

AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre Affaires CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/0009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030

I. Association d'entreprises visée par l'instruction

1. L'Ordre des Pharmaciens a été créé par la loi du 19 mai 1949. Il est actuellement régi par les dispositions de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967. Il jouit de la personnalité juridique et est inscrit à la BCE sous le n° 0218.024.029. Son siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles. Il est constitué de plusieurs organes dont un, le Conseil national, est chargé de la rédaction des règles de déontologie¹.

II. Procédure

II.1 Plaintes

2. L'Ordre des pharmaciens a fait l'objet de plusieurs plaintes de pharmacies et de pharmaciens auprès de l'Autorité belge de la concurrence.
3. Le 20 août 2010, **Multipharma** et 7 pharmaciens ont déposé une plainte, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-10/0024, visant tant les règles du Code de déontologie concernant la publicité et l'octroi de ristournes jugées restrictives de concurrence que l'application de ces règles par les instances disciplinaires.
4. Le 11 avril 2013, **V-Pharma** a déposé une plainte, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-13/0009, dans laquelle elle dénonce les pratiques restrictives de l'Ordre des pharmaciens tant dans sa politique normative que dans l'exercice de sa mission disciplinaire, notamment en ce qui concerne la publicité pour les ristournes.
5. Le 7 juillet 2017, la pharmacie **B.** et **[confidentiel]** ont déposé une plainte contre l'Ordre des pharmaciens, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-17/0024. La plainte fait principalement suite à

¹ Pour plus d'informations, voy. *infra* §§ 23-29 et 39-41.

l'interdiction, imposée par l'Ordre, de recourir à Google AdWords, service utilisé pour référencer de manière préférentielle le site en ligne de la pharmacie [confidentiel].

6. Enfin, le 1^{er} septembre 2017, **Newpharma** a déposé une plainte, enregistrée sous le numéro CONC-P/K-17/0030, visant également l'interdiction du recours à Google Adwords.

II.2 Procédure

7. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, l'auditeur général a désigné, le 6 septembre 2013, en remplacement de Madame Marielle Fassin, auditeur, Monsieur Patrick Marchand, auditeur, comme auditeur en charge de l'instruction des affaires CONC-P/K-10/0024 et CONC-P/K-13/0009. En date du 3 avril 2017, l'auditeur général a désigné comme nouvel auditeur en charge de l'instruction de ces dossiers Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, et a affecté à l'instruction de ces affaires Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence.
8. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, l'auditeur général a désigné, en date du 11 juillet 2017, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-17/0024, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, « ABC »), afin d'accomplir les devoirs d'instruction.
9. Conformément à l'ancien article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, l'auditeur général a désigné, en date du 21 septembre 2017, Madame Anne-Charlotte Prévot, attaché, comme auditeur en charge de l'instruction de l'affaire CONC-P/K-17/0030, assistée de Monsieur Benoît Lagasse, attaché, membre de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après, « ABC »), afin d'accomplir les devoirs d'instruction.
10. Conformément à l'ancien article IV.29 du Code de droit économique, Monsieur Benjamin Matagne, auditeur auprès de l'Autorité belge de la concurrence, a été désigné dans chacune de ces affaires comme second auditeur faisant partie de la cellule constituée pour chaque affaire que l'ABC décide de traiter.
11. Le 25 juin 2019, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 2019 portant modifications du livre I^{er} « Définitions », du livre XV « Application de la loi » et remplacement du livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique, l'auditeur général a, conformément au nouvel article IV.27 § 4 CDE, désigné Madame Stéphanie Strievi, conseiller, en tant qu'auditeur-conseiller.
12. Le 4 octobre 2017, une réunion a eu lieu entre l'auditeur et des membres du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens afin d'évoquer les grandes lignes des griefs retenus contre l'Ordre des pharmaciens dans le cadre des différents dossiers. A l'issue de cette réunion, le Conseil national a informé l'auditeur que la réflexion relative à la réforme du Code de déontologie en cours, en interne, veillerait à répondre à ces préoccupations.
13. Le 13 juillet 2018, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a communiqué à l'auditeur un projet de modification du chapitre 13 du Code de déontologie concernant l'information, la publicité et les pratiques commerciales ainsi qu'un projet de texte concernant les aspects déontologiques de la vente en ligne appelé à constituer la base du chapitre 14 du nouveau Code de déontologie.

14. Des explications sur la portée de la réforme envisagée par l'Ordre ont été apportées à l'auditeur au cours d'une réunion qui s'est tenue le 9 août 2018.
15. Le 24 août 2018, l'auditeur a transmis à l'Ordre des pharmaciens une communication des griefs couvrant simultanément les dossiers CONC-P/K-10/0024, CONC-P/K-13/009, CONC-P/K-17/0024 et CONC-P/K-17/0030, en application de l'ancien article IV.42, § 4 du Code de droit économique.
16. Le 3 octobre 2018, l'Ordre des pharmaciens a indiqué qu'il était disposé à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction.
17. Le 9 octobre 2018, en application de l'article IV.52 du Code de droit économique tel qu'il existait à l'époque, l'auditorat a communiqué par écrit son intention de parvenir à une transaction et a indiqué les montants minimum et maximum de l'amende qu'il envisage de proposer au Collège de la concurrence. Le délai attribué à l'Ordre des pharmaciens pour répondre à la communication des griefs a été suspendu durant la durée de la procédure de transaction.
18. Les discussions de transaction concernant les griefs ont eu lieu entre octobre 2018 et juin 2019.
19. Le 26 juin 2019, l'auditeur a, conformément au nouvel article IV.57 CDE, informé la Commission européenne de l'avant-projet de décision de transaction.
20. Le 19 septembre 2019, conformément au nouvel article IV.58 CDE, l'auditeur a communiqué son projet de décision de transaction à l'Ordre des pharmaciens et a fixé au 4 octobre 2019 au plus tard le délai dans lequel l'Ordre des pharmaciens peut déposer volontairement une déclaration de transaction.
21. Le 4 octobre 2019, conformément au nouvel article IV.58 CDE, l'Ordre des pharmaciens a reconnu dans la déclaration de transaction sa participation à l'infraction, telle que décrite dans le projet de décision de transaction, ainsi que la responsabilité qui en découle, et a accepté l'amende envisagée mentionnée dans le projet de décision de transaction.
22. Le 15 octobre 2019, conformément au nouvel article IV.59 CDE, l'auditeur, après avis de l'auditeur-conseiller, a adopté la présente décision de transaction et a clôturé la procédure à l'égard de l'Ordre des pharmaciens. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

III. Cadre légal et contexte

III.1 Le cadre législatif

III.1.1 L'Ordre des pharmaciens

23. L'Ordre des Pharmaciens a été créé par la loi du 19 mai 1949 et est actuellement régi par l'arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967².
24. Aux termes de l'article 1^{er} de l'arrêté royal précité, il bénéficie de la personnalité civile de droit public et ses organes sont les conseils provinciaux, les conseils d'appel et le Conseil national.

² Arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens, *M.B.* 14 novembre 1967.

25. L'Ordre des pharmaciens comprend tous les porteurs du diplôme légal ou du diplôme étranger légalement reconnu de pharmacien, domiciliés en Belgique, et inscrits au tableau de l'Ordre de la province dans laquelle est situé leur domicile³.
26. Tant en justice que pour stipuler ou s'obliger, l'Ordre des pharmaciens 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'assesseur⁴.
27. Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est chargé d'élaborer les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique⁵. Ce faisant, il doit notamment sauvegarder le caractère non commercial de la profession et prévoir des dispositions à cet effet⁶.
28. Les conseils provinciaux sont chargés de veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et de sanctionner disciplinairement les pharmaciens qui ne les respecteraient pas⁷.
29. Ainsi, par la compétence du Conseil national d'élaborer le Code de déontologie d'une part et des conseils provinciaux et d'appel d'assurer le respect des principes déontologiques d'autre part, l'Ordre des pharmaciens exerce un certain contrôle sur les activités des pharmaciens qui, en cas de non-respect de la déontologie, peuvent encourir des peines plus ou moins sévères, à savoir l'avertissement, la censure, la réprimande, la suspension du droit d'exercer la profession pendant un terme qui ne peut excéder deux années et la radiation du tableau de l'Ordre⁸.

III.1.2 Cadre législatif concernant la publicité pour les médicaments soumis à prescription

30. La loi du 25 mars 1964 concernant les médicaments (M.B. 17 avril 1964)⁹ pose, dans son article 9, le principe suivant lequel la publicité concernant les médicaments soumis à prescription médicale est interdite. Il en va de même pour la publicité concernant des médicaments qui contiennent des substances psychotropes ou stupéfiants au sens des conventions internationales. Une exception est néanmoins prévue pour les campagnes de vaccination.
31. Dans ce cadre, le législateur entend par publicité pour les médicaments « *toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la fourniture, la vente ou la consommation de médicaments* ». Toutefois, certaines pratiques sont expressément exclues du champ de la publicité (voy. le dernier alinéa du § 1er de l'article 9 de la loi concernant les médicaments). C'est le cas notamment des informations relatives à la santé ou à des maladies humaines ou animales pour autant qu'il n'y ait pas de référence, même indirecte, à un médicament.

³ Article 2 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁴ Article 3 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁵ Article 15, § 1 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁶ Article 15, § 1 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁷ Article 6, 2° de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁸ Article 16 de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens

⁹ Les normes belges reprennent en fait les prescriptions présentes dans la directive 2001/83/CE (J.O.U.E. 28 novembre 2001).

III.1.3 Cadre législatif concernant la publicité pour les médicaments non soumis à prescription et les produits de parapharmacie vendus en pharmacie

32. La législation belge autorise la publicité pour les médicaments non soumis à prescription tout en prévoyant des limitations quant à la manière d'effectuer celle-ci¹⁰.
33. De même, la publicité en ligne relative à la vente de médicaments non soumis à prescription médicale est dans son principe, autorisée conformément à la Directive 2001/83/CE. Le législateur belge autorise la publicité en ligne relative à la vente de médicaments non soumis à prescription¹¹, tout en la soumettant aux mêmes règles qui s'appliquent à la publicité concernant les médicaments à usage humain¹²¹³.
34. Par contre, en ce qui concerne les produits de parapharmacie, leur publicité n'a pas fait l'objet d'interdiction ou de restriction spécifique de la part du législateur.

III.2 Le secteur de la pharmacie

35. Le pharmacien est la personne qualifiée et compétente pour délivrer des médicaments, pour répondre à des questions concernant les médicaments, mais aussi pour donner des conseils aux patients concernant les produits de soins et de santé.
36. Les produits vendus par les pharmaciens peuvent être classés en différentes catégories. Pour avoir le statut de « médicament », le produit doit être autorisé ou enregistré comme tel par le Ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, après avis de la Commission scientifique compétente instituée auprès de l'Agence fédérale du Médicament et des Produits de Santé.
37. Les produits vendus par les pharmaciens sont hétérogènes et peuvent être classés parmi les trois catégories suivantes:

¹⁰ L'arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à l'information et à la publicité concernant les médicaments à usage humain, qui complète la loi du 25 mars 1964 précitée, prévoit, dans son article 6, que « *Les médicaments qui, par leur composition et leur objectif, sont prévus et conçus pour être utilisés sans intervention d'un médecin pour le diagnostic, la prescription ou la surveillance du traitement, au besoin avec le conseil du pharmacien, peuvent faire l'objet d'une publicité auprès du public* ». Toutefois, les articles 4, 5, 7 et 8 du même arrêté royal fixent des conditions à la possibilité de faire de la publicité pour les médicaments non soumis à prescription. Ainsi, l'article 4 précise que « *tous les éléments de la publicité faite à l'égard d'un médicament doivent être exacts, actuels et vérifiables* ». L'article 5, lui, énonce plusieurs interdictions quant à la manière d'effectuer de la publicité. Ainsi, il interdit la publicité en faveur des médicaments e.a. par téléphone, SMS, télécopieur, courrier électronique ou publipostage, dans les publications destinées aux enfants, par l'organisation de concours publicitaires, par l'insertion d'encarts détachables ou encore par des dépliants dans les publications. Quant à l'article 7, il interdit la publicité relative à un médicament si elle comporte certains éléments, comme, notamment, un élément qui ferait apparaître la consultation médicale ou l'intervention chirurgicale comme superflue, en particulier en offrant un diagnostic ou en préconisant un traitement par correspondance ou encore un élément qui ferait passer le médicament pour une denrée alimentaire. Enfin, l'article 8 prescrit d'une part que le caractère publicitaire du message doit être évident et que le produit soit clairement identifié comme médicament et d'autre part les informations que doit contenir toute publicité pour les médicaments.

¹¹ Article 29, dernier alinéa de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instructions pour les pharmaciens, *M.B.* 30 janvier 2009.

¹² Voy. Arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à la publicité concernant les médicaments à usage humain.

¹³ Voy. l'article XII.14 du CDE qui dispose « Les publicités qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, sont autorisées, sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession ».

- les médicaments soumis à prescription médicale (remboursés ou non) ;
 - les médicaments non soumis à prescription (OTC) ;
 - les produits de parapharmacie : la parapharmacie comprend des matières ou des compositions, objets et appareils qui ne répondent pas directement à la définition du médicament, et qui ne sont pas enregistrés comme médicament, mais qui peuvent avoir un intérêt thérapeutique ou qui sont nécessaires pour administrer un médicament ou un traitement¹⁴ (les produits destinés à une alimentation spéciale, les édulcorants et sels de régime, les nutriments, les produits de soins pour le corps, les produits destinés à l'hygiène buccale et dentaire, les dispositifs médicaux et biomédicaux, ...¹⁵) ;
38. Lorsqu'un pharmacien souhaite avoir des activités en ligne, il est soumis à toute une série d'impératifs, notamment l'exigence d'informer l'AFMPS et l'Ordre des pharmaciens de la création d'un site internet de vente en ligne, la présence d'un logo sur son site, la mention de toute une série d'informations, notamment l'identité du/des pharmacien(s) titulaire(s), le numéro de téléphone, le numéro de l'autorisation et l'adresse géographique de la pharmacie¹⁶.

III.3 La déontologie des pharmaciens

39. Comme d'autres professions libérales, les pharmaciens sont soumis à des règles de déontologie. Jusqu'en 2005, la déontologie des pharmaciens était constituée de règles et de communications éparses. Le 31 mars 2005, le Code de déontologie pharmaceutique, élaboré et adopté par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 16 décembre 2004 conformément à l'article 15 de l'arrêté royal n° 80 relatif à l'Ordre des pharmaciens, est entré en vigueur. Il a fait l'objet d'une réforme en 2010 afin d'inclure essentiellement des dispositions concernant la vente en ligne.
40. Le Code de déontologie est principalement constitué de deux parties, à savoir les règles essentielles de la profession et les devoirs particuliers du pharmacien. La première partie comprend seize articles et rappelle les principes de la fonction de pharmacien, tels que la collégialité, la confraternité, la dignité, l'honneur, la probité, l'importance de la santé publique. La seconde partie, quant à elle, est composée d'une centaine d'articles énonçant des règles plus précises. Elle est subdivisée en plusieurs parties, à savoir notamment les devoirs du pharmacien envers ses patients, la continuité des soins, la dispensation du médicament, le pharmacien et ses confrères, le pharmacien et la pharmacie, l'information et la publicité, le pharmacien et internet, le pharmacien et les pratiques commerciales. Dans cette seconde partie, on trouve notamment des articles interdisant le démarchage de clientèle, la publicité pour les ristournes et la publicité pour les cartes de fidélité.
41. A côté du Code de déontologie, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a également adopté une série d'avis et de communications. On peut mentionner, à titre exemplatif, la communication du

¹⁴ <http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2>

¹⁵ Pour une liste exhaustive, voir la classification proposée par l'Ordre des Pharmaciens : <http://www.ordredespharmaciens.be/default.aspx?ID=169&lang=2>

¹⁶ Voy. l'article 29 de l'arrêté royal du 21 janvier 2009 portant instruction pour les pharmaciens, *M.B.* 30 janvier 2009.

22 décembre 2014 interdisant l'utilisation de Google AdWords, l'avis du 14 décembre 2017 concernant les pharmacies *drive-in* ou encore la communication du 6 février 2017 concernant les médias sociaux.

IV. Instruction et griefs de l'auditorat

IV.1 Les plaintes

42. Les plaintes à l'encontre de l'Ordre des pharmaciens concernent certaines restrictions contenues dans le Code de déontologie et dans les communications publiées par le Conseil national. Celles-ci limitent la possibilité pour, voire empêchent les pharmaciens de réaliser de la publicité.
43. Ainsi, la plainte de la chaîne de pharmacies Multipharma introduite en 2010 porte tant sur les règles du Code de déontologie concernant la publicité et l'octroi de ristournes jugées restrictives de concurrence que sur l'application de ces règles par les instances disciplinaires. Elle vise plus précisément les articles 15, 78, 100, 101, 103, 104 et 105 qui seraient contraires à l'article IV.1 du CDE (dispositions visant négativement la commercialité), les articles 90, 92 et 99 bis (publicité, interdiction du démarchage), les articles 106 à 109 (limitations à l'octroi de ristournes) et, enfin, les articles 112 à 115 (limitations à l'utilisation de cartes de fidélité). Selon Multipharma, il doit être fait interdiction à l'Ordre des pharmaciens, sous astreinte, de sanctionner les pharmaciens sur la base de ces articles.
44. De même, le groupe de pharmacies V-Pharma a dénoncé, en 2013, les pratiques restrictives de l'Ordre des pharmaciens tant dans sa politique normative que dans l'exercice de sa mission disciplinaire, celle-ci ayant débouché le 5 janvier 2012 sur des sanctions infligées à 28 pharmaciens salariés du groupe, en raison d'une campagne publicitaire (opération [confidentiel]) initiée en 2008-2009 pour promouvoir la vente de produits parapharmaceutiques. L'objectif de cette campagne visait l'octroi de rabais pour certains produits via un toute-boîte dans la région de [confidentiel], via une annonce sur la télévision locale ([confidentiel]) et via des panneaux visibles à l'extérieur de la pharmacie. Les sanctions prononcées concernent l'inéligibilité au Conseil de l'Ordre et, pour certains pharmaciens, avis négatifs concernant leur reconnaissance comme maîtres de stage par l'Université. Selon le plaignant, les règles en matière de publicité figurant dans le Code de déontologie et l'application qui en est faite sont restrictives de concurrence (Ristournes : article 109, alinéa 2 ; Cartes de fidélité, article 115 ; Démarchage de clientèle : article 92 ; règles relatives à l'information : articles 86 à 90).
45. En 2017, la pharmacie B. et [confidentiel] ont déposé une plainte contre l'Ordre des pharmaciens suite à l'interdiction, imposée par l'Ordre, de recourir à Google AdWords, service utilisé pour référencer de manière préférentielle le site en ligne de la pharmacie B. ainsi que l'interdiction de faire toutes sortes de publicités. L'utilisation de Google AdWords est jugée par l'Ordre des pharmaciens comme constitutive de démarchage commercial à caractère publicitaire, interdit en vertu des articles 91, 92 et 93 du Code de déontologie. Le plaignant reproche à l'Ordre d'interpréter et d'appliquer ces dispositions dans ses décisions disciplinaires de telle manière qu'il peut interdire la publicité de manière générale et ce, au nom de la santé publique (éviter la surconsommation), du respect par le pharmacien des principes de dignité, de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité et de dévouement dans l'exercice de sa profession (article 5 du Code), ainsi qu'au nom de la confraternité

(article 105 du Code). En première instance, [confidentiel] a été condamnée à un avertissement tandis qu'elle a fait l'objet d'une réprimande en appel.

46. Enfin, en septembre 2017, Newpharma, pharmacie située à [confidentiel] et active en ligne, a déposé une plainte à l'encontre de l'Ordre des pharmaciens qui a sanctionné la pharmacienne-titulaire pour avoir utilisé le service Google AdWords ainsi que pour avoir organisé une campagne publicitaire. La publicité reprochée consiste, d'une part, en une campagne publicitaire sur le site de [confidentiel] et un spot télévisé en faveur du [confidentiel] et, d'autre part, dans le fait d'avoir toléré l'installation de bannières [confidentiel] sur la page principale du site internet de Newpharma. Le 22 décembre 2016, le conseil d'appel d'expression francophone a condamné [confidentiel] à la sanction de la réprimande.

IV.2 Les griefs reprochés

47. Les griefs reprochés à l'Ordre des pharmaciens sont de deux ordres, à savoir, d'une part, l'adoption, le maintien et la mise en œuvre de dispositions du Code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie et, d'autre part, l'adoption, le maintien et la mise en œuvre par l'Ordre des pharmaciens de dispositions du Code de déontologie et de communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie.

IV.2.1 L'adoption, le maintien et la mise en œuvre par l'Ordre des pharmaciens de dispositions du Code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie.

48. De manière générale, en tant qu'acteur de l'économie, les pharmaciens ont théoriquement à leur disposition une panoplie de pratiques publicitaires : encarts publicitaires dans des journaux, affiches, utilisation de cartes de fidélité, octroi de ristournes, ...
49. Bien que l'article 91 du code de déontologie prévoie explicitement que la publicité personnelle puisse être pratiquée par les pharmaciens¹⁷, l'auditeur constate cependant que la plus grande partie de ces pratiques publicitaires leur sont interdites, par l'adoption, le maintien et la mise en œuvre de certains articles du Code de déontologie par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens. Ces interdictions constituent une restriction grave au jeu concurrentiel qui devrait pouvoir exister entre pharmaciens en ce qui concerne les produits de parapharmacie¹⁸.
50. Les articles du Code de déontologie qui posent problème, car ils interdisent certains types de publicité, quel que soit le type de produits, sont les suivants :

« Article 92. Est considéré comme étant contraire aux règles essentielles de la profession tout démarchage de clientèle.

¹⁷ L'article 91 prévoit que « La publicité personnelle est autorisée dans le respect de la loi et à condition qu'elle ne porte pas préjudice à l'intérêt général en matière de santé publique ou aux règles essentielles de la profession ».

¹⁸ Il n'y a pas de grief à retenir contre l'Ordre en ce qui concerne les médicaments, car la publicité pour les médicaments soumis à prescription est interdite par le législateur et celle pour les médicaments non soumis à prescription est fortement réglementée en vertu d'objectifs de santé publique.

On entend par démarchage de clientèle toute sollicitation, adressée individuellement ou à un groupe spécifique de personnes, qui dépasse la simple information sur la nature de l'activité professionnelle, et ce quels que soient les moyens utilisés ».

« Article 109 al.2. [...] toute forme de publicité pour la ristourne est interdite ».

« Article 115. Les cartes de fidélité sont notamment soumises aux restrictions suivantes :

4° Elles ne peuvent faire l'objet d'aucune forme de publicité ».

51. La définition extrêmement large du « démarchage de clientèle » contenue dans l'article 92 permet à elle seule de bannir l'essentiel des pratiques publicitaires. Les articles 109 al. 2 et 115, 4° constituent en quelque sorte des applications particulières de ce principe général d'interdiction.

IV.2.2 L'adoption, le maintien et la mise en œuvre par l'Ordre des pharmaciens de dispositions du Code de déontologie et de communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie.

52. Grâce au développement de l'internet, les pharmaciens, comme les autres acteurs de l'économie, ont à leur disposition de nouvelles techniques publicitaires. On peut citer, à titre d'exemple, l'utilisation de Google AdWords, l'envoi de newsletters ou d'e-mails, la publicité via les médias sociaux et l'utilisation de bannières sur des sites de tiers. L'Ordre des pharmaciens a d'ailleurs autorisé la vente en ligne¹⁹.
53. Bien que l'article 91 du Code de déontologie prévoie que la publicité personnelle puisse être pratiquée par les pharmaciens, la plus grande partie des pratiques publicitaires en ligne sont interdites par l'adoption, le maintien et la mise en œuvre par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de certains articles du Code de déontologie et de communications. Ces interdictions constituent une restriction grave du jeu concurrentiel qui devrait pouvoir exister entre pharmaciens en ce qui concerne les produits de parapharmacie²⁰.
54. Sont en cause, outre les articles précités dans le grief précédent, l'article 99 bis al. 1^{er} du Code de déontologie, une communication du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens interdisant l'utilisation de Google AdWords et une communication interdisant la publicité sur la page d'un média social d'une pharmacie.

IV.2.2.a L'article 99 bis du Code de déontologie

55. Cet article, introduit dans le Code de déontologie en 2010, énonce dans son premier alinéa :

« L'envoi de courrier électronique dépassant l'information sur la nature de l'activité de la pharmacie doit être considéré comme constituant un démarchage de clientèle ».

IV.2.2.b L'interdiction d'utilisation de Google AdWords

¹⁹ Voy. le chapitre 14 du Code de déontologie

²⁰ Il n'y a pas de grief à retenir contre l'Ordre en ce qui concerne les médicaments, car la publicité pour les médicaments soumis à prescription est interdite par le législateur et celle pour les médicaments non soumis à prescription est fortement réglementée en vertu d'objectifs de santé publique.

56. Le 22 décembre 2014, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a publié sur la partie privée de son site uniquement accessible aux membres (les pharmaciens) une communication énonçant une interdiction générale d'utilisation de Google AdWords, y compris pour les produits de parapharmacie. Cette communication se lit comme suit :

« A la demande du Conseil provincial de Flandre Occidentale, un aperçu a été réalisé de la jurisprudence disciplinaire existante en matière d'utilisation par un pharmacien de Google AdWords.

Deux décisions ont été rendues en cette matière par le Conseil d'appel néerlandophone de l'Ordre des pharmaciens à la même date, à savoir le 15/05/2014.

Les deux affaires concernaient un pharmacien titulaire d'une pharmacie. Un site internet était attaché à cette pharmacie proposant des produits de santé et de soins ainsi que des médicaments non soumis à prescription.

Dans les deux cas, le Conseil d'appel néerlandophone a condamné le pharmacien et a considéré que l'utilisation par un pharmacien de Google AdWords est considérée comme une dérive commerciale. En raison de l'avantage par rapport aux autres pharmaciens que l'on espère en retirer, cette pratique est contraire aux principes de loyauté et de confraternité.

L'utilisation par un pharmacien de Google AdWords n'est pas conciliable avec l'honneur et la dignité de la profession »²¹.

57. Il ressort de l'instruction que, suite à cette communication, la plupart des décisions des instances disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens dans des affaires concernant l'utilisation de Google AdWords ont abouti à des sanctions²².

IV.2.2.c La communication interdisant la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie

58. Le 6 février 2017 a été publiée sur le site de l'Ordre des pharmaciens une communication intitulée « *Les médias sociaux et les pharmaciens* ». Cette communication indique que toute publicité via la page d'un média social de la pharmacie, y compris la publicité pour des produits de parapharmacie, est interdite. Elle énonce plus précisément :

« Page de la pharmacie

Par exemple pour Facebook :

Informations utiles : photo

Nom + adresse

Numéro de téléphone

Adresse e-mail

URL du site de la pharmacie

Heures d'ouverture

Informations concernant les services de garde

Numéro d'entreprise

Cette page sert d'information pour le public. La publicité est hors de question. Toutes les obligations déontologiques applicables à la façade extérieure de votre pharmacie s'appliquent également à votre page de pharmacie ».

²¹ [confidentiel]

²² [confidentiel]

59. Cette communication fait suite à des sanctions adressées à des pharmaciens ayant eu recours à de la publicité sur Facebook, celle-ci ayant été jugée contraire au Code de déontologie²³.

IV.3 Preuves

60. Les preuves couvrent la totalité de la période infractionnelle. Elles comprennent le Code de déontologie, les communications du Conseil national à l'égard de la publicité en ligne et d'autres décisions adoptées par l'Ordre des pharmaciens.

IV.4 Etendue géographique

61. L'Ordre des pharmaciens a vocation à déterminer les règles déontologiques des pharmaciens et à contrôler leur application sur l'ensemble du territoire belge. Les pratiques en cause sont directement en lien avec cette compétence de l'Ordre des pharmaciens. Dès lors, l'étendue géographique des décisions en cause est le territoire belge.

IV.5 Durée

62. L'auditeur dispose de preuves qui démontrent l'existence d'une infraction unique et continue, même si la durée de l'infraction varie selon les griefs concernés.

IV.5.1 Durée du premier grief

63. Les articles 92, 109 al. 2 et 115, 4° du Code de déontologie, qui constituent l'objet du premier grief de l'auditeur, ont été adoptés par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 16 décembre 2004.
64. En 2017, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a décidé d'élaborer un nouveau Code de déontologie et de le compléter par un code commenté conçu comme un outil destiné à compléter les dispositions du code lui-même. Cet instrument, qui se veut vivant et évolutif, visera à éclairer tant les pharmaciens inscrits au tableau de l'Ordre que les membres des instances disciplinaires de l'Ordre. Il constituera un guide permettant l'évaluation des pratiques commerciales visées au regard de la règle de proportionnalité par rapport à l'objectif légitime poursuivi.
65. Le Conseil national a adopté de nouvelles dispositions prévoyant l'autorisation de principe de la publicité et des pratiques commerciales (fidélisation de patientèle, application de ristournes,...) en date du 20 décembre 2018. Des restrictions à ces principes resteront possibles, à condition qu'elles soient nécessaires et proportionnées aux objectifs légitimes poursuivis tels que la défense de la santé publique et de la dignité de la profession.
66. Toutefois, ces nouvelles dispositions n'entreront en vigueur que le 1^{er} janvier 2020. Les dispositions faisant l'objet des griefs de l'auditeur étant toujours en vigueur, l'adoption de nouvelles dispositions du Code de déontologie ne peut pas être considérée comme mettant fin à l'infraction qui continue dès lors de se poursuivre à la date de la décision.
67. Par conséquent, l'auditeur considère que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a commis une infraction continue ayant débuté le 16 décembre 2004 qui se poursuit à la date de la décision.

²³ [confidentiel]

IV.5.2 Durée du second grief

IV.5.2.a Les articles du Code de déontologie

68. En ce qui concerne les articles du Code de déontologie, il y a lieu tout d'abord de renvoyer à ce qui a été dit ci-dessus concernant les articles 92, 109 al. 2 et 115, 4° du Code de déontologie.
69. Quant à l'article 99 bis du Code de déontologie, il a été adopté par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 19 février 2009, tout comme l'ensemble du chapitre 14 du Code de déontologie.
70. Dans la réforme envisagée du Code de déontologie, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens prévoit également de modifier le chapitre 14 du Code de déontologie et de supprimer l'article 99 bis. Ce nouveau chapitre a été adopté en date du 24 janvier 2019.
71. Toutefois, la nouvelle version du Code de déontologie n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 2020. L'article 99 bis du Code de déontologie étant toujours en vigueur, l'infraction continue de se poursuivre à la date de la décision.
72. Par conséquent, l'auditeur considère que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a commis une infraction continue ayant débuté le 16 décembre 2004 qui se poursuit à la date de la décision.

IV.5.2.b Les communications du Conseil national concernant la publicité en ligne

73. Quant aux communications concernant l'utilisation de Google AdWords et la publicité sur la page d'une pharmacie sur un média social visées au second grief, elles ont été adoptées respectivement les 22 décembre 2014 et 6 février 2017 et ont été retirées du site par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens en date du 7 mars 2019. Les infractions ont donc débuté respectivement les 22 décembre 2014 et le 6 février 2017 et ont cessé le 7 mars 2019, date à laquelle les communications ont été retirées du site de l'Ordre des pharmaciens par le Conseil national et ne peuvent ainsi plus être utilisées pour appuyer des décisions disciplinaires des conseils provinciaux et conseils d'appel.

V. Analyse juridique

74. Eu égard aux éléments de preuve, aux faits décrits à la section IV et à la reconnaissance claire et non équivoque de l'Ordre des pharmaciens des faits et de leur qualification juridique, l'auditeur fait l'analyse juridique suivante.

V.1 Définition du marché pertinent

V.1.1 Le marché pertinent des services

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

75. Afin d'analyser la compatibilité de décisions et/ou de règlements édictés par des Ordres professionnels avec les règles de concurrence, les instances compétentes procèdent à l'analyse de la distorsion éventuelle de concurrence sur le marché concerné. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, le marché de produits à prendre en considération comprend tous les

produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés²⁴.

76. Dans sa décision relative à l'Ordre des architectes belges, la Commission a défini le marché des services en cause comme étant le marché des services prestés en Belgique par les architectes soumis au contrôle des instances de l'Ordre, lorsqu'ils agissent en qualité d'indépendant²⁵.
77. Dans sa décision *Labco* à l'encontre de l'Ordre National des Pharmaciens, la Commission a défini le marché en cause comme étant le marché des services d'analyse de biologie médicale en France, soit le marché sur lequel les pharmaciens ont, avec les médecins biologistes, un monopole d'exercice et de gestion²⁶.
78. En 2007, le Conseil de la concurrence avait considéré, dans une affaire impliquant l'Ordre des pharmaciens, que le marché pertinent était celui des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'Ordre, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires²⁷.
79. De manière générale, on remarque que, dans le cadre d'affaires comparables à celle en cause, les marchés concernés ont été définis soit en référence au marché sur lequel les membres d'un ordre professionnel exercent leur activité²⁸, par exemple le marché des services de biologie médicale, soit en référence au marché impacté par le règlement ou la décision, par exemple le marché de la formation obligatoire des experts-comptables²⁹.

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

80. L'auditeur suit les pratiques décisionnelles et la jurisprudence susmentionnées et, en particulier, la décision du 26 octobre 2007 du Conseil de la concurrence. Ainsi, le marché en cause est le marché des services prestés par les pharmaciens d'officine soumis au contrôle de l'Ordre, à l'exclusion des pharmaciens d'hôpitaux, des pharmaciens biologistes et des pharmaciens militaires.

V.1.2 Le marché géographique pertinent

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

81. La Commission a, dans sa décision du 24 juin 2004 concernant l'Ordre des Architectes belges, jugé que la décision de l'Ordre est applicable sur tout le territoire belge. Il est ainsi implicitement considéré que le marché géographique pertinent est le territoire belge³⁰.

²⁴ Point 7 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5)

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

²⁶ Décision de la Commission européenne du 8 décembre 2010, Aff. 39510 – *ONP*, §5.

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

²⁸ TUE, arrêt du 10 décembre 2014, T-90/11 (Ordre national des pharmaciens). Voy. aussi la décision de la Commission dans la même affaire (Décision de la Commission du 8 décembre 2010, *Ordre national des pharmaciens*, affaire 39510, dite « *Labco* »).

²⁹ Voy. notamment, CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, §§ 78-82.

³⁰ Décision de la Commission européenne du 24 juin 2004, COMP/A.38549, *Ordre des architectes belges*, § 101.

82. De manière similaire, dans sa décision concernant les services d'analyse de biologie médicale, la Commission a estimé que le marché géographique concerné était le territoire français sur lequel les pharmaciens et médecins biologistes impactés ont un monopole d'exercice³¹.
83. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt du 18 juillet 2013 concernant le Consiglio nazionale dei geologi, considéré que : « *Une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité. Tel peut être l'effet de la décision d'association d'entreprises en cause au principal dès lors que le droit italien prévoit une appartenance obligatoire, sur l'ensemble du territoire de la République italienne, des géologues à l'ordre professionnel, ce qui implique leur soumission à des règles déontologiques et leur responsabilité disciplinaire pour la méconnaissance à ces règles* »³². Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une décision d'un ordre professionnel à laquelle les membres sont obligés d'appartenir par la législation nationale s'étend à l'ensemble du territoire d'un Etat membre. De même, dans son arrêt du 28 février 2013, la Cour de justice n'a pas contesté la définition donnée par l'AdC qui a estimé, par rapport à un règlement de l'ordre professionnel des experts comptables concernant la formation de ceux-ci, que le marché géographique était le territoire national³³.
84. Dans sa décision du 26 octobre 2007 concernant l'Ordre des pharmaciens, le Conseil de la concurrence a considéré que les normes déontologiques et les communications édictées par l'Ordre des pharmaciens ont un caractère national³⁴.

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

85. L'auditeur suit les pratiques décisionnelles et la jurisprudence susmentionnées et, en particulier, la décision du 26 octobre 2007 du Conseil de la concurrence. Ainsi, dans la mesure où les décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ont vocation à régir l'ensemble du territoire belge, le marché géographique pertinent est le territoire belge³⁵.

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

V.2.1 Introduction

86. Les décisions de l'Ordre des pharmaciens faisant l'objet de l'instruction sont susceptibles de violer les articles IV.1 du Code de droit économique (ci-après : « CDE ») et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») et donc d'entrer dans leur champ d'application.
87. L'article 101 paragraphe 1^{er} TFUE interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.

³¹ Décision de la Commission du 8 décembre 2010, Ordre national des pharmaciens, affaire 39510, dite « Labco », §7.

³² CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, §§ 50-51.

³³ CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, § 23.

³⁴ Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 38.

³⁵ Comp. avec Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 37

88. L'article IV.1. CDE a été rédigé de manière identique à l'article 101 TFUE, à l'exception du fait que l'article IV.1. CDE ne contient pas la condition du commerce entre Etats membres.
89. Par conséquent, outre la condition susmentionnée, toutes les conditions à remplir pour l'application de l'article 101 TFUE le sont également pour l'application de l'article IV.1. CDE.
90. Dans la suite de cette section, seront respectivement abordées les conditions d'association d'entreprises et de décision restrictive de concurrence. Il sera ensuite question de l'application de la jurisprudence Wouters et de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres.

V.2.2 Association d'entreprises

V.2.2.a Principes

91. Tant l'article IV.1 CDE que 101 TFUE interdisent aussi bien les accords anticoncurrentiels et les pratiques concertées que les décisions anticoncurrentielles d'associations d'entreprises. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, ces trois notions d' « accord », de « décisions d'associations d'entreprises » et de « pratique concertée » appréhendent, du point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent³⁶.
92. Le concept d'association d'entreprises n'est pas défini aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE.
93. La Cour de Justice interprète généralement le concept d'association d'entreprises de façon large et qualifie les ordres professionnels³⁷ d'associations d'entreprises. Pas plus la personnalité juridique accordée à une entité que son inscription au registre en tant que société ne constitue un obstacle pour la qualifier d'association d'entreprises. Le cadre juridique dans lequel sont conclus les accords, où sont prises les décisions, ainsi que la qualification donnée à ce cadre par les juridictions nationales, sont également dénués de pertinence s'agissant de l'application de cette notion³⁸.
94. Pour déterminer si une entité constitue une association d'entreprises, il y a lieu tout d'abord de déterminer si les entités qui la composent constituent elles-mêmes des entreprises³⁹. Suivant une jurisprudence constante, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁴⁰. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence également constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné⁴¹.

³⁶ Voy. notamment CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 23 ; CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-382/12 P, MasterCard v Commission, § 63.

³⁷ CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, §§ 56 et 64.

³⁸ Voy. CJUE, arrêt du 30 janvier 1985, C-123/83, BNIC/Clair, § 17 CJUE, arrêt du 18 juin 1998, C-35/96, Commission/Italie, § 40.

³⁹ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 45.

⁴⁰ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 46 et la jurisprudence citée à cet endroit.

⁴¹ Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 47 et la jurisprudence citée à cet endroit.

95. Dans un deuxième temps, il y a lieu de voir si, dans le cadre dans lequel l'entité a agi, elle a, ou non, poursuivi un objectif économique⁴².

V.2.2.b Application au cas d'espèce

96. Conformément à une jurisprudence constante⁴³, de par sa composition et certaines de ses activités, l'Ordre des pharmaciens constitue une « association d'entreprises » au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE.
97. En effet, le pharmacien exerce une activité axée sur l'échange de biens et de services. Il poursuit dès lors de manière durable un but économique.
98. L'Ordre des pharmaciens, quant à lui, est une association professionnelle à laquelle tous ceux qui exercent la profession de pharmacien doivent être légalement inscrits.
99. Si les autorités publiques ont confié certaines missions à l'Ordre, notamment celle de veiller au respect de la déontologie et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité de ses membres et que, ce faisant, l'Ordre ne poursuit pas un but économique mais remplit des tâches légales pour lesquelles il s'est vu accorder une compétence réglementaire par ces autorités, cela n'empêche toutefois pas qu'il constitue une association d'entreprises au sens du droit de la concurrence.
100. Plus précisément, la Cour de cassation a jugé « *qu'une décision d'un organe de l'Ordre qui impose à un ou plusieurs de ses membres des limitations de la concurrence qui ne sont pas nécessaires au maintien des règles fondamentales de la profession mais qui en réalité tend à avantager certains intérêts matériels des pharmaciens ou à instaurer ou à maintenir un régime économique, peut constituer une décision d'association d'entreprises dont la nullité peut être constatée d'office par le conseil d'appel* »⁴⁴.
101. Se basant sur les arrêts de la Cour de Cassation, le Conseil de la concurrence a établi dans sa décision du 26 octobre 2007 que « *une organisation professionnelle telle que l'Ordre doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 2 LPCE, lorsqu'elle adopte des règles qui constituent l'expression de la volonté de représentants des membres d'une profession tendant à obtenir de ceux-ci qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique.[...]. Le Conseil qualifie dès lors l'Ordre des pharmaciens comme une association d'entreprises. L'ensemble des règles faisant l'objet du rapport (dispositions du code, règles, communications) peut également être qualifié comme une ou des décisions d'une association d'entreprises.* »⁴⁵
102. Lorsque l'Ordre des pharmaciens sort du cadre de cette mission d'intérêt général et que ses compétences servent ensuite, que ce soit ou non à dessein, à préserver les intérêts économiques de certains de ses membres au détriment de concurrents, il agit en tant qu'association d'entreprises dont les décisions peuvent être sanctionnées par le droit de la concurrence.

⁴² Voy. notamment CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters, § 50.

⁴³ Voy. notamment Cass., 7 mai 1999, D980013N ; Cass., 25 février 2000, D980041F ; Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1.

⁴⁴ Voy. notamment Cass., 3 janvier 2002, D.00.0024.N/1 et Cass., 2 février 2006, D.04.0020.N/1. Dans un arrêt du 7 juin 2018, la Cour de cassation a explicitement étendu son raisonnement aux décisions des conseils d'appel.

⁴⁵ Cf. décision du Conseil de la concurrence n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, §§ 43 et 44.

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

V.2.3 Décision restrictive de concurrence par objet

V.2.3.a Principes

104. En application des articles IV.1 CDE et 101 TFUE, sont interdits les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur.
105. Selon une jurisprudence constante, le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou » conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord en tenant compte du contexte économique dans lequel il doit être appliqué⁴⁶.
106. Pour déterminer si un accord, une décision ou une pratique concertée révèle un degré de nocivité suffisant à la concurrence de sorte qu'il ne soit pas nécessaire d'en examiner les effets⁴⁷, une attention particulière doit être portée entre autres :
1. à la teneur des dispositions contenues ou mises en œuvre dans cet accord, décision ou pratique concertée ;
 2. aux objectifs que cet accord, décision ou pratique concertée vise à atteindre ;
 3. ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il ou elle s'insère⁴⁸. À cet égard, il convient de prendre en compte la nature des biens ou des services affectés, les conditions réelles de fonctionnement ou encore la structure du ou des marchés en cause⁴⁹.
107. Ainsi, l'aspect anticoncurrentiel d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée peut être déduit non seulement du contenu de ses dispositions mais également de l'intention des parties telle qu'elle ressort de la « *genèse* » de l'accord, décision ou pratique concertée et/ou se manifeste dans « *les circonstances de sa mise en œuvre* » ou encore du « *comportement* » des parties intéressées⁵⁰.

⁴⁶ Cf. arrêt du 30 juin 1966, 56/65, LTM, Rec. p. 337, 359)

⁴⁷ CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB)/Commission, § 49

⁴⁸ Voy. à cet égard, CJUE, arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires (CB)/Commission, § 53 ; CJUE, arrêt du 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League et alii, § 136 ; CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, GlaxoSmithKline/Commission, § 58 ; CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25 et CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07 Beef Industry Development Society et Barry Brothers, §§ 16 et 21.

⁴⁹ Cf. arrêt du 11 septembre 2014, C-67/13 P, Cartes Bancaires/Commission, §. 53 et CJUE, arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., § 43.

⁵⁰ Voy. CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, §§ 23-25. Voy. également CJUE, arrêt du 30 juin 1966, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, C-56/65, § 8 ; arrêt du 28 mars 1984, C-29/83 et C-30/83 CRAM/Commission, § 26 et les conclusions de l'Avocat Général Tizzano du 25 octobre 2005 dans l'affaire. C-551/03 P General Motors, §§ 77-78 (conclusions suivies par la Cour de justice dans son arrêt du 6 avril 2006, C-551/03 P, General Motors/§§. 78-79).

108. Il est de jurisprudence constante qu'un accord (ou décision ou pratique concertée) peut être qualifié de restriction de concurrence par objet même s'il poursuit par ailleurs des objectifs légitimes⁵¹. Ainsi, dans l'affaire *Irish Beef*, la Cour de justice de l'Union européenne a notamment déclaré qu'« *un accord [et par extension une décision ou une pratique concertée] peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes* »⁵². Autre exemple, dans l'affaire *IAZ*, la Cour a déclaré que « *la convention [en cause] a pour objet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, nonobstant le fait qu'elle poursuit également l'objet de protéger la santé publique et de réduire le coût du contrôle de conformité. Cette constatation n'est pas mise en cause par le fait que l'intention de restreindre la concurrence n'a pas été établie à l'égard de toutes les parties à la convention* »⁵³. Dès lors, une fois qu'il est établi sur la base de la teneur des dispositions en cause, des objectifs de l'accord, décision ou pratique concertée et du contexte dans lequel cet accord, décision ou pratique concertée s'inscrit qu'il ou elle a un objet anticoncurrentiel, le fait que cet accord, décision ou pratique concertée poursuive également des objectifs légitimes n'affecte pas sa qualification de restriction par objet.
109. Afin de mettre en œuvre les articles IV.1 CDE et 101(1) TFUE, il n'est pas nécessaire de prendre en compte les effets actuels d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée qui a pour objet d'interdire, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché intérieur. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'effets anticoncurrentiels lorsque l'objet anticoncurrentiel de la conduite en question est démontré⁵⁴. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'affaire *Expedia* « *qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence* »⁵⁵.

V.2.3.b Application au cas d'espèce

i) L'adoption, le maintien et la mise en œuvre de dispositions du Code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie

110. Pour rappel, les interdictions limitant la publicité pour les produits de parapharmacie sont contenues dans les articles 92, 109 al. 2 et 115, 4° du Code de déontologie. Ces articles interdisent respectivement le démarchage de clientèle, la publicité pour les ristournes et la publicité pour les cartes de fidélité.
111. L'article 92 énonce un principe d'interdiction générale de toute forme de démarchage de clientèle, cette notion étant elle-même définie de manière extrêmement large, ce qui interdit aux pharmaciens de recourir à un très large éventail de publicités.

⁵¹ CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, §§ 19-21.

⁵² CJUE, arrêt du 20 novembre 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, § 21. Voy. également CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25.

⁵³ CJUE, arrêt du 8 novembre 1983, C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82 IAZ International Belgium et alii/Commission, § 25.

⁵⁴ Voy. arrêt du 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands et al., §31 ; arrêt du 14 mars 2013, C-32/11, Allianz Hungária Biztosító et al., §§ 28-30 ; et CJUE, arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 et C-519/06 P, GlaxoSmithKline/Commission, § 55.

⁵⁵ CJUE, arrêt du 13 décembre 2012, C-226/11, Expedia, § 37.

112. L'auditeur note à cet égard que la notion de démarchage au sens de l'article 92 et la notion de publicité recouvrent des notions quasi identiques. La directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain définit la publicité pour des médicaments comme étant toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance ou la consommation de médicaments. Cette directive a été transposée dans la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments et l'arrêté royal du 7 avril 1995 relatif à l'information et à la publicité concernant les médicaments à usage humain.
113. L'article 92 du code de déontologie définit le démarchage de clientèle comme étant « *toute sollicitation, adressée individuellement ou à un groupe spécifique de personnes, qui dépasse la simple information sur la nature de l'activité professionnelle, et ce quels que soient les moyens utilisés* ».
114. Il ressort de ces définitions que les notions de publicité et de démarchage recouvrent des notions similaires. Ainsi, l'interdiction du démarchage prévue dans le Code de déontologie revient à interdire presque l'entièreté de la publicité pour tous les produits de santé vendus par les pharmaciens.
115. Les articles 109 al. 2 et 115, 4° énoncent pour leur part des interdictions générales sur des activités spécifiques, la publicité des ristournes ou des cartes de fidélité.
116. Ces articles étant rédigés sous forme d'interdiction générale et portant sur des pratiques essentielles à l'animation du jeu concurrentiel entre pharmaciens⁵⁶, l'objectif poursuivi par l'Ordre des pharmaciens en édictant de telles dispositions est restrictif de concurrence.
117. Or, le Conseil de la concurrence a rappelé, en 2007, que la publicité constitue un élément essentiel de la concurrence et ce *a fortiori* pour les pharmaciens puisque « *le marché des médicaments est encore, du moins partiellement, fortement réglementé et que des entraves (légal)es sont toujours existantes empêchant ainsi le pharmacien de déterminer librement son prix de revente* »⁵⁷.
118. Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que le Code de déontologie va beaucoup plus loin que la législation applicable. En effet, le législateur n'est jamais intervenu à ce jour pour réglementer la publicité des produits de parapharmacie. Il intervient uniquement pour les médicaments, la publicité étant interdite pour les médicaments soumis à prescription et faisant l'objet de limitations pour les médicaments non soumis à prescription. Au contraire, par sa formulation, le Code de déontologie interdit toute publicité pour les ristournes et les cartes de fidélité et, vu l'extension donnée à la notion de démarchage de clientèle, tend à vider de sa substance la latitude laissée par le législateur concernant la publicité pour les produits de parapharmacie.
119. En ce qui concerne plus précisément la publicité pour les ristournes et les cartes de fidélité, il y a lieu de noter que ces formes de publicité sont des éléments essentiels du jeu concurrentiel entre pharmacies, vu l'impact que ces ristournes et cartes de fidélité peuvent avoir sur le prix payé par le consommateur/patient. Dans les faits, l'utilité des ristournes est en pratique annihilée lorsqu'il est impossible de communiquer sur l'octroi de ces ristournes. En effet, si le consommateur n'est pas

⁵⁶Cf. Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007

⁵⁷ Décision du Conseil de la concurrence 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, §66

préalablement informé de l'avantage résultant d'une politique de ristournes, il n'est pas encouragé à acheter les produits les plus avantageux pour lui. Il en résulte une efficacité amoindrie de la ristourne.

120. Vu ces différents éléments, l'auditeur conclut que les articles 92, 109 al. 2 et 115, 4° du Code de déontologie constituent des décisions restrictives de concurrence par objet au sens des articles IV.1. CDE et 101 TFUE en ce qu'ils s'appliquent aux produits de parapharmacie.

ii) L'adoption, le maintien et la mise en l'œuvre par l'Ordre des pharmaciens de dispositions du Code de déontologie et de communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie

121. Pour rappel, sont ici en cause, outre les articles susmentionnés concernant la publicité en ce qu'ils s'appliquent également à la publicité en ligne, l'article 99 bis du Code de déontologie, la communication de l'Ordre des pharmaciens du 22 décembre 2014 concernant l'interdiction de Google AdWords et la communication de l'Ordre des pharmaciens du 6 février 2017 concernant l'interdiction de la publicité via la page d'une pharmacie sur un média social.
122. L'article 99bis du code de déontologie a été adopté en 2009. En assimilant la pratique courante de l'envoi d'e-mails commerciaux à du démarchage, lui-même interdit par l'article 92, l'article contient une interdiction générale de ce type de publicité.
123. En cadrant exagérément un outil de publicité gratuit et aisé à utiliser (en interdisant ce qui dépasse « *l'information sur la nature de l'activité de la pharmacie* »), cette disposition du Code de déontologie a pour objectif de fortement limiter le jeu concurrentiel entre pharmaciens.
124. Il y a lieu de remarquer que le législateur n'interdit pourtant pas la publicité pour les produits de parapharmacie, alors que la publicité est interdite pour les médicaments soumis à prescription et fait l'objet de limitations pour les médicaments non soumis à prescription.
125. En ce qui concerne la communication du 22 décembre 2014 interdisant Google AdWords celle-ci constitue également une décision d'association d'entreprises. Elle a en effet été adoptée par le Conseil national au cours d'une de ses réunions⁵⁸ et a été considérée comme telle tant par les conseils provinciaux que par les conseils d'appel⁵⁹.
126. La communication contient une interdiction générale de l'usage de Google AdWords, qui est une technique publicitaire efficace et nécessaire pour les pharmacies en ligne.
127. En effet, la visibilité d'un opérateur sur un moteur de recherche tel que Google dépend de sa popularité et celle-ci ne peut que rarement être atteinte par simple référencement naturel. Google AdWords est un outil très utile, voire essentiel, pour le développement d'un site de vente en ligne. Or, les sites de vente en ligne sont positifs pour la concurrence puisqu'ils permettent une concurrence accrue notamment par les prix et par la gamme des produits offerts⁶⁰. En outre, Google AdWords, en mettant en avant différents sites de vente en ligne, permet facilement la comparaison par les consommateurs

⁵⁸ [confidentiel]

⁵⁹ [confidentiel]

⁶⁰ Voy. notamment Autorité de la concurrence, Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

des prix proposés par les différents sites. En résumé, comme l'indique l'Autorité française dans son avis du 10 avril 2013⁶¹, Google AdWords est un facteur important d'animation de la concurrence entre les pharmaciens.

128. L'auditeur renvoie également à l'avis n° 13-A-24 de l'Autorité française de la concurrence dans lequel elle a mis en avant les bénéfices du commerce électronique en tant que nouvelle forme de vente puisqu'il permet, outre une baisse des prix, de dynamiser, moderniser et rendre plus visible l'activité professionnelle des pharmaciens, les consommateurs étant mieux informés sur les prix des médicaments vendus en ligne et bénéficiant de la souplesse du commerce électronique en termes d'horaires et de limitation des coûts des déplacements. L'Autorité a insisté sur le fait « *qu'il demeure nécessaire de limiter autant que faire se peut les restrictions réglementaires au développement du commerce en ligne* »⁶². Le déploiement de l'activité des pharmaciens sur internet représente en effet un vecteur d'innovation en termes de services, de diversification de l'offre et d'allègement des coûts qui se traduit par une baisse des prix. Ainsi, en Allemagne, un site internet permet de comparer les prix entre les prix moyens en officine et les prix sur internet du même produit, la différence de prix entre les deux pouvant aller jusqu'à 40% en faveur de la vente en ligne⁶³.
129. En interdisant Google AdWords qui est un des moyens les plus efficaces pour les pharmacies en ligne de faire leur promotion sur internet et de la publicité en ligne alors que le législateur belge n'a pas limité le recours à des techniques publicitaires pour les produits de parapharmacie, la communication du Conseil national de l'Ordre a pour objectif de restreindre la concurrence.
130. Enfin, la communication du 6 février 2017 du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens interdisant la publicité via la page d'une pharmacie sur un média social constitue également une décision d'association d'entreprises. L'auditeur en veut pour preuve d'une part le caractère affirmatif voire impératif de cette communication et d'autre part le fait que cette communication a été adoptée lors d'une réunion du Conseil national avec décision explicite de la publier sur la partie publique du site internet de l'Ordre des pharmaciens et de contacter les unions professionnelles afin qu'elles relaient l'information⁶⁴. Cette communication entraîne une interdiction absolue d'utiliser la publicité via la page d'une pharmacie sur un média social.
131. En interdisant un type de publicité gratuit et aisé à utiliser, cette communication du Conseil national de l'Ordre a pour objectif de limiter le jeu concurrentiel entre pharmaciens alors que celle-ci est déjà amoindrie en raison du fait que ce marché est fortement réglementé.
132. Or, l'auditeur constate que le législateur n'a pas limité la possibilité de réaliser de la publicité pour les produits de parapharmacie. Ainsi, la communication du 6 février 2017 en cause interdit un type de publicité permis par le législateur.
133. Vu ces différents éléments, l'auditeur conclut que l'article 99 bis du Code de déontologie, la communication du 22 décembre 2014 interdisant l'utilisation de Google AdWords ainsi que la

⁶¹ Autorité de la concurrence, Avis n°13-A-12 du 10 avril 2013, § 130.

⁶² Autorité de la Concurrence, Avis n°16-A-09 du 26 avril 2016 relatif à deux projets d'arrêtés concernant le commerce électronique de médicaments, § 51.

⁶³ <http://www.versandapotheckenvergleich.com/versandapotheke-preisvergleich>

⁶⁴ [confidentiel]

communication du 6 février 2017 interdisant la publicité en ce qu'ils s'appliquent aux produits de parapharmacie, constituent des décisions restrictives de concurrence par objet au sens des articles IV.1. CDE et 101 TFUE.

V.2.4 Restriction de concurrence par effets

134. Dans la mesure où l'auditeur considère que les décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens sont des restrictions de concurrence par objet, il est de jurisprudence constante qu'il n'est pas nécessaire de démontrer les effets de ces décisions. L'auditeur tient néanmoins à démontrer que les décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ont eu des effets potentiels et réels.
135. Un certain nombre de décisions disciplinaires imposent des sanctions à des pharmaciens sur base notamment des articles, 92, 99 bis, 109 al. 2, 115, 4° du Code de déontologie. Les instances disciplinaires rendent également des décisions sanctionnant l'utilisation de Google AdWords et la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie. L'auditeur constate que les sanctions prononcées sont graves et peuvent aller jusqu'à la suspension du droit d'exercer la profession durant plusieurs semaines.
136. Par leur vertu d'exemple (et la diffusion/publicité dont elles font l'objet), ces décisions disciplinaires visent non seulement à mettre fin à des pratiques commerciales avérées, mais ont également une influence sur le comportement général des pharmaciens qui évitent d'adopter des comportements qui pourraient être sanctionnés par les instances disciplinaires.
137. L'effet des décisions disciplinaires dépasse donc le cadre strict des cas individuels poursuivis pour impacter les pratiques commerciales de toute la profession des pharmaciens.
138. Dans la mesure où les décisions disciplinaires reposent sur des dispositions du Code de déontologie, qui a été adopté par le Conseil national, les décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ont pour effet de restreindre la concurrence.
139. Ainsi, l'ensemble des restrictions de concurrence par objet constatées ci-avant constituent également des restrictions de concurrence par effet et sont contraires aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE.

V.2.5 Application de la jurisprudence Wouters⁶⁵

V.2.5.a Principes

140. Suivant une jurisprudence constante dont l'origine est à trouver dans l'arrêt Wouters de la Cour de justice de l'Union européenne « *tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et*

⁶⁵ CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Wouters.

à la bonne administration de la justice (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511, point 38). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs »⁶⁶.

V.2.5.b Application au cas d'espèce

141. Pour rappel, les griefs portent sur le Code de déontologie et des communications du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens pour autant qu'ils s'appliquent aux produits de parapharmacie.
142. Selon l'Ordre des pharmaciens, les objectifs poursuivis par le Code de déontologie sont inhérents au rôle assigné à l'Ordre des pharmaciens par le législateur, à savoir notamment la sauvegarde du caractère non-commercial de la profession, la protection de la santé publique et la préservation de la dignité et de la moralité de la profession. Outre ces objectifs généraux, il faut aussi prendre en compte, selon l'Ordre des pharmaciens, des enjeux plus précis tels que la préservation de la qualité de la délivrance et des soins fournis, la lutte contre la surconsommation de médicaments et la sauvegarde de la liberté de choix du patient pour sa pharmacie⁶⁷.
143. Sans se prononcer sur la légitimité des objectifs avancés par l'Ordre des pharmaciens, l'auditeur constate en tout état de cause que les conditions de nécessité et de proportionnalité des mesures par rapport aux objectifs ne sont pas remplies. En effet, ces objectifs pourraient être atteints par des mesures moins préjudiciables que les interdictions générales énoncées dans le Code de déontologie et dans les communications du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens qui ne laissent aucune marge d'appréciation aux instances disciplinaires.
144. Sans se prononcer sur la légitimité des objectifs avancés par l'Ordre des pharmaciens, l'auditeur conclut que les interdictions générales contenues dans les articles 92, 99 bis, 109 al. 2 et 115, 4° du Code de déontologie, la décision d'interdire toute utilisation de Google AdWords et la communication interdisant la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie ne sont en tout état de cause pas proportionnées aux objectifs avancés par l'Ordre des pharmaciens.

V.2.6 Affectation du commerce entre Etats Membres

V.2.6.a Principes

145. En ce qui concerne le rapport entre les droits européen et national de la concurrence, l'article 3 paragraphe 1er du règlement 1/2003 prévoit que, lorsque des autorités nationales de concurrence appliquent le droit national à des accords, des pratiques concertées ou des décisions d'association d'entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, elles doivent également appliquer l'article 101 TFUE⁶⁸.
146. Suivant une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, « la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse

⁶⁶ CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, *Wouters*, § 97.

⁶⁷ [confidentiel]

⁶⁸ Voy. également les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 9.

exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres »⁶⁹.

147. A cet égard, il convient de relever « qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit communautaire soit établie. Il suffit d'établir qu'il est «de nature» à affecter le commerce entre États membres »⁷⁰.
148. Pour que l'article 101 TFUE s'applique, il ne suffit pas qu'il y ait une affectation du commerce entre États membres ; il faut en effet que cette affectation soit sensible⁷¹.
149. Suivant une jurisprudence constante reprise par la Commission dans ses lignes directrices, les ententes couvrant l'ensemble d'un État membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres⁷².

V.2.6.b Application au cas d'espèce

150. Contrairement à ce qui a été décidé par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 26 octobre 2007⁷³, l'auditeur estime qu'il y a une affectation sensible du commerce entre États membres dans la présente affaire. En effet, les décisions en cause couvrent l'ensemble du territoire belge et sont donc normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres⁷⁴. L'auditeur ne voit pas de raison de s'écarter de cette jurisprudence constante, surtout que, dans une affaire concernant un règlement adopté par un organe disciplinaire, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit «*S'étendant à l'ensemble du territoire de l'État membre en question, un règlement tel que le règlement litigieux est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE*»⁷⁵. L'auditeur est d'avis que cette jurisprudence est également applicable en l'occurrence, vu les différences réglementaires parfois significatives entre États membres dans la présente matière, certains États, comme les Pays-Bas, ayant adopté une approche déontologique plus libérale. Ainsi, les normes déontologiques et l'application qui en est faite sont susceptibles de créer une entrave pouvant constituer un élément décisif pour un pharmacien de s'établir ou non en Belgique.
151. Par ailleurs, plusieurs pharmacies, dont la plupart des plaignants, disposent d'un site internet de vente en ligne. Ainsi, leurs produits sont susceptibles d'être vendus dans d'autres États de l'Union européenne. Il y a par conséquent une affectation du commerce entre États membres.

⁶⁹ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 23 et la jurisprudence citée.

⁷⁰ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 26 et la jurisprudence citée.

⁷¹ Voy. les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, §§ 44-57.

⁷² Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, § 78.

⁷³ Décision n° 2007-I/O-27 du 26 octobre 2007, § 41

⁷⁴ Voy. notamment CJUE, arrêt du 18 juillet 2013, *Consiglio nazionale dei geologi contre Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, § 50 et CJUE, arrêt du 19 février 2002, C-309/99, *Wouters*, § 95

⁷⁵ CJUE, arrêt du 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contre Autoridade da Concorrência*, C-1/12, §§ 66-67.

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

152. Les dispositions de l'article IV.1. § 1^{er} CDE et de l'article 101 § 1^{er} TFUE peuvent respectivement être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence⁷⁶.
153. L'auditeur ne dispose d'aucun élément permettant d'affirmer que les infractions retenues rempliraient les conditions cumulatives des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE.
154. Par conséquent, l'auditeur décide qu'il n'est pas satisfait aux conditions des articles IV.1. § 3 CDE et 101 § 3 TFUE dans la présente affaire.

V.4 Notion d'infraction unique et continue

V.4.1 Principes

155. Suivant une jurisprudence constante, une violation de l'article 101 TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, quand bien même un ou plusieurs éléments de cette série d'actes ou de ce comportement continu pourraient également constituer en eux-mêmes et pris isolément une violation de ladite disposition. Ainsi, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble», en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble⁷⁷.

V.4.2 Application au cas d'espèce

156. Les articles 92, 109 al. 2 et 115, 4^o du Code de déontologie, qui constituent l'objet du premier grief de l'auditeur, ont été adoptés par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 16 décembre 2004. Ces articles ont été modifiés dans le cadre de l'adoption d'un nouveau Code de déontologie et ce, en date du 20 décembre 2018. Toutefois, ce nouveau Code ne sera en vigueur qu'à partir du 1^{er} janvier 2020. Par conséquent, l'infraction se poursuit à la date de la décision. Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a donc commis une infraction continue ayant débuté le 16 décembre 2004 et se poursuivant toujours à la date de la décision⁷⁸.
157. L'article 99 bis du Code de déontologie a été adopté par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens le 19 février 2009, tout comme l'ensemble du chapitre 14 du Code de déontologie. Le nouveau chapitre

⁷⁶ Voy. article 101 § 3 TFUE et article IV.1. § 3 CDE

⁷⁷ Voy. CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, Commission européenne contre Verhuizingen Coppens NV, C-441/11, § 41 et la jurisprudence citée.

⁷⁸ Voy. *supra* point IV.5.

14 du Code de déontologie a été adopté en date du 24 janvier 2019 mais ne produira ses effets qu'à partir du 1^{er} janvier 2020. Par conséquent, l'infraction continue a débuté le 19 février 2009 et se poursuit toujours à la date de la décision ⁷⁹.

158. Quant aux communications concernant l'utilisation de Google AdWords et la publicité sur la page d'une pharmacie sur un média social, elles ont été adoptées respectivement les 22 décembre 2014 et 6 février 2017 et ont été retirées du site en date du 7 mars 2019 par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens.
159. Dans la mesure où ces différents griefs peuvent être appréciés comme s'intégrant dans un plan d'ensemble tendant à fortement limiter, voire, dans certains cas, à interdire les principales pratiques promotionnelles pour les produits de parapharmacie, à savoir la publicité commerciale et les ristournes, l'auditeur considère que l'ensemble des griefs retenus, qui, pris isolément, sont chacun constitutifs d'une infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE, constituent une infraction unique et continue aux mêmes articles ayant débuté le 16 décembre 2004 et se poursuivant toujours à la date de la décision.

VI. Sanctions

160. L'article IV.59 CDE prévoit que lorsque les conditions pour une transaction sont remplies, l'auditeur peut prendre une décision constatant l'infraction et l'amende. La décision équivaut à une décision du Collège de la concurrence telle que visée à l'article IV.52 CDE.

VI.1 Lignes directrices applicables

161. Le Comité de direction de l'Autorité belge de la Concurrence a adopté le 26 août 2014 des lignes directrices pour le calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70 § 1^{er} CDE pour infractions aux articles IV.1, § 1^{er} et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE (ci-après « les lignes directrices pour le calcul des amendes »).
162. Ces lignes directrices s'appliquent à partir du 1^{er} novembre 2014 à toutes les affaires pour lesquelles, à cette date, un projet de décision motivé n'a pas encore été transmis au Collège de la Concurrence, à l'exception des dossiers qui font l'objet d'une procédure de transaction et dans lesquels l'Auditeur a déjà communiqué une fourchette d'amendes et pour autant que la procédure de transaction aboutisse effectivement à une transaction⁸⁰.
163. Le point 3 des lignes directrices concernant le calcul des amendes se lit comme suit: « L'Autorité belge de la Concurrence se laissera en principe guider, lors du calcul des amendes pour les entreprises et associations d'entreprises prévu à l'article IV.70, § 1, premier alinéa CDE pour infraction aux articles IV.1, § 1^{er} et/ou IV.2 CDE, ou aux articles 101 et/ou 102 TFUE, par les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe

⁷⁹ Voy *supra* point IV.5.

⁸⁰ Voy. le § 13 des lignes directrices pour le calcul des amendes

2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (Journal officiel 2006/C 210/02) (ci-après : les Lignes directrices de la Commission) ».

VI.2 Calcul de l'amende

VI.2.1 Détermination du montant de l'amende

VI.2.1.a En ce qui concerne le premier grief

164. Pour rappel, le premier grief porte sur l'adoption, le maintien et la mise en œuvre de certains articles du Code de déontologie, à savoir les articles 92, 109 alinéa 2 et 115, 4° du Code de déontologie (interdiction de démarchage et de publicité pour les ristournes et les cartes de fidélité pour les produits de parapharmacie).
165. L'auditeur considère que, vu le principe du délai raisonnable, garanti notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'y a pas lieu d'imposer dans le cas d'espèce, une amende concernant ce grief portant sur des articles existants du Code de déontologie faisant l'objet d'instructions ouvertes depuis 2010 et ce d'autant plus que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est en train de réformer le Code de déontologie en tenant compte des griefs de l'auditeur.

VI.2.1.b En ce qui concerne le second grief

166. Pour rappel, le second grief porte d'une part sur l'adoption, le maintien et la mise en œuvre de certains articles du Code de déontologie et d'autre part sur des communications du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens pour les produits de parapharmacie. Une approche différenciée doit être appliquée selon qu'il s'agit des articles du Code de déontologie ou des communications du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens.
167. En ce qui concerne les articles du Code de déontologie, l'auditeur considère en effet que, vu le principe du délai raisonnable, garanti notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'y a pas lieu d'imposer dans le cas d'espèce, une amende concernant ce grief portant sur des articles existants du Code de déontologie faisant l'objet d'instructions ouvertes depuis 2010 et ce d'autant plus que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens est en train de réformer le Code de déontologie en tenant compte des griefs de l'auditeur.
168. Par contre, une amende doit être infligée en ce qui concerne les avis et communications du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, soit les communications portant sur l'interdiction de Google AdWords et sur l'interdiction de la publicité via un média social.
169. Suivant le paragraphe 13 des lignes directrices, le chiffre d'affaires à prendre en compte pour le calcul des amendes est le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées en Belgique qui est en relation directe ou indirecte avec l'infraction. Lorsque l'infraction est commise par une association d'entreprises et porte sur les activités de ses membres, la valeur de ventes correspond à la somme de la valeur des ventes de ses membres⁸¹.

⁸¹ Article 14 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003

170. Dans ce cas, le chiffre d'affaires concerné par ces infractions correspond au total de la vente de produits de parapharmacie par les pharmacies belges actives en ligne.
171. D'après l'association représentative de ces pharmacies, la FEBOP, le chiffre d'affaires des pharmacies en ligne réalisé en Belgique s'élevait en 2018 à environ 170 millions d'euros⁸². Il peut être estimé qu'environ 80%, soit 136 millions provient de la vente de produits de parapharmacie⁸³.
172. L'auditeur rappelle que le point 37 des lignes directrices de la Commission permet de s'écarter de la méthodologie de fixation des amendes au vu des particularités d'une affaire donnée.
173. L'auditeur estime qu'il est opportun, dans le cadre de la présente affaire, de faire usage de cette possibilité. En effet, l'application de la méthodologie de fixation des amendes conduirait à une amende disproportionnée pour une institution établie par le législateur telle que l'Ordre des pharmaciens.
174. L'auditeur estime que, dans la fixation du montant de l'amende pour ce grief, une série d'éléments doivent être pris en compte :
- a) La nature de l'infraction, à savoir une interdiction générale constituant une restriction de concurrence par objet et ce, tant en ce qui concerne l'interdiction du recours à Google AdWords que l'interdiction de la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie ;
 - b) La durée des infractions, à savoir, pour l'interdiction du recours à Google AdWords quatre ans et deux mois et, pour l'interdiction de la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie, deux ans et un mois ;
 - c) Le fait que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a agi publiquement et non en secret ;
 - e) Le fait que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a pris la décision de réformer le Code de déontologie le 26 janvier 2017 de sa propre initiative ;
 - f) Le fait que le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a adopté en date du 20 décembre 2018 et du 24 janvier 2019, de nouvelles dispositions du Code de déontologie répondant aux griefs de l'auditeur. Ces nouvelles dispositions seront reprises dans le nouveau Code de déontologie et entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

Au vu des éléments précités, l'auditeur estime qu'une amende de [...] euros est opportune.

VI.2.2 Diminution de l'amende en raison de la transaction

175. Conformément à l'article IV.60 § 1^{er} du Code de droit économique, l'auditeur applique dans le cadre de la présente procédure de transaction une réduction de 10%.

VI.2.3 Montant final de l'amende

176. Sur base de l'article IV.60 CDE, le montant final de l'amende appliqué à l'Ordre des pharmaciens qui a accepté de participer à la procédure de transaction, s'élève à 225.000 euros.

⁸² [confidentiel]

⁸³ [confidentiel] et § 199 de l'avis n° 19-A-08 du 4 avril 2019 de l'Autorité française de la concurrence relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée

VI.3 Engagements de l'Ordre des pharmaciens

177. La présente décision fait suite à la déclaration de transaction de l'Ordre des pharmaciens conformément au nouvel article IV.58 CDE dans laquelle l'Ordre des pharmaciens a reconnu sa participation à l'infraction, telle que décrite dans le projet de décision de transaction, et la responsabilité qui en découle. L'Ordre des pharmaciens a également accepté l'amende envisagée mentionnée dans le projet de décision de transaction.
178. Dans sa déclaration de transaction, l'Ordre des pharmaciens a également pris plusieurs engagements.
179. L'Ordre des pharmaciens s'est tout d'abord engagé à adopter, avant la fin de l'année 2019, un Code de déontologie réformé avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 prévoyant l'autorisation de principe de la publicité et des pratiques commerciales telles que la sollicitation de clientèle. Dans ce cadre, il s'est engagé à ce que le recours à un référencement payant et la publicité via un média social fassent également l'objet d'une autorisation de principe tant pour ce qui relève de la publicité personnelle du pharmacien que pour la vente de produits de parapharmacie.
180. L'Ordre des pharmaciens s'est également engagé à adopter, avant la fin de l'année 2019, un Code commenté relatif à la publicité et aux pratiques commerciales destiné à compléter les dispositions du Code de déontologie et à faciliter l'interprétation de ces règles par les pharmaciens et les conseils disciplinaires, dans le respect du droit de la concurrence. A cette fin, l'Ordre des pharmaciens mettra sur pied un arbre de décision permettant d'évaluer une initiative commerciale qui sera distinct pour les médicaments et pour les autres produits. L'Ordre des pharmaciens a précisé, à cet égard, que le code commenté contiendra des précisions à propos des articles 115, 118 et 123 du Code de déontologie. Il sera ainsi précisé que l'article 115 s'applique également au site internet des pharmacies et que l'article 118 devra être interprété comme permettant au patient d'arriver aisément et directement à la page du site recherché sans devoir opérer une seconde recherche sur le site internet de la pharmacie. En ce qui concerne l'article 123, le code commenté devra intégrer des exemples de sites existants répondant à l'obligation de présentation sobre et fonctionnelle.
181. Troisièmement, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à revoir régulièrement le code commenté compte tenu de la pratique décisionnelle des conseils disciplinaires de manière à éviter les interprétations restrictives de concurrence par ceux-ci et à adopter un mécanisme pour que, au moins tous les cinq ans, le Code de déontologie soit évalué et que le besoin d'une réforme du Code de déontologie, notamment au vu de l'évolution de la profession de pharmacien et des marchés des médicaments et autres produits vendus par les pharmaciens, soit envisagé. En outre, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à ce que le résultat de l'évaluation et la teneur des réformes fassent l'objet d'échanges avec l'auditorat sur simple demande de celui-ci.
182. Quatrièmement, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à publier (sur la partie privée de son site uniquement accessible aux membres) la version anonymisée des décisions disciplinaires des conseils provinciaux et des conseils d'appel datant d'après l'entrée en vigueur du Code de déontologie réformé et concernant les dispositions du nouveau Code, pour autant que ces décisions ont force de chose jugée, et ce afin d'augmenter la transparence pour les pharmaciens et les instances disciplinaires et

ainsi de favoriser le développement d'une pratique décisionnelle plus respectueuse du droit de la concurrence.

VII. Conclusion

Pour ces raisons, l'auditeur :

- Constate que l'Ordre des pharmaciens, dont le siège social est situé avenue Henri Jaspar, 94 à 1060 Bruxelles, s'est rendu coupable d'avoir, d'une part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du Code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie et, d'autre part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du Code de déontologie et des communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie, ces comportements constituant une infraction unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE. Cette infraction a débuté le 16 décembre 2004 et est pour certaines des pratiques en question toujours en cours à la date de cette décision.
- Impose en application des articles IV.59 et IV.60 du Code de droit économique une amende administrative de 225.000 euros, à payer suivant les modalités de l'article 2 de l'Arrêté royal du 4 septembre 2013 relatif au paiement et au recouvrement des amendes administratives et astreintes prévues dans le livre IV du Code de droit économique.
- Ordonne que l'infraction susmentionnée prenne fin selon les modalités et le calendrier prévus au point VI.3 de la présente décision et que l'Ordre des pharmaciens s'abstienne de tout comportement ayant le même but ou les mêmes effets.

L'auditeur général conserve son entière liberté pour ouvrir une nouvelle instruction au cas où l'Ordre des pharmaciens ne respecterait pas ses engagements mentionnés au point VI.3 de la présente décision.

Bruxelles, 15 octobre 2019

Anne-Charlotte Prévot
Auditeur