinaires, le président ne peut ordonner à l'organe disciplinaire instauré par le législateur d'exercer ses compétences disciplinaires d'une manière déterminée ou lui interdire de le faire ;

Cette compétence ne permet pas au président d'ordonner à un organe disciplinaire instauré par le législateur d'exercer ses compétences dans un sens déterminé ».

Cette jurisprudence rendue à l'égard des organes disciplinaires de l'Ordre des architectes est également applicable aux organes disciplinaires de l'OP, dont la mission a également été définie par la loi.

Or, en vertu de l'AR n°80, la loi a confié de manière exclusive l'exercice du droit disciplinaire vis-à-vis des pharmaciens aux Conseils provinciaux et aux Conseils d'appel, sous le contrôle de la Cour de Cassation.

En outre, le Président du Conseil de la Concurrence (aujourd'hui l'Autorité belge de la Concurrence) a confirmé à plusieurs reprises son incompétence en matière de demandes relatives à des mesures provisoires similaires à celles introduites par la S.A. Medicare-Market[100] :

« Attendu qu'il résulte en effet de l'application combinée des annexes 1, 3, 5, 6, 13, 15, 16, 20 à 27 de l'Arrêté Royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Pharmaciens que la loi a confié de manière exclusive l'exercice du droit disciplinaire vis-à-vis des pharmaciens à deux organes de l'Ordre des Pharmaciens, lequel fut institué légalement ;

Que la seconde mesure provisoire telle que réclamée par le pharmacien Detimmerman aboutirait à voir les Conseils provinciaux et les Conseils d'appel perdre la possibilité d'exercer le droit disciplinaire en vertu des pouvoirs que leur ont été conférés par la loi du 19 mai 1949 tout d'abord, et ensuite par l'Arrêté Royal numéro 80 du 10 novembre 1967 ;

---

[100] Décision n° 99-VMP-04 du Président du Conseil de la Concurrence du 1er avril 1999 relative à la demande des mesures provisoires présentée par Fr. Detimmerman à l'encontre de l'Association pharmaceutique de Tournai (A.P.T.) et du Conseil provincial du Hainaut de l'Ordre des Pharmaciens ; Décision n° 99-VMP-03 du Président du Conseil de la Concurrence du 26 mars 1999 relative à la demande des mesures provisoires présentée par la S.C. Economie Populaire contre l'Ordre des Pharmaciens.

Qu'en conséquence le président du Conseil de la Concurrence n'a pas le pouvoir juridictionnel de s'introduire dans la sphère de compétence légale d'une autre juridiction, en occurrence le Conseil provincial du Hainaut, organe de l'Ordre des Pharmaciens ».

Il est sans doute utile de rappeler que dans le cadre de la procédure de demande de mesures provisoires introduite par Madame [CONFIDENTIEL] à l'encontre du Conseil national de l'OP en 2005, l'auditeur-rapporteur a conclu, pour les motifs élaborés ci-dessus, que la demande de mesures provisoires visant la suspension de la décision du Conseil provincial était irrecevable :

« La demande de mesures provisoires visant la suspension de cette décision jusqu'au prononcé de la décision du Conseil de la concurrence dans le cadre de la plainte est irrecevable.

Seul l'appel devant le Conseil d'appel peut suspendre la décision du Conseil de l'Ordre de la province de Liège.

En effet, le Président du Conseil de la concurrence ne dispose pas du pouvoir juridictionnel de s'introduire dans la sphère de compétence légal d'une autre juridiction.

Or, en vertu de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens, la loi a confié de manière exclusive l'exercice du droit disciplinaire vis-à-vis des pharmacies aux conseils provinciaux et aux conseils d'appel.

Dans un dossier de demande de mesures provisoires relativement similaire, le Président du Conseil de la concurrence en a décidé de la sorte, en rappelant l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Clarysse / Ordre des achitectes qui a estimé que « le Président du Conseil de la Concurrence n'a pas le pouvoir d'interdire aux organes de l'Ordre (des architectes) compétents pour statuer en matière disciplinaire d'exercer la mission qui leur est légalement confiée ou de préciser la manière dont ils doivent statuer. En vertu de l'article 35 de la loi du 5 août 1991, le Président du Conseil est compétent pour prendre des mesures provisoires destinées à suspendre, dans certaines circonstances, des pratiques restrictives de concurrence ; cette compétence est strictement limitée aux impératifs requis en vue de la réalisation du but de la loi du 5 août 1991 et ne permet pas d'interdire un acte émanant d'une autorité judiciaire ou administrative par le motif qu'il serait susceptible de nuire à la concurrence ;

Plus particulièrement s'agissant de la plainte d'une personne faisant l'objet de poursuites disciplinaires, le Président ne peut ordonner à l'organe disciplinaire instauré par le législateur d'exercer ses compétences disciplinaires d'une manière déterminée ou lui interdire de le faire ;

Cette compétence ne permet pas au Président d'ordonner à un organe disciplinaire instauré par le législateur d'exercer ses compétences dans un sens déterminé. »[101]

Sur base de cette jurisprudence constante, l'Autorité belge de la Concurrence et son Collège de la concurrence n'ont pas le pouvoir d'intervenir dans la jurisprudence et la pratique des organes disciplinaires de l'OP.

Ainsi, en ce qu'elle vise l'interdiction provisoire par le Collège de la concurrence des procédures disciplinaires des organes juridictionnels de l'OP, la demande de mesures provisoires est manifestement irrecevable.

4. *Conclusion*

Pour ces motifs, et sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable, l'Ordre des Pharmaciens demande au Collège de la concurrence de déclarer la demande de mesures provisoires irrecevable. »

[101] Observations écrites de l'auditeur Fassin en réponse aux observations écrites du Groupement Local d'Evaluation Pharmaceutique Guillemins-Fragnée (ci-après Glep 30) dans l'affaire Conc-P/K-05/0026 – [CONFIDENTIEL] /Groupement local d'évaluation pharmaceutique Guillemins-Fragnée et Ordre des Pharmaciens, 31 juillet 2007, p. 6.

V. L'analyse du Collège de la concurrence

V.1 Recevabilité de la demande

18. Le Collège de la concurrence constate que la demande de mesures provisoires vise la suspension provisoire de pratiques faisant l'objet d'une instruction ouverte d'office par l'auditeur général le 15 avril 2016.

19. Le Collège constate en outre que la Requérante fait preuve d'un intérêt au sens de l'article IV.64, §1 CDE, et que la demande a été introduite conformément à l'article IV.64, §2 CDE.

20. Le Collège considère que la recevabilité d'une demande de mesures provisoires doit uniquement être appréciée à la lumière de l'article IV.64, §§ 1et 2 CDE, et que les arguments développés par la Défenderesse dans ses observations écrites concernent le bien fondé des mesures demandées par la Requérante et non la recevabilité de la demande.

21. Le Collège décide que la demande est recevable conformément à l'article IV.64, §§ 1 et 2 CDE.

Selon l'article IV.64, § 1 CDE, le Collège de la concurrence doit dès lors examiner si :

1) il y a des éléments de preuve *prima facie* d'une pratique restrictive contraire aux articles IV.1 ou IV.2 CDE et/ou 101 ou 102 TFUE ;

2) il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général.

V.2 Éléments de preuve prima facie d'une infraction

22. Le Collège rappelle qu'afin d'établir une infraction *prima facie* il y lieu d'établir qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent constituer une infraction aux règles de concurrence[102].

V.2.1 Applicabilité des règles de concurrence et compétence de l'ABC

23. Le Collège constate que l'Ordre des Pharmaciens est une association d'entreprises au sens de l'article IV.1, §1 CDE lorsqu'un de ses organes adopte des règles ou prend des décisions qui visent le comportement de ses membres dans le cadre de leur activité économique, et que cette qualification vaut notamment à l'égard d'une décision disciplinaire d'un conseil provincial.[103]

---

[102] Bruxelles, 28 avril 2016, *FEI c. l'ABC* ; et 7 septembre 2016, *Telenet t. BMA.*

[103] Cass. 7 mai 1999. La Cour de Cassation a décidé dans une affaire qui concernait une décision du Conseil d'appel de l'Ordre des Pharmaciens au sujet d'une forme de publicité: "*Dat dit evenwel niet belet dat zij een ondernemingsvereniging is in de zin van artikel 2, §1 van de Mededingingswet waarvan de besluiten, in de mate dat zij er toe strekken of tengevolge hebben dat de mededinging wordt aangetast, door de tuchtorganen van de Orde getoetst moeten worden aan de eisen van de Mededingingswet*" et "*Dat de Raad van Beroep weigert na te gaan of de beslissing die hij neemt verzoenbaar is met de eisen van de Mededingingswet op de grond dat de Orde geen economisch doel*

24. Le Collège fait toutefois remarquer que l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 mai 1999 concerne des décisions d'organes de l'Ordre. Il en conclut dans l'état actuel de cette procédure qu'il est compétent pour apprécier *prima facie* la compatibilité d'une décision d'un organe de l'Ordre avec les règles de concurrence, mais qu'il n'est pas établi que l'arrêt du 5 mai 1999 ait modifié la jurisprudence de la Cour développée dans son arrêt du 27 novembre 1997 au sujet de mesures concernant une procédure disciplinaire qui n'a pas encore donné lieu à une décision[104].

25. La Défenderesse a fait valoir en audience qu'un recours devant le Conseil d'appel a un effet suspensif, et qu'un recours en cassation a un effet suspensif sauf si le Conseil d'appel décide autrement.

26. Le Collège considère à cet égard qu'il y a d'une part éventuellement lieu de faire une distinction entre les cas dans lesquels un organe de la Défenderesse a ouvert une procédure disciplinaire, des décisions disciplinaires d'un Conseil provincial faisant l'objet d'un recours avec effet suspensif, et des décisions qui produisent déjà leur effet. Et il considère d'autre part qu'il y a lieu de faire une distinction entre des éléments susceptibles de constituer une infraction, les causes d'un préjudice au sens de l'article IV.64, §1 CDE, le degré d'urgence et les mesures que le Collège est compétent à prendre.

27. Eu égard à la nature d'une procédure en matière de mesures provisoires qui vise à éviter qu'un préjudice se produise et à protéger l'effet utile de la décision au fond, le Collège considère qu'il peut prendre en considération des décisions d'un organe de la Défenderesse qui font encore objet d'un recours afin d'établir s'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent être retenus dans la décision au fond comme des éléments constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence. Mais il doit tenir compte de l'effet suspensif d'un recours quand il apprécie le préjudice, ses causes, l'urgence d'y remédier et le caractère approproprié d'éventuelles mesures provisoires.

V.2.2 Les reproches invoqués comme éléments constitutifs d'une infraction aux articles IV.1 et 2 CDE et 101 et 102 TFUE.

V.2.2.a Prix inférieurs aux prix pratiqués par les pharmacies traditionnelles

i) La plainte collective du 24 décembre 2016

28. La Requérante fait valoir que la plainte collective des pharmaciens [CONFIDENTIEL] du 24 décembre 2014[105] -dénonce le fait que *« les prix imposés sur les médicaments ne sont aucunement respectés »* et « *que le ticket de caisse joint met en lumière un prix inférieur de 30% sur les dafalgan, faisant obstacle au maintien d'une concurrence effective »*.

---

nastreeft ; Dat hij aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt" traduction officieuse: 'Que ceci n'empêche pas qu'il est une association d'entreprises au sens de l'article 2, §1 de la Loi sur la concurrence dont les décisions des organes disciplinaires doivent, dans la mesures où'elles ont pour objet ou pour effet que la concurrence est affectée, être examinées à la lumière des exigences de la Loi sur la concurrence' et 'Que le Conseil d'appel refuse de vérifier si la décision qu'il prend est compatible avec les exigences de la Loi sur la concurrence pour le motif que l'Ordre ne poursuit pas un but économique; qu'il viole ainsi les dispositions légales invoquées dans le moyen'). Voir aussi la Décision du Conseil de la Concurrence du 26 octobre 2007 confirmée sur ce point par Bruxelles, 7 avril 2007.

[104] Dans cet arrêt qui portait sur une décision en matière de mesures provisoires du Président du Conseil de la concurrence imposées à l'Ordre des Architectes, la Cour a décidé *: « Le président du Conseil de la Concurrence n'a pas le pouvoir d'interdire aux organes de l'Ordre des architectes compétents pour statuer en matière disciplinaire d'exercer la mission qui leur est légalement confiée ou de préciser la manière dont ils doivent statuer ».*

[105] Annexe 25 à la Demande.

29. Le Collège fait remarquer que la législation prévoit un prix maximum et nullement des prix imposés[106]. Tout accord et comportement qui vise à imposer le respect du prix maximum comme prix imposé doit *prima facie* être qualifié comme une infraction grave à l'article IV.1 CDE et à l'article 101 TFUE en cas d'affectation du commerce entre Etats membres. Le Collège constate qu'il y a dès lors des indications d'une possible infraction aux règles de concurrence par les pharmaciens [CONFIDENTIEL] en ayant collectivement introduit la plainte du 24 décembre 2014[107].

30. Le Collège constate toutefois que la demande ne leur a pas été adressée et il ne les considère dès lors pas comme parties à cette procédure.

ii) Le reproche à la Défenderesse d'offrir des bons de réduction

31. Il ressort du dossier que la Défenderesse, l'APB et des pharmaciens intervenants reprochent dans le cadre d'une procédure en cessation à la Requérante une violation des articles VI.93, VI.97 et/ou VI/104 CDE en ce qu'elle offrirait des « *bons de réduction à l'achat de médicaments ou lorsqu'un certain seuil de médicaments et/ou de médicaments +produits parapharmaceutiques est atteint* » alors que de telles pratiques contreviendraient aux articles 106, 108 et 109 du Code de déontologie pharmaceutique, aux article 9, §1, in fine de la Loi sur les médicaments, et à l'annexe I de l'Arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens[108].

32. Le Collège qualifie *prima facie* et au vu des Rapports des séances du Conseil National du 26 février, 26 novembre et 17 décembre 2015[109] la décision d'entamer une procédure en cessation et la prise de position par l'Ordre des Pharmaciens dans le cadre de cette procédure comme une décision de la Défenderesse qui vise notamment la cessation d'octroi de bons de réduction.

33. Le Collège rappelle que le Conseil de la Concurrence a qualifié dans sa décision du 26 octobre 2007[110] 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, comme une restriction grave ayant pour objet de restreindre la concurrence.

34. Le Collège reconnaît que la réglementation applicable prévoit des restrictions en matière de publicité pour certains produits[111], et qu'une politique de ristournes ne doit pas mener à une sur-consommation de médicaments[112]. Mais le Collège ne dispose pas d'indications qui permettent de décider que les efforts de la Défenderesse qui visent des ristournes et publicités de la Requérante soient strictement liés à ce qui peut être justifié dans l'intérêt général au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice[113].

35. Le Collège décide qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de penser *prima facie* que la décision d'entamer une procédure en cessation et la position prise par l'Ordre des Pharmaciens dans le cadre de

---

[106] Voir par exemple l'article 5 de l'Arrêté Ministériel du 28 juin 2006. Voir pour description de la réglementation sur le site du SPF Economie : http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Prix_reglementes/Geneesmiddelen/.

[107] Annexe 25 à la Demande.

[108] Annexes 20 et 21 à la Demande.

[109] Annexes 32-34 à la Demande.

[110] Décision no 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007. Voir aussi la décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Labco c. ONP.

[111] Voir par exemple au sujet des préparations pour nourissons le point 5.1. de l'annexe de l'Arrêté Royal du 18 février 1991.

[112] L'article 9, §1 in fine de la loi sur les médicaments du 25 mars 1964, modifié par la loi du 1 mai 2006, dispose que « *Toute publicité faite à l'égard d'un médicament doit favoriser l'usage rationnel de ce médicament, en le présentant de façon objective et sans en exagérer les propriétés, et ne peut pas être trompeuse* ».

[113] Arrêt du 19 février 2002, affaire C-309/99, Wouters.

cette procédure, visant notamment la cessation d'octroi de bons de réduction, puissent constituer une infraction, éventuellement avec récidive, à l'article IV.1 CDE sinon à l'article 101 TFUE.

36. Le Collège constate toutefois que la demande n'a pas été adressée à l'APB et aux pharmaciens intervenants, et il ne les considère dès lors pas comme parties à cette procédure.

V.2.2.b Créer la confusion entre la grande surface et la pharmacie

37. Le Conseil provincial du Hainaut de la Défenderesse a infligé le 17 mars 2016 une sanction disciplinaire de suspension d'une semaine au pharmacien titulaire de l'enseigne de la Requérante à Gosselies motivée comme suit : *« Le pharmacien […] a commis une faute en acceptant, en sa qualité de pharmacien garant de la pratique de son art, d'officier dans une structure qui engendre une confusion de genre certaine entre le concept de la grande surface et de la pharmacie ».* Cette décision fait l'objet d'un recours.

38. Le Collège rappelle que l'article 10 de l'Arrêté Royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens dispose que « *Chaque pharmacie doit être munie d'une enseigne clairement visible afin d'être facilement localisée par le patient, notamment lors du service de garde. Les informations relatives aux heures d'ouverture et de fermeture de la pharmacie, ainsi que celles relatives au service de garde doivent être mentionnées et être visibles de l'extérieur de la pharmacie*. » L'annexe 1 à cet arrêté y ajoute «*La pharmacie a une apparence extérieure respectant l'éthique professionnelle et permettant d'être facilement identifiée et accessible à tous sans difficulté* ».

39. Le Collège constate que la Demanderesse organise, contrairement à beaucoup de pharmacies dites traditionnelles, dans les établissements sous son enseigne une distinction nette, avec entrée à la rue séparée et partition en verre avec portes, entre la section « pharmacie » et la section « parapharmaceutique ». Sans que le Collège ne se prononce dans la présente procédure sur la question de savoir quels produits diététiques peuvent être disponibles en parapharmacie, il constate que dans les sections parapharmaceutiques de ses enseignes, la Requérante offre à la vente des produits et services en rapport avec la santé et le bien être de nature comparable aux produits distribués par les pharmacies dites traditionnelles[114], avec une présence plus importante de produits alimentaires à connotation diététique. Tout visiteur peut constater que l'aspect des lieux (y compris l'odeur spécifique d'une pharmacie), ainsi que la gamme de produits, est différent de l'aspect d'un supermarché classique.

40. Le Collège comprend par ailleurs mal qu'on semble reprocher à la Requérante de porter atteinte à l'image de la profession en créant la confusion par un défaut de séparation entre les deux types de magasins, par exemple par des pratiques vestimentaires, tandis qu'une partie importante de la superficie des pharmacies classiques est souvent dédiée à des produits parapharmaceutiques où les clients sont servis par des pharmaciens et leurs assistants, et que la Défenderesse semble préconiser l'intégration dans son communiqué de presse du 24 février 2015[115].

41. Il constate que la Défenderesse ne produit aucun texte législatif ou réglementaire qui permet de conclure que la loi considère contraire à l'intérêt public qu'une pharmacie (identifiable comme l'exige

---

[114] Voir la liste des produits dont l'Ordre des Pharmaciens considère qu'ils peuvent être disponibles dans les officines le par. 35 de la Demande.

[115] Annexe 37 à la Demande.

l'Arrêté Royal du 21 janvier 2009) soit installée au sein d'un ensemble de grande surface, ou qu'il impose des restrictions en termes de surface.

42. L'interdiction d'exploiter une pharmacie, indentifiable comme telle, au sein d'un établissement spécialisé dans les produits et services de santé et de bien être, constitue *prima facie* une restriction de concurrence entre et avec les pharmacies.

43. Le Collège conclut que la défenderesse n'a pas démontré que la décision du 17 mars 2016 soit justifiée par des arguments de l'intérêt général qu'elle doit sauvegarder dans le cadre de sa mission de droit public.

44. Le Collège décide qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de penser *prima facie* que des décisions prises pour les motifs énoncés dans la décision du 17 mars 2016 puissent constituer une infraction à l'article IV.1 CDE sinon à l'article 101 TFUE.

V.2.2.c Exercer une pression concernant les heures d'ouverture

45. Il apparaît du dossier que le Conseil provincial de la Flandre Orientale a mis la pression sur la pharmacienne titulaire de l'enseigne à Gand au sujet de ses heures d'ouverture[116].

46. Le Collège rappelle que le Conseil de la Concurrence a condamné la Défenderesse dans sa décision du 26 octobre 2007 pour une interdiction aux pharmaciens d'ouvrir leur officine en dehors des horaires normaux d'ouverture. S'il appartient à un ordre professionnel de droit public d'assurer la disponibilité des médicaments, par exemple par l'organisation de services de garde, le Collège ne voit pas de justification déontologique pour une restriction des heures d'ouverture qui permettrait d'écarter l'application des règles de concurrence comme discuté dans l'arrêt Wouters de la Cour de Justice[117].

47. Le Collège ne se prononce pas dans le cadre de cette procédure en matière de mesures provisoires sur la question de savoir si les positions prises par un Conseil provincial dans le cadre d'une 'réunion de conciliation' doivent être qualifiées comme des démarches dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou comme des décisions susceptibles de faire l'objet d'une décision de l'ABC. Mais il ne lui semble pas manifestement déraisonnable de penser *prima facie* que la position prise dans cette réunion puisse constituer une infraction, éventuellement avec récidive, à l'article IV.1 CDE sinon à l'article 101 TFUE.

V.2.2.d Une campagne de dénigrement

48. Le Collège est perturbé par des aspects de la campagne de presse contre la Requérante. Dans son communiqué du 24 février 2015[118], la Défenderesse parle de *« pratiques du groupe Medi-Market qui portent atteinte à la profession de pharmacien et sont susceptibles de nuire aux patients* ». Ce dernier reproche serait fondé par un manque de séparation entre les activités de pharmacie et de parapharmacie et le fait que les consommateurs ne seraient pas assistés par des personnes suffisamment qualifiées. Cette motivation est *prima facie* contradictoire, et donne l'impression que l'Ordre vise à étendre sa juridiction pour laquelle le législateur lui a accordé un monopole à des magasins de parapharmacie. Ceci soulève un souci d'abus de postion dominante au sens de l'article IV.2

---

[116] Voir notamment l'annexe 56 à la Demande.
[117] Arrêt du 19 février 2002, affaire C-309/99, Wouters.
[118] Annexe 37 à la Demande.

CDE et éventuellement des articles 102 et 106 TFUE, qui consisterait dans la tentative d'élargir le champ d'application d'un monopole légal au-delà des limites envisagées par le législateur [119].

49. Le Collège ne dispose pas de preuves que les références à la politique de prix de la Requérante dans la presse[120] soient imputables à des décisions de la Défenderesse, mais un membre suppléant du Conseil national de la Défenderesse s'est prononcé dans des termes pour le moins surprenants indiquant clairement sa conviction que la Défenderesse doit s'opposer à une politique commerciale qui vise à limiter les prix des médicaments sans prescription et autres produits vendus en pharmacie[121].

50. Le Collège considère qu'il s'agit d'indications desquelles il n'est pas manifestement déraisonnable de penser *prima facie* que la Défenderesse a cherché à passer des messages dans la presse qui font preuve d'éléments susceptibles de constituer une infraction à l'article IV.1 CDE sinon à l'article 101 TFUE ou aux articles IV.2 CDE et 102 et 106 TFUE.

V.2.2.e Autres reproches

i) Le reproche à la Défenderesse de reprocher aux pharmaciens des actes de sociétés commerciales tierces

51. La Requérante a développé en audience le reproche formulé dans sa demande que la Défenderesse poursuit des pharmaciens sans référence à une infraction déontologique commise par eux pour viser le modèle commercial de la Requérante[122].

52. Le Collège fait remarquer que, par exemple dans la décision du Conseil provincial du Hainaut du 17 mars 2016, la Défenderesse a reproché au pharmacien d'exercer sa profession dans le cadre d'une structure que l'Ordre considère incompatible avec les règles applicables aux pharmaciens. Le Collège considère que l'autorité de concurrence doit reconnaître la compétence de la Défenderesse pour apprécier les conditions dans lesquelles un pharmacien exerce sa profession, pour autant qu'elle le fasse dans les limites de sa mission et donc pour des motifs d'intérêt général.

53. Il en est autrement dans la mesure où les actions d'un Ordre ne poursuivent pas un objectif qui cadre dans les limites de sa mission[123]. Comme il a été indiqué ci-dessus, il peut y avoir un souci d'abus de position dominante au sens de l'article IV.2 CDE et éventuellement des articles 102 et 106 TFUE, qui consisterait dans la tentative d'élargir le champ d'application d'un monopole légal au-delà des limites envisagées par le législateur[124], dans la mesure où la Défenderesse vise à réglementer l'activité parapharmaceutique de la Requérante dans des magasins qui sont disctincts de ses pharmacies[125].

---

[119] Voir l'arrêt de la Cour de Justice du 13 décembre 1991, affaire C-18/88, RTT. Voir aussi Tribunal de commerce du Brabant Wallon, 5 octobre 2016 sur la différence entre les obligation qui incombent à une pharmacie et une parapharmacie.

[120] La Libre du 23 octobre 2015 (annexe 38 à la Demande), L'Echo du 26 décembre 2015 (annexe 36 à la Demande), De Standaard et Het Nieuwsblad du 25 avril 2015 , De Tijd du 26 avril 2015 et autres repris dans l'annexe 39 à la Demande.

[121] Message sur Facebook lu en audience qualifiant la Requérante non seulement comme «*menteurs*», mais aussi comme « *une bande de vendeurs de chiens* », « *du Flan et du Vent*», et une « *bande de veaux* » : Facebook de [CONFIDENTIEL].

[122] Par. 86 de la Demande.

[123] Voir dans ce sens l'arrêt de Cour de Justice du 19 février 2002, affaire C-309/99, Wouters.

[124] Voir l'arrêt de la Cour de Justice du 13 décembre 1991, affaire C-18/88, RTT. Voir aussi Tribunal de commerce du Brabant Wallon, 5 octobre 2016 sur la différence entre les obligation qui incombent à une pharmacie et une parapharmacie.

[125] Qui est en outre organisée dans des sociétés disctinctes, voir annexe 1 à la Demande. Ce point ne saurait être confondu avec l'application des règles déontologiques pour des prestations de parapharmacie *au sein d'une pharmacie,* comme décidé par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 décembre 2016.

ii) La reproche d'un harcèlement judiciaire et déontologique

54. Le Collège considère que, à part des éléments retenus ci-dessus, il ne dispose pas de preuves que les procédures entamées par la Défenderesse, y compris ses demandes de constat par huissier, puissent *prima facie* constituer une infraction aux règles de concurrence. Eu égard au droit de chacun de s'adresser à la justice ou de solliciter une modification de la réglementation, ainsi qu'au fait qu'une des actions a été déclarée irrecevable[126], le Collège considère qu'il n'est pas établi que les actions reprochées ont eu l'effet recherché[127], ou qu'elles peuvent avoir eu aussi des objectifs compatibles avec la mission de droit public de la Défenderesse. Le Collège considère qu'il doit dans le cadre d'une appréciation *prima facie* être extrêmement prudent par rapport à la qualification d'une action en justice comme potentiellement abusive, à moins qu'elle aurait été qualifiée comme vexatoire au sens du Code Judiciaire.

55. Le Collège ne se prononce pas dans le cadre de cette procédure sur la compatibilité avec les règles de concurrence des avis au sujet d'enseignes eu égard aux règles en matière d'identification des officines de l'Arrêté Royal du 21 janvier 2009 précité[128].

Conclusion

56. Le Collège considère au vu de l'ensemble de ces éléments, qu'il est n'est *prima facie* pas manifestement déraisonnable de penser que des décisions et comportements d'organes de la Défenderesse puissent constituer une infraction, éventuellement avec récidive, à l'article IV.1 CDE, sinon aussi à l'article 101 TFUE en cas d'affectation du commerce entre Etats membres, et éventuellement aux articles IV.2 CDE et 102 et 106 TFUE.

V.3 Le préjudice

V.3.1 L'infraction prima facie doit être susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par l'infraction prima facie

57. Le Collège rappelle qu'il y a préjudice au sens de l'article IV.64, § 1 CDE lorsqu'une entreprise se trouve dans une situation moins avantageuse que la situation dans laquelle elle se trouverait en l'absence de la pratique restrictive affectant sa situation[129]. Le concept du 'préjudice' au sens de l'article IV.64, § 1 CDE ne saurait être confondu avec le concept de « dommage ». Le texte en néerlandais n'emploie d'ailleurs pas le terme « schade » mais le terme «nadeel ».

V.3.1.a Le préjudice grave

58. Le Collège constate que des pharmaciens titulaires à Gand et Gosselies ont démissionné suite aux procédures ouvertes contre eux [130].

---

[126] Jugement de la Présidente du Tribunal de commerce du Brabant Wallon du 5 octobre 2016, annexe 50 à la Demande.
[127] Pars. 140 et suiv. de la Demande.
[128] Pars. 133 et suiv. de la Demande.
[129] Bruxelles, 26 avril 2016, FEI c. ABC. Voir aussi la pratique décisionnelle de l'ABC depuis la décision du Collège de la concurrence du 11 juillet 2014, Feltz/BMW.
[130] Pars. 97 et 109 du Projet de décision.

59. Le Collège considère que la perte et le besoin de remplacer un pharmacien titulaire causent un préjudice à la Requérante. La Requérante fait valoir que le recrutement de remplaçants a été difficile[131], et elle a déclaré en audience que les recrutements se sont faits à des conditions plus onéreuses. La Requérante n'a toutefois pas été forcée de fermer temporairement une de ses officines, ni d'abandonner sa politique commerciale.

60. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, le Collège est perturbé par des aspects de la campagne menée contre la Requérante. Le Collège doit toutefois constater que les articles de presse publiés suite ou non aux contacts avec l'Ordre ou ses responsables, prennent un ton plutôt neutre dans la presse francophone[132], ou représentent dans la presse néerlandophone aussi l'opinion de la Requérante en donnant plutôt l'impression de lui être favorables[133].

61. Le Collège n'est pour ces raisons pas convaincu que le préjudice subi par la Requérante soit grave au sens de l'article IV.64, §1 CDE. Mais le Collège fait remarquer que eu égard à l'importance de la confiance en matière de la disponibilité d'une pharmacie, sa conclusion pourrait être différente si une décision de la défenderesse qui ne ferait plus l'objet d'un recours avec effet suspensif, causait une interruption de l'activité de pharmacie de la Requérante, portant ainsi un préjudice à sa réputation et à la confiance dans la Requérante. Il n'est d'ailleurs pas démontré que cette campagne ait eu un effet négatif sensible sur le développement de l'activité de la Défenderesse.

62. Le Collège n'exclut pas que le préjudice subi par les pharmaciens qui ont démissionné suite aux actions entamées par la Défenderesse soit grave au sens de l'article IV.64, §1 CDE. Mais le Collège ne dispose pas d' informations qu'ils aient agi en qualité d'entreprises au sens de l'article IV.64, §1 CDE[134].

V.3.1.b Le préjudice imminent

63. Le Collège rappelle la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles que le préjudice est considéré comme imminent lorsqu'il existe un risque d'un préjudice imminent au moment de la prise de mesures provisoires[135].

64. Il n'est pas exclu qu'un pharmacien titulaire décide aussi de démissionner suite aux procédures disciplinaires en cours relatives aux pharmacies à Rocourt et à Schoten. Mais le Collège n'a ni des indications qu'une pareille réaction soit aussi probable qu'à Gand et à Gosselies, ni qu'une éventuelle suspension et démission causeront un préjudice plus grave à la Requérante.

65. Le Collège doit aussi tenir compte du fait que si d'une part les personnes réagissent en fonction de leur perception de la pression qu'elles subissent, une décision de la Défenderesse produit d'autre part uniquement ses effets juridiques quand elle n'est plus suspendue par un recours.

---

[131] Par.260 et suiv. de la Demande.

[132] La Libre du 23 octobre 2015 (annexe 38 à la Demande). L'article publié dans le Soir du 24 décembre 2015 (annexe 35 à la Demande) reprend aussi de façon très succincte la position de la Défenderesse, et L'Echo du 26 décembre 2015 (annexe 36 à la Demande) reprend en substance un communiqué de l'Ordre (annexe 37 à la Demande).

[133] Les articles dans De Standaard et Het Nieuwsblad du 25 avril 2015, De Tijd du 26 avril 2015 et autres repris dans l'annexe 39 à la Demande.

[134] L'annexe 59 à la Demande est intitulée 'lettre de démission'.

[135] Bruxelles, 26 avril 2016, FEI c. ABC.Voir aussi la pratique décisionnelle de l'ABC depuis la décision du Collège de la concurrence du 11 juillet 2014, Feltz/BMW

66. Le Collège a appris que la décision du Conseil provincial du Hainaut fait l'objet d'un recours avec effet suspensif. La décision d'introduire une action en cessation n'a pas produit des effets juridiques susceptibles de causer un préjudice à la Requérante car la Présidente du tribunal de commerce du Brabant Wallon a considéré l'action irrecevable[136]. Les procédures concernant les officines à Rocourt et à Schoten sont encore en cours. Et en ce qui concerne la pression exercée par le Conseil provincial de la Flandre Orientale, le Collège doit constater que le préjudice invoqué est déjà réalisé.

67. Le Collège considère que la Requérante n'a pas démontré à suffisance de droit que le préjudice est imminent au sens de l'article IV.64, § 1 CDE. Mais le Collège fait remarquer que sa conclusion sur ce point pourrait être différente si un recours en cassation contre une décision en degré d'appel n'avait pas d'effet suspensif.

V.3.1.c Le préjudice difficilement réparable

68. Le Collège considère que la Requérante n'a pas démontré à suffisance de droit que le préjudice qui résulte pour elle de la nécessité de remplacer des pharmaciens titulaires qui ont pu être remplacés sans interruption de l'activité de la Requérante dans les enseignes concernées, ne soit pas réparable par dommages et intérêts.

69. Le Collège décide dès lors que la Requérante n'a pas démontré à suffisance de droit que le préjudice est difficilement réparable au sens de l'article IV.64, § 1 CDE. Mais le Collège fait remarquer que eu égard à l'importance de la confiance en matière de la disponibilité d'une pharmacie, sa conclusion pourrait être différente si une décision de la défenderesse qui ne ferait plus l'objet d'un recours avec effet suspensif, causait une interruption de l'activité de pharmacie de la Requérante, portant ainsi un préjudice à sa réputation et à la confiance dans la Requérante qui serait difficilement réparable par dommages et intérêts.

V.3.1.d Le préjudice dû aux prétendues infractions

70. Le Collège considère que le préjudice qui pourrait être retenu résulte des éléments qui ont été retenus *prima facie* comme les éléments constitutifs d'une possible infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE, sinon aussi des articles IV.2 CDE et 102 et 106 CDE.

V.3.1.e Conclusion au sujet du préjudice aux entreprises dont les intérêts sont affectés par l'infraction prima facie

71. Le Collège considère pour l'ensemble de ces raisons que la Requérante n'a pas démontré à suffisance de droit qu'elle risque de subir un préjudice grave, imminent et difficilement réparable au sens de l'article IV.64, § 1 CDE.

V.3.2 l'infraction prima facie et le risque de nuire à l'intérêt économique général.

72. Le Collège considère qu'il apparaît clairement de l'ensemble de la législation et réglementation en matière de produits pharmaceutiques[137] que le Législateur considère l'accès aux soins et la disponibilité des médicaments, y compris la maîtrise du niveau de prix, comme un souci d'intérêt général. Le Collège

---

[136] Jugement du 5 octobre 2016, annexe 50 à la Demande.

[137] Voir pour une description et des références à la réglementation le site du SPF Economie : http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Prix_reglementes/Geneesmiddelen/.

considère à cet égard que ce souci peut, dans la mesure où'il concerne le fonctionnement des marchés et l'intérêt des consommateurs, être qualifié comme un souci d'intérêt économique général au sens de l'article IV.64, §1 CDE.

73. Le Collège en conclut qu'une pratique qui vise à limiter la concurrence en matière de prix des médicaments, autres produits de soins et services de pharmacie, est susceptible de nuire à l'intérêt économique général. Et une pratique qui vise à sanctionner une publicité au sujet des ristournes ou politique de prix, risque de priver les patients et autres consommateurs d'un élément important d'information tandis qu'il est de l'intérêt économique général qu'ils puissent en bénéficier.

74. Le Collège fait référence à cet égard aux différences de prix des médicaments non-remboursés entre la Belgique et les pays voisins mentionnées dans la Demande et reprises dans un article de J-P. Bombaerts dans l'*Echo*, ainsi qu'à 'l'ambition' de la Requérante mentionnée sur son site et dans la Demande[138].

75. Le Collège constate toutefois que la Requérante a jusqu'à présent pu poursuivre sa politique commerciale. Les patients et autres consommateurs, clients de la Requérante, n'ont dès lors pas encore subi un préjudice qu'il serait dans l'intérêt économique général de limiter avec l'urgence requise par l'article IV.64, §1 CDE.

76. L'intérêt économique général peut être atteint davantage par un comportement des pharmaciens, préconisé ou pas par la Défenderesse, et concerté ou pas, qui aligne les prix pratiqués par les pharmaciens sur les prix maxima, limitant sinon excluant tout effet utile de la concurrence. Le Collège constate toutefois que la Demande vise les actions de la Défenderesse par rapport à la Requérante, avec seulement quelques références à des actions ou attitudes de pharmaciens. Il en suit que le dossier ne permet pas au Collège d'apprécier *prima facie* d'éventuelles infractions aux règles de concurrence par des pharmaciens et leurs conséquences pour l'intérêt économique général avec le degré de vraisemblance requis par l'article IV.64, §1 CDE pour justifier la prise de mesures provisoires visant la protection de l'intérêt économique général.

77. Le Collège rappelle qu'il doit, afin de protéger l'intérêt général au sens de l'article 64, § 1 CDE, veiller à assurer la mise en œuvre effective des règles de concurrence[139]. Il doit dès lors assurer que la décision définitive puisse encore avoir un effet utile. Cette appréciation ne concerne pas uniquement l'hypothèse que la décision de fond constate une infraction, mais aussi l'hypothèse d'une décision de classement ou une décision du Collège constatant qu'il n'y a pas d'infraction ou qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures[140].

78. Afin d'apprécier la balance des intérêts entre les intérêts de la Défenderesse et l'intérêt économique général au sens de l'article IV.64, §1 CDE, le Collège doit tenir compte de son appréciation du préjudice à l'intérêt économique général. En résulte dans ce cas que dans l'état actuel du dossier une décision de constatation d'infraction peut encore avoir son effet utile sans que le dossier permette de constater

---

[138] Par. 27 de la Demande, p.6 de l'*Echo* du 16 mai 2017, et http://medicare-market.be/fr/notre-concept/#itw.

[139] Voir par exemple Cour de Justice, 7 décembre 2010, affaire C-439/08, *Vebic* ; et la décision du Collège de la concurrence du 11 juillet 2014, *Feltz/BMW.*

[140] Voir article 5, *in fine* du Règlement 1/2003.

qu'il y aurait déjà eu un préjudice spécifique en l'absence de mesures provisoires, tandis que la prise de mesures provisoires peut constituter une charge non justifiée pour la Défenderesse dans l'hypothèse d'une décision de classement ou une décision du Collège constatant qu'il n'y a pas d'infraction ou qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures.

79. Le Collège ne considère dès lors pas établi que la protection de l'intérêt économique général, y compris l'effet utile de la décision définitive, nécessite dans ce cas la prise de mesures provisoires.

V.4 Les mesures demandées

80. Vu ce qui précède, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les mesures demandées.

PAR CES MOTIFS,

Le Collège de la concurrence, par application de l'article IV.64, § 1 CDE :

Constate que la demande de mesures provisoires introduite par la SA Medicare-Market le 28 avril 2017 contre l'Ordre des Pharmaciens est recevable mais non fondée.

Ainsi décidé le 19 juin 2017 par le Collège de la concurrence composé de Jacques Steenbergen, Président de l'Autorité belge de la concurrence et Président du Collège de la concurrence, Olivier Gutt et Christian Huveneers, assesseurs à l'Autorité belge de la concurrence.

Pour le Collège,

Jacques Steenbergen
Président

Conformément à l'article IV.65 CDE, la notification de la présente décision sera faite à la SA Medicare-Market et à l'Ordre des Pharmaciens, ainsi qu'au Ministre qui a l'économie dans ses attributions