



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 8.12.2010
C(2010) 8952 final

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 8.12.2010

**relative à une procédure d'application de l'article 101
du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**

(Affaire 39510 – ONP)

(Le texte en langue française est le seul faisant foi)

TABLE DES MATIERES

1.	Introduction	5
2.	Le secteur objet de la presente procedure	5
2.1.	Le marché en cause	5
2.2.	Structure du marché	6
2.2.1.	La demande.....	6
2.2.2.	L'offre.....	6
2.2.3.	L'association d'entreprises en cause : l'Ordre national des Pharmaciens.....	12
3.	Cadre légal	16
3.1.	Contrôle de l'ONP sur l'activité des acteurs du marché: gestion du Tableau	17
3.1.1.	L'inscription au Tableau de l'Ordre	17
3.1.2.	La mise à jour de l'inscription au Tableau	18
3.1.3.	La sanction disciplinaire et la radiation du Tableau de l'Ordre.....	19
3.2.	Réglementation applicable à la constitution et à la transformation de SEL	20
3.2.1.	Constitution d'une nouvelle SEL.....	20
3.2.2.	Transformation d'une SEL au cours de sa vie sociale.....	21
3.2.3.	Formes juridiques des SEL.....	21
3.2.4.	Structure juridique des groupes de laboratoires.....	22
3.3.	Les laboratoires peuvent octroyer des ristournes contractuelles.....	23
4.	La procédure	24
5.	le Comportement objet de la presente procedure.....	26
5.1.	Intervention sur les prix de marché.....	28
5.1.1.	Décision de fixer un prix minimum.....	29
5.1.2.	Décisions visant à imposer un prix minimum	29
5.1.3.	Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques	36
5.2.	Décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer	44
5.2.1.	Stratégie planifiée visant à entraver les groupes de LABM	44
5.2.2.	Décisions visant les groupes intégrés de laboratoires.....	47
5.3.	Traitement favorable pour les groupes spécialisés.....	93
5.4.	Dépôt systématique de plaintes disciplinaires.....	95
5.5.	Objectifs économiques poursuivis par l'ONP.....	97
5.5.1.	Deux objectifs économiques complémentaires	97
5.5.2.	Objectifs annoncés.....	98
5.5.3.	Les décisions en cause rentrent dans le champ d'application du droit européen de la concurrence.....	102
5.6.	Conclusion	109
6.	Décisions disciplinaires prises par l'ONP.....	110
7.	Appréciation juridique	111
7.1.	Article 101, paragraphe 1, du TFUE.....	111
7.1.1.	Entreprises et associations d'entreprises	111
7.1.2.	Décisions d'associations d'entreprises	113
7.1.3.	Nature des décisions en cause.....	119
7.1.4.	La notion d'infraction unique et continue	121
7.1.5.	Restrictions de concurrence.....	124
7.1.6.	Affectation du commerce entre Etats membres.....	129
7.1.7.	L'exception établie par l'arrêt "Wouters" ne s'applique pas	130

7.1.8.	L'articulation entre l'arrêt <i>Commission/Italie</i> , dans l'affaire C-531/06, et la présente décision	132
7.1.9.	La justification tirée du "principe de l'indépendance professionnelle" du biologiste	132
7.2.	Les exceptions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ne s'appliquent pas	133
8.	Durée de l'infraction	134
9.	Destinataires de la décision.....	135
9.1.	Principes.....	135
9.2.	Application au cas d'espèce	136
10.	Mesures correctives.....	138
10.1.	Article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003.....	138
10.2.	Article 23 du règlement (CE) n° 1/2003	138
10.2.1.	Observations de la Commission	138
10.2.2.	Observations générales de l'ONP.....	139
10.2.3.	Proportionnalité de l'amende	140
10.3.	Détermination du montant de l'amende.....	141
10.3.1.	Application du point 37 des lignes directrices.....	141
10.3.2.	Gravité de l'infraction.....	142
10.3.3.	Durée.....	144
10.3.4.	Circonstances atténuantes invoquées par l'ONP.....	144
10.3.5.	Montant de l'amende infligée dans le cadre de la présente procédure	146
11.	Conclusion	147

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 8.12.2010

**relative à une procédure d'application de l'article 101
du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne**

(Affaire 39510 – ONP)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité¹, et notamment son article 7, paragraphe 1, et son article 23, paragraphes 2 et 4,

vu la décision de la Commission du 19 octobre 2009 d'ouvrir la procédure dans la présente affaire, conformément à l'article 2, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE²,

après avoir donné à l'association d'entreprises concernée l'occasion de faire connaître son point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément à l'article 27, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 et à l'article 12 du règlement (CE) n° 773/2004,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes³,

vu le rapport final du conseiller-auditeur dans la présente affaire⁴,

considérant ce qui suit:

¹ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. A compter du 1er décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE"). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente décision, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du traité CE. Le TFUE a également introduit certains changements de terminologie, tels que le remplacement de "Communauté" par "Union" et de "marché commun" par "marché intérieur". Lorsque le sens n'est pas modifié, la terminologie du TFUE sera utilisée tout au long de la décision.

² JO L 123 du 27.4.2004, p. 18.

³ JO C 92 du 24.3.2011, p. 12 et 13.

⁴ JO C 92 du 24.3.2011, p. 14.

1. INTRODUCTION

- (1) La présente décision concerne le marché français des analyses de biologie médicale. Elle est adressée conjointement à l'Ordre National des Pharmaciens ("ONP") et à ses organes décisionnels le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ("CNOP") et le Conseil central de la Section G de l'ONP ("CCG").
- (2) L'association d'entreprises et ses organes décisionnels, destinataires de la présente décision, ont pris des décisions ayant pour objet d'imposer des prix minimums sur le marché français des analyses de biologie médicale, et des décisions visant à restreindre le développement des groupes intégrés de laboratoires sur ce marché. La présente décision démontre que ces décisions ont été prises exclusivement dans le but de protéger les intérêts économiques de la majorité des membres de l'ONP.
- (3) Le comportement en cause s'est manifesté au moins à partir du 14 octobre 2003 jusqu'à la notification de la communication des griefs le 21 octobre 2009 aux destinataires de la présente décision, et ne semblait pas avoir cessé à cette date.
- (4) De ce fait, les destinataires de la présente décision ont conjointement commis une infraction unique et continue à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, "TFUE").

2. LE SECTEUR OBJET DE LA PRESENTE PROCEDURE

2.1. Le marché en cause

- (5) Le marché en cause concerne les services d'analyse de biologie médicale en France. Ces services consistent à prélever chez des patients des échantillons de liquides ou tissus biologiques sur lesquels sont exécutées des analyses, dont l'interprétation médicale des résultats a pour but de caractériser l'origine physiopathologique d'une maladie⁵.
- (6) La prestation de ce type de services s'effectue dans différents cadres réglementaires suivant les Etats membres: plusieurs catégories de personnel de santé peuvent effectuer les prélèvements (techniciens, infirmières, médecins) et les analyses peuvent généralement être réalisées soit in situ soit dans d'autres laboratoires, vers lesquels les échantillons sont envoyés.
- (7) Sur le marché français, les pharmaciens et médecins biologistes ont un monopole d'exercice et de gestion qui exclut les autres professions de santé de ce type d'activités, à l'exception des prélèvements et de certaines analyses pour lesquels ces autres professions de santé ont des droits limités⁶. Le cadre juridique pertinent à l'analyse du cas d'espèce est décrit plus en détail au chapitre 3.

⁵ Selon la définition de l'article L 6211-1 du Code de la santé publique ("CSP"), "les analyses de biologie médicale sont les examens biologiques qui concourent au diagnostic, au traitement ou à la prévention des maladies humaines ou qui font apparaître toute autre modification de l'état physiologique, à l'exclusion des actes d'anatomie et de cytologie pathologiques exécutés par les médecins spécialistes de cette discipline".

⁶ Rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales (ci-après « IGAS ») n° 2006-045 d'avril 2006, pp. 36-40.

2.2. Structure du marché

2.2.1. La demande

- (8) Les patients ou les médecins peuvent généralement choisir le laboratoire d'analyse de biologie médicale ("LABM") auprès duquel ils souhaitent réaliser des analyses. Les LABM sont en mesure d'effectuer la plupart des analyses les plus courantes, cependant celles requérant un matériel plus performant sont réalisées dans des LABM de taille plus importante.
- (9) Les analyses peuvent être effectuées soit au sein de laboratoires hospitaliers publics⁷, soit dans des laboratoires privés. Les établissements hospitaliers privés, qui représentent un tiers de la capacité d'hospitalisation en termes de nombre de lits, doivent confier les analyses pour leurs patients soit à des laboratoires hospitaliers publics, soit à des LABM privés indépendants.
- (10) En effet, jusqu'au 15 janvier 2010 la loi interdisait à une structure hospitalière privée de détenir une participation dans un LABM⁸, alors que l'inverse était autorisé et ne semblait pas poser de problème. Cependant, un laboratoire privé pouvait signer un contrat de collaboration avec un hôpital ou avec d'autres LABM, dans le cadre duquel des réductions de prix pouvaient être consenties.⁹

2.2.2. L'offre

2.2.2.1. Les acteurs du marché

2.2.2.1.1 Pharmaciens et médecins biologistes

- (11) En France, la biologie médicale est exercée principalement par des pharmaciens: plus de 70% des directeurs de LABM sont pharmaciens biologistes¹⁰. Ceci explique le rôle prépondérant joué par l'ONP dans la biologie médicale, même si l'Ordre des Médecins exerce un contrôle symétrique sur les médecins biologistes.

2.2.2.1.2 LABM

- (12) Les analyses de biologie médicale ne peuvent être effectuées que dans les laboratoires d'analyses de biologie médicale sous la responsabilité de leurs directeurs et directeurs adjoints¹¹.
- (13) Les laboratoires d'analyses de biologie médicale en France sont souvent de petite taille, puisque près de 50 % ont un chiffre d'affaires inférieur à 1,5 million EUR, et 30% fonctionnent sous forme d'entreprises individuelles¹². Très majoritairement polyvalents, ces LABM privés cohabitaient avec environ 1300 laboratoires hospitaliers spécialisés en 2006¹³. Cette structure de marché résulte à la fois des

⁷ Article L 6211-8 alinéa 4 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

⁸ Article R6212-83 du CSP, abrogé par l'Ordonnance N° 2010-49 du 13 janvier 2010.

⁹ Article L6211-6 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

¹⁰ Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, Etudes et Résultats N° 438 (Oct. 2005). 76% d'après le rapport IGAS op.cit., p1/7.

¹¹ Article L6211-1 du CSP.

¹² Rapport IGAS, op.cit., p. 84

¹³ Id.

restrictions légales au ramassage des prélèvements (voir considérant (29)), qui imposent que l'essentiel des analyses soient effectuées sur le même lieu que le prélèvement et définissent ainsi le cadre d'un « modèle de proximité » territoriale, et du fait que les professionnels actifs sur le marché privilégient un exercice en entreprise individuelle.

2.2.2.1.3 Groupes intégrés de laboratoires

- (14) Plusieurs groupes de LABM sont actifs sur le marché français. Le plus important d'entre eux par le chiffre d'affaires, "XY", est un groupe européen de LABM ayant une forte présence en France ([...] LABM) et en [...] ([...] LABM), mais également actif sur les marchés [...] et [...]. Le chiffre d'affaires du groupe est estimé à [...] millions EUR. La société holding "XY" SAS (société par actions simplifiée) gère les participations dans les sociétés filiales, elles-mêmes directement actives sur le marché des analyses de biologie médicale.
- (15) En France, ces filiales sont des sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires (ci-après « SEL »¹⁴), dans lesquelles "XY" SAS prend des participations minoritaires. Ces SEL prennent à leur tour des participations majoritaires dans d'autres SEL. Cette structure juridique du groupe est due à ce que la loi française impose que la détention du capital d'une SEL soit limitée à 25% pour des personnes qui ne sont pas des professionnels en exercice dans la société¹⁵, et qu'une SEL ne peut détenir des participations dans plus de 5 LABM¹⁶.
- (16) Les prises de participation par "XY" permettent d'injecter des capitaux dans les LABM afin de leur donner les moyens d'investir dans du matériel plus performant, pour réaliser des économies d'échelle et développer leur gamme de services, en proposant des tests plus sophistiqués, plus rapides ou de meilleures conditions commerciales aux hôpitaux clients. Les pharmaciens et/ou médecins biologistes actionnaires des SEL sont également actionnaires de "XY" SAS.
- (17) "XY" s'est développé en France à partir de 2002 et a présenté son projet de développement à l'ONP début 2003¹⁷. En réponse, l'ONP a émis en avril 2003 un avis défavorable au développement du groupe "XY", motivé par des considérations « déontologiques »¹⁸. Cette position a été réitérée depuis à de nombreuses reprises dans la presse spécialisée¹⁹.
- (18) Un autre groupe européen de LABM ayant une forte présence en France est "YZ" (Groupe G). "YZ" compte [...] laboratoires et est actif dans [...] pays européens: [...], [...], [etc.]. Son chiffre d'affaires pour 2007 est de [...] millions EUR²⁰.
- (19) Un autre groupe également présent en Europe et en France, notamment sur le marché des analyses de biologie médicale, est la holding financière "ZZ", dont les

¹⁴ Art. R 6212-72 du CSP, en application de la loi n° 90-1258.

¹⁵ Art. R 6212-82 du CSP (art. 11 du décret n° 92-545 limitant les dispositions de la loi n° 90-1258 pour les LABM).

¹⁶ Art. R 6212-85 du CSP (art. 11 du décret n° 92-545).

¹⁷ Voir [...], réponse de l'ONP à ce courrier.

¹⁸ [...].

¹⁹ [...].

²⁰ [...].

participations couvrent [...]: [...], [...], [...], [...], [...]²¹. "ZZ" est, par le biais de ses participations financières, [...] avec [...] salariés qui interviennent avec [...] praticiens libéraux, dans plus de [...] établissements et centres en France.²²

2.2.2.1.4 Groupes spécialisés

- (20) Deux groupes de laboratoires se distinguent sur le marché, "BI" et "BJ", dans la mesure où ils proposent une gamme de services très différente de la majorité des autres LABM actifs sur le marché²³. Ces deux groupes se concentrent sur la biologie médicale spécialisée, pour laquelle des plateaux techniques, du personnel spécialisé et des agréments spécifiques sont nécessaires. Ces deux groupes exploitent des laboratoires en Europe et en France, mais ne sont pas en concurrence avec l'immense majorité des LABM présents sur le marché français dans la mesure où l'essentiel de leur activité se concentre sur les analyses que les autres LABM ne réalisent généralement pas.
- (21) "BJ", qui exploite [...] de laboratoires en France et en Europe, est [...] sur le marché français de la biologie spécialisée. Le groupe réalise un chiffre d'affaires de [...] EUR en 2008²⁴. L'actionnaire principal et majoritaire de "BJ" est depuis octobre 2008 la société [...] "BK" (via les laboratoires "BL", société de laboratoires de biologie médicale [...]).
- (22) "BI" est également [...] dans le marché de la biologie spécialisée, et exploite [...]. Sa part de marché est estimée à [...]%, avec un chiffre d'affaires 2006 estimé à [...] millions EUR, après l'acquisition du [...]. L'actionnaire qui contrôle BI est la société [...] "BM"²⁵. Comme "BJ", ce laboratoire intervient essentiellement pour le compte de LABM ou d'hôpitaux, sans contact direct avec les patients donc sans rentrer en concurrence avec l'essentiel des LABM actifs sur le marché des analyses de biologie médicale.

2.2.2.2. Situation sur le marché

2.2.2.2.1 Aspects économiques

- (23) Le marché européen des analyses de biologie médicale est estimé à environ 25 milliards EUR. En 2008, le marché français était estimé à plus de 6 milliards EUR²⁶, dont 4,4 milliards EUR étaient réalisés par les LABM privés (hors chiffre d'affaires résultant des analyses effectuées pour le compte d'hôpitaux publics réalisé par les hôpitaux publics).

²¹ [...].

²² [...].

²³ Les laboratoires spécialisés se distinguent de la majorité des laboratoires, qui sont de taille nettement plus réduite, par leur positionnement sur des créneaux de haute technicité, l'étendue de leur offre d'examen et leur sphère géographique d'intervention (les restrictions légales à la transmission d'échantillons ne sont pas applicables pour certaines analyses très spécialisées – voir Art. L6211-5 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010).

²⁴ [...].

²⁵ Communiqué de presse d'"BM" du [...]. [...]

²⁶ Valeur en 2003 pour le marché français. Voir rapport de la Cour des Comptes, La Sécurité sociale, Direction des journaux officiels, Paris, septembre 2005, p.56. Marché européen: estimations de la DG Concurrence.

- (24) Les prix des tests d'analyse de biologie médicale les plus fréquents sont jusqu'à deux à trois fois supérieurs sur le marché français à ceux constatés dans d'autres Etats membres²⁷. Ces prix sont fixés par l'Etat français en ce qui concerne les analyses remboursables²⁸, mais pouvaient jusqu'au 15 janvier 2010 faire l'objet de réductions dans le cadre de contrats entre LABM et hôpitaux ou organismes publics d'assurance maladie. En ce qui concerne les prix des analyses non remboursées réalisées dans le cadre de la médecine du travail, les prix sont librement négociables.
- (25) Les entreprises actives sur le marché français des analyses de biologie médicale sont très rentables : la rentabilité économique des 303 sociétés les plus importantes du secteur est plus de trois fois supérieure à celle de la moyenne des entreprises françaises²⁹. De plus, les biologistes directeurs de laboratoire ont en moyenne un revenu net double de celui des médecins spécialistes dans de nombreux pays européens : d'après la Cour des Comptes, le revenu net moyen par biologiste était de 194 000 EUR en 2004.³⁰

2.2.2.2 Fragmentation de l'offre et économies d'échelle

- (26) Le nombre de biologistes français s'élevait en 2006 à 10 500, donnant à la France la plus forte densité de biologistes par habitant (16,5 pour 100 000 habitants pour une moyenne au sein de l'UE de 5,8)³¹.
- (27) Environ 3900 LABM privés (hors laboratoires hospitaliers) sont actifs en France³² contre, à titre d'exemple, environ 200 en Allemagne. D'autre part, le marché français représente près de 25% du marché européen des analyses de biologie médicale, alors que les dépenses de santé sur ce marché comptent pour environ de 18% des dépenses de santé en Europe. La forte atomisation des LABM sur le marché français rend difficile la réalisation d'économies d'échelle, qu'un groupe intégré de LABM peut mettre en œuvre dans le cadre de la législation actuelle.
- (28) Dans ce contexte, un groupe intégré de LABM représente pour la majorité des LABM individuels un risque concurrentiel important. En effet, un groupe intégré est mieux à même qu'une structure de taille plus petite de mobiliser rapidement des ressources humaines et financières destinées par exemple à améliorer les procédures de contrôle de la qualité, à investir dans des technologies plus performantes (par des achats de matériel groupés), à offrir des prix attractifs, à élargir la palette de services ou à augmenter leur rapidité³³.

²⁷ Rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales (ci-après « IGAS ») n° 2006-045, avril 2006, p.50

²⁸ Ces prix sont négociés annuellement entre l'Assurance maladie et les syndicats de biologistes, et publiés par l'Etat dans la Nomenclature des Actes de Biologie Médicale. Ces prix correspondent au montant que l'Assurance maladie rembourse pour chaque type d'analyse.

²⁹ Rapport IGAS op.cit., p.22.

³⁰ Rapport de la Cour des Comptes, La Sécurité sociale, précité, p. 59 ; Rapport IGAS, pp. 18-22, d'après des données de la Direction Générale des Impôts; Rapport de NERA Economic consulting pour le Department of Health du Royaume-Uni : Comparing physician's earnings (Mai 2004).

³¹ Id.

³² Rapport IGAS op.cit., p.6.

³³ M. Ballereau dans son Rapport sur un projet de réforme de la biologie médicale du 23 septembre 2008, réalisé pour le Ministère de la Santé français, note que « la structure des laboratoires français de biologie médicale n'a pas progressé aussi vite que l'évolution des connaissances scientifiques et des technologies l'aurait exigé et certains ont une activité trop faible pour être solides et capables de s'adapter aux techniques d'analyses les plus modernes » (p. 2).

- (29) Compte tenu du contexte légal, le développement d'un groupe intégré n'a pas d'impact sur l'implantation physique des laboratoires. En effet, la législation française exclut les regroupements de LABM sur un seul site car le ramassage de prélèvements sur des sites distincts de celui du LABM dans lequel les analyses sont réalisées est interdit dans la majorité des cas³⁴, bien que d'après un rapport des services du Ministère de la Santé français « *les limites ainsi instaurées (...) ne répondent à aucun objectif clair de qualité et ne précisent pas non plus les conditions techniques de transmission, alors que celles-ci sont essentielles* »³⁵. Le développement de groupes ne remet dès lors pas en cause le « modèle de proximité » défini par les dispositions légales.
- (30) Les prix des analyses de biologie médicale, qui sont fixés par l'administration française, doivent intégrer le fait que, en l'absence de consolidation, de nombreux petits LABM traitant des volumes d'analyses faibles pourraient ne pas être viables économiquement avec des prix plus bas³⁶.
- (31) L'investissement dans des plateaux techniques de laboratoires de pointe permet de baisser fortement les coûts de revient unitaires des analyses et d'améliorer la rapidité, la qualité et la gamme des services, ce qui peut avoir un impact significatif sur la qualité des services rendus aux patients. L'automatisation et la consolidation des postes et autres synergies peuvent améliorer l'efficacité économique globale d'un laboratoire et diminuer les coûts de ses services. Par exemple, une étude chiffre à environ 33% la réduction des coûts unitaires de production pour un laboratoire clinique hospitalier³⁷.
- (32) L'automatisation peut aussi augmenter la rapidité des services rendus par les laboratoires. Dans un cas qui a été analysé en France "*les délais de rendus des résultats ont été améliorés dans tous les cas de figure, aussi bien pour les services d'urgence, de réanimation, de médecine, etc. quels que soient les horaires et les paramètres demandés (biochimie, immunoanalyse)*"³⁸. Une autre étude montre qu'avec l'automatisation, l'amélioration globale des délais pour les tests de laboratoire est d'environ 35% et, dans certains cas, le délai peut être deux fois plus court³⁹. Enfin, plusieurs études illustrent dans quelle mesure l'automatisation permet de réduire considérablement le taux d'erreur de l'hématologie et de la chimie⁴⁰. De plus, les économies générées par l'automatisation permettent de développer de nouvelles techniques et méthodes analytiques au service des cliniciens et des patients⁴¹.

³⁴ Article L6211-5 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

³⁵ Rapport IGAS op.cit., pp. 39-40.

³⁶ Rapport IGAS, op.cit, pp. 4/7 et 71 : « Un certain nombre de petits LABM (entre 1000 et 1500) ne paraissent pas en mesure de s'améliorer, faute de moyens suffisants: il s'agit essentiellement de petits LABM qui n'ont qu'un seul directeur et qui soit devraient rejoindre d'autres structures, soit cesser leur activité ».

³⁷ Markin et Whalen, "Laboratory Automation: Trajectory, Technology and Tactics", *Clinical Chemistry* 46:5, p. 764-771 (2000), p. 768.

³⁸ Talec et Bouige, "Expérience d'automation et de consolidation en biochimie et immunoanalyse au Groupe Hospitalier du Havre", *Spectra Biologie* n° 156, décembre 2006, p. 54.

³⁹ "BN", communiqué de presse du 23 juin 2005.

⁴⁰ Markin et Whalen, op.cit. *Clinical Chemistry* 46:5, p. 764-771 (2000), p. 769.

⁴¹ Talec et Bouige, op.cit., p. 55.

2.2.2.2.3 Qualité des services

- (33) La qualité des services d'analyse de biologie médicale peut faire l'objet d'un contrôle direct par les services de l'Etat français, par le biais de vérifications des résultats d'analyses sur un échantillon de LABM. Cependant, s'agissant du domaine de la santé, même une faible proportion de défauts majeurs de qualité n'est pas acceptable. Dès lors, le contrôle de la qualité des services de LABM implique prioritairement le suivi de procédures qualité strictes, codifiées dans des normes (telles que les normes du guide de bonne exécution des analyses – GBEA)⁴² ou les normes EN ISO 15189⁴³) et, le cas échéant, la certification du respect de ces normes par un organisme accrédité.
- (34) D'après un rapport d'une Direction du Ministère de la santé français, l'Inspection Générale des Affaires Sociales (ci-après « l'IGAS »), la qualité de la réalisation des analyses semble poser problème, en particulier pour les petits LABM. Par exemple, la norme GBEA, obligatoire depuis 1994, n'était appliquée en 2005 que par 30% des LABM et ce seulement depuis une période récente 39% des biologistes libéraux seulement ont participé à la formation continue en 2003 « *bien qu'il s'agisse d'une obligation déontologique et conventionnelle financée par l'assurance maladie* », et entre 5 et 13% des LABM ne se soumettent pas au contrôle national de qualité⁴⁴.
- (35) Le rapport précité de l'IGAS révèle que les erreurs professionnelles graves constatées par la commission du contrôle de la qualité sont en majorité le fait de petits laboratoires ayant moins de 1,5 biologiste en équivalent temps plein et une activité faible⁴⁵. Or, d'après le rapport, « *Les Ordres sanctionnent rarement les manquements à la qualité* »⁴⁶. Selon ce rapport, les très nombreux (30% en 2004) petits laboratoires français ayant un seul directeur ont un mode de fonctionnement « *peu compatible avec un fonctionnement de qualité et un maintien suffisant des compétences* »⁴⁷.
- (36) D'après ce même rapport, les groupes ou regroupements de LABM sont considérés comme étant mieux en mesure de mettre en œuvre l'application systématique des procédures de contrôle qualité⁴⁸ : « *une évolution est nécessaire vers le regroupement des laboratoires, en termes de ressources humaines, de plateaux techniques et de moyens financiers. C'est dans les structures ayant une certaine dimension qu'il est réaliste de faire un projet médical, un projet qualité et d'organiser le développement de l'informatique* »⁴⁹. En effet, un groupe est mieux à même de mobiliser rapidement des ressources humaines et financières destinées à améliorer les procédures de contrôle de la qualité qu'un LABM individuel.

Observations de l'Ordre national des pharmaciens et commentaires de la Commission

⁴² Le guide de bonne exécution des analyses.

⁴³ La norme EN ISO 15189 spécifie les exigences de qualité et de compétences propres aux LABM.

⁴⁴ Rapport IGAS, op.cit., p. 4/7.

⁴⁵ Rapport IGAS, op.cit., p. 61. Cette constatation est reprise dans le rapport Ballereau de 2008 (cité en note de bas de page 34), qui relève que « la structure des laboratoires français de biologie médicale n'a pas progressé aussi vite que l'évolution des connaissances scientifiques et des technologies l'aurait exigé et certains ont une activité trop faible pour être solides et capables de s'adapter aux techniques d'analyses les plus modernes » (p.11).

⁴⁶ Rapport IGAS, op.cit., p. 68.

⁴⁷ Rapport IGAS op.cit., p. 35.

⁴⁸ Rapport IGAS, op.cit., p. 7/7.

⁴⁹ Rapport IGAS, op.cit., p. 84.

- (37) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP avance qu'un autre rapport plus récent et émanant de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS) contredirait les constatations de l'IGAS concernant la qualité⁵⁰. Cet argument est dénué de fondement. Le document cité par l'ONP est très court (8 pages contre 161 pages pour le rapport IGAS) et présente les résultats d'une simulation rétrospective sur un échantillon de données antérieures au rapport IGAS, qui constate par ailleurs que 6% des résultats d'analyses seraient mauvais. Cette simulation vise à mettre en place un indicateur permettant d'identifier les laboratoires dont les résultats d'analyses sont anormaux.
- (38) L'ONP a également avancé lors de l'audition que des groupes européens de laboratoires ne porteraient qu'un intérêt limité à la qualité, sans apporter d'autres preuves à l'appui de ses affirmations qu'une série de six photos prises dans un seul laboratoire qui, d'après l'ONP, ferait partie d'un groupe européen. En l'absence de données plus sérieuses à l'appui de ces assertions, comme des séries statistiques par exemple, cet argument ne saurait être accueilli favorablement. De plus, comme l'ONP le constate au point 159 de ses observations sur la communication des griefs, « *le contrôle de la qualité des analyses relève d'une compétence exclusive des autorités de l'Etat* ».

2.2.3. L'association d'entreprises en cause : l'Ordre national des Pharmaciens

2.2.3.1. Membres de l'Ordre national des pharmaciens

- (39) L'ONP est une association professionnelle instituée par une ordonnance du 5 mai 1945⁵¹, qui regroupe tous les pharmaciens exerçant une activité professionnelle sur le marché en cause. Les pharmaciens sont tous membres de l'ONP et ont comme obligation légale d'être inscrits au tableau de l'ONP pour exercer une activité professionnelle en France. La qualité de membre de l'association est définie par le législateur principalement par rapport à l'ONP, et à titre secondaire par rapport aux sections de l'ONP ou à ses instances dirigeantes.
- (40) Ainsi, la qualité de membre de l'association est principalement définie par l'article L4221-1 du Code de la Santé Publique (ci-après "CSP") qui dispose que « *Nul ne peut exercer la profession de pharmacien (...) s'il ne réunit les conditions suivantes (...) 3° Être inscrit à l'ordre des pharmaciens* », et par l'article L4231-1 du CSP qui énonce que « *L'ordre national groupe les pharmaciens exerçant leur art en France* »⁵².
- (41) Par ailleurs, le législateur précise la qualité de membre par rapport aux différentes sections de l'ONP à l'article L4232-1 du CSP : « *L'ordre national des pharmaciens comporte « sept » sections dans lesquelles les pharmaciens sont répartis de la manière suivante (...) Section G. –Pharmaciens biologistes exerçant dans les laboratoires d'analyses de biologie médicale publics ou privés* ».
- (42) En 2008, l'ONP comptait 72716 professionnels en exercice, dont 8015 (10,8%) biologistes de tous secteurs dans la section G. Sur 8004 professionnels en exercice en

⁵⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 36.

⁵¹ Ordonnance du gouvernement provisoire de la République française n° 45-919 du 5 mai 1945.

⁵² L'article L4221-10 du CSP, qui précise les conditions d'exercice pour des personnes ne pouvant justifier des conditions de nationalité reprises à l'article L4221-1 du CSP, énonce également que « Les intéressés sont inscrits au tableau correspondant de l'ordre national des pharmaciens » (soulignement ajouté).

2007, 5188⁵³ pharmaciens biologistes exerçaient comme directeurs ou directeurs adjoints de laboratoires privés et 2528 au sein d'hôpitaux publics. D'autre part, les statistiques de l'ONP recensaient en 2009 2648 structures d'exploitations distinctes pour les laboratoires privés, dont 2583 dans lesquelles au moins un pharmacien biologiste était associé au capital⁵⁴.

- (43) En ce qui concerne les sociétés d'exercice libéral, qui sont des personnes morales au travers desquelles les pharmaciens biologistes peuvent exercer une activité sur le marché en cause, celles-ci doivent être inscrites au Tableau de l'Ordre et régler une cotisation annuelle, au même titre que les pharmaciens. A ce titre, ces personnes morales sont également membres de l'ONP.

2.2.3.2. Activités et missions de l'ONP

- (44) L'ONP est un ordre professionnel auquel l'Etat français délègue quatre missions principales qui définissent sa mission de service public. Dans le cadre de cette mission, l'ONP dispose de pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché par le biais des pouvoirs disciplinaires délégués par l'Etat, dans le but de faire respecter les règles déontologiques inscrites dans le CSP.

- (45) L'article L 4231-1 du CSP dispose ainsi que: *«L'Ordre national des pharmaciens a pour objet : 1° D'assurer le respect des devoirs professionnels ; 2° D'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession; 3° De veiller à la compétence des pharmaciens; 4° De contribuer à promouvoir la santé publique et la qualité des soins, notamment la sécurité des actes professionnels.»* [mission rajoutée fin 2005]⁵⁵ *L'ordre national des pharmaciens groupe les pharmaciens exerçant leur art en France*⁵⁶.

- (46) Aux fins de l'accomplissement des missions mentionnées au considérant 45, la loi française dote l'ONP de pouvoirs de contrôle et de sanction sur les personnes physiques et morales exerçant une activité liée à la profession de pharmacien, et en particulier celle de pharmacien biologiste. Le périmètre et les modalités d'exercice de ces pouvoirs sont décrits plus en détail au chapitre 3.

- (47) Cependant, rien dans la loi n'oblige l'ONP à agir en toute circonstance dans l'intérêt général et la loi prévoit même explicitement que l'instance dirigeante de l'ONP, son Conseil national, peut poursuivre des objectifs propres à la collectivité de ses membres: *«le conseil national gère les biens de l'ordre et peut créer ou subventionner des œuvres intéressant la profession pharmaceutique⁵⁷»* et *«peut s'occuper sur le plan national de toutes les questions d'entraide et de solidarité professionnelle et notamment des sinistres et des retraites»*.⁵⁸

⁵³ D'après les informations fournies par l'ONP lors de l'audition, ce chiffre est de 5200 pour 2008.

⁵⁴ Réponse du 5 mars 2010 de l'ONP à une demande de renseignements en vertu de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003. Ces chiffres sont: 2820 structures d'exploitations distinctes, dont 2755 ayant au moins un pharmacien au capital, pour l'année 2008. ONP, Rapport d'Activité 2008, p.6. ONP, Rapport d'Activité, 2007. Article 5 de la loi n° 90-1258 et article R6212-85 du CSP.

⁵⁵ Article L 4231-1 du CSP.

⁵⁶ Soulignements ajoutés.

⁵⁷ Article L4231-7 du CSP (ancien article L 4233-4 du CSP).

⁵⁸ Article L 4231-2 du CSP.

2.2.3.3. Code de déontologie des pharmaciens

- (48) Les pharmaciens, à l’instar des autres professions de santé en France, sont soumis à un Code de déontologie⁵⁹ qui est inscrit dans le CSP. Les dispositions de ce code s’imposent à tous les pharmaciens et sociétés d’exercice libéral inscrits à l’un des tableaux de l’ONP⁶⁰.
- (49) La plupart des décisions ici en cause font référence au Code de déontologie et en particulier aux articles mentionnés aux considérants 50 à 53, dont certains sont cités *in extenso* pour faciliter la lecture de la présente décision. Le recours par l’ONP à ces articles du Code de déontologie à des fins anticoncurrentielles est analysé en détail aux chapitres 5.1, 5.2, 5.3 et 5.4.
- (50) En ce qui concerne la défense de l’indépendance professionnelle, l’article R 4235-3 du CSP⁶¹ dispose que *“Le pharmacien doit veiller à préserver la liberté de son jugement professionnel dans l’exercice de ses fonctions. Il ne peut aliéner son indépendance sous quelque forme que ce soit (...)”* et l’article R4235-18 du CSP⁶² que *“le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, commerciale, technique ou morale ou de quelque nature que ce soit qui serait susceptible de porter atteinte à son indépendance professionnelle dans l’exercice de sa profession, notamment à l’occasion de la conclusion de contrats, conventions ou avenants à objet professionnel”*.
- (51) De même, pour chaque profession de santé, un article du Code de déontologie invite à la modération dans la détermination des honoraires ou des prix, quand ceux-ci peuvent être fixés librement. Ainsi, pour les pharmaciens d’officine l’article R4235-65 du CSP⁶³ s’applique : *« Tous les prix doivent être portés à la connaissance du public conformément à la réglementation économique en vigueur. Lorsque le pharmacien est, en vertu de la réglementation en vigueur, appelé à fixer librement les prix pratiqués dans son officine, il doit y procéder avec tact et mesure »*.
- (52) Cependant, les pharmaciens biologistes sont aussi concernés par un article particulier⁶⁴ : *« Le pharmacien biologiste ne doit pas réduire ses honoraires dans une intention de concurrence déloyale ou au détriment de la qualité des prestations qu’il fournit. Dans le cas de contrat de collaboration entre laboratoires, les honoraires concernant les transmissions doivent être fixés avec tact et mesure. Il doit s’interdire de collecter les prélèvements aux fins d’analyses dès lors que cette pratique constituerait une concurrence déloyale au détriment de ses confrères »*.
- (53) En revanche, les médecins biologistes sont soumis aux mêmes règles que tous les autres médecins⁶⁵ : *“Les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières. Ils ne peuvent être réclamés qu’à l’occasion d’actes réellement effectués. L’avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou par correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire. Un médecin doit répondre à*

⁵⁹ Articles R4235-1 à R4235-77 du CSP, Code de déontologie pour les pharmaciens. Le Code de déontologie est préparé par le CNOP, selon l’article L4235-1 du CSP.

⁶⁰ Article R4235-1 du CSP.

⁶¹ Ancien R 5015-3 du CSP.

⁶² Ancien R5015-18 du CSP.

⁶³ Ancien R5015-65 du CSP.

⁶⁴ Article R4235-75 du CSP (ancien R5015-75).

⁶⁵ Article R4127-53 du CSP, soulignement ajouté.

toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement. Il ne peut refuser un acquit des sommes perçues. Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux malades“.

- (54) Par comparaison, les règles déontologiques applicables à d'autres professions de santé, par exemple les chirurgiens-dentistes⁶⁶, invitent également à la modération dans la détermination des honoraires. Cependant, aucun de ces textes ne contient d'interdiction explicite ni implicite à pratiquer des prix plus bas que certains concurrents, sauf si ceux-ci constitueraient une « *concurrence déloyale* », une notion peu précise mais dont une des possibles manifestations économiques consisterait à vendre des services à perte.

2.2.3.4. Organisation interne de l'ONP: l'Ordre et ses conseils

- (55) L'organisation interne de l'ONP est décrite en détail dans le CSP. L'ONP est organisé en sections, chacune correspondant aux types de spécialités exercées par des pharmaciens⁶⁷. Chaque section est administrée par son propre conseil central⁶⁸. Le Conseil national de l'ordre des pharmaciens est l'instance dirigeante de l'ONP. La section G regroupe les pharmaciens biologistes exerçant dans les laboratoires d'analyses de biologie médicale publics ou privés.
- (56) Le législateur a pourvu explicitement les instances dirigeantes de l'ONP d'une personnalité juridique⁶⁹, mais est resté silencieux sur celle de l'ONP. Ce point est examiné plus en détail au chapitre 9.
- (57) Les instances dirigeantes de l'ONP prennent leurs décisions de façon autonome par rapport à l'Etat français, même dans le cadre de l'application de leurs missions de service public. Le contrôle de l'Etat, dans les procédures disciplinaires par exemple, n'est effectué qu'à *posteriori* par la possibilité de déposer un pourvoi en cassation auprès du Conseil d'Etat contre une décision disciplinaire prononcée par la chambre de discipline du Conseil National de l'ONP. Cependant, ce recours n'est pas suspensif.

2.2.3.4.1 Le CNOP

- (58) L'instance dirigeante de l'ONP est le Conseil national de l'Ordre national des pharmaciens (ci-après « CNOP »), dont l'essentiel des membres sont des pharmaciens élus par leurs pairs (26 sur 33 membres du CNOP)⁷⁰.
- (59) Les représentants nommés par l'Etat qui siègent à ce Conseil (7 sur 33 membres) ont seulement une voix consultative. L'article L4231-4 du CSP prévoit en effet que "*les pharmaciens fonctionnaires représentant le ministre chargé de la santé et le ministre chargé de l'outre-mer assistent à toutes les délibérations avec voix consultative.*"⁷¹ Les décisions du CNOP sont donc prises en toute autonomie par rapport aux

⁶⁶ Article R 4127-240 du CSP.

⁶⁷ Article L4232-1 du CSP.

⁶⁸ Article L4232-2 du CSP.

⁶⁹ Article L4233-1 du CSP : « les différents conseils de l'ordre national des pharmaciens sont dotés de la personnalité civile ».

⁷⁰ Article L4231-4 du CSP. Déroulement des élections : Art. D 4233-1 du CSP : « les conseillers ordinaires sont élus au scrutin pluri-nominal majoritaire à un tour ».

⁷¹ Soulignement ajouté.

représentants de l'Etat qui y siègent, et ces derniers ne disposent pas d'un droit de veto. De plus, en pratique, les représentants nommés par l'Etat semblent l'être sur suggestion de l'ONP⁷². L'élection des membres pharmaciens du CNOP représentant les sections est effectuée au second degré par les membres des différents conseils centraux⁷³.

2.2.3.4.2 Le Conseil central de la Section G

- (60) A l'instar du CNOP, le Conseil central de la section G (ci-après « CCG ») prend ses décisions de façon totalement autonome par rapport à l'Etat français. En effet, pour la section G dont relèvent les pharmaciens biologistes, le Conseil central est composé de 12 pharmaciens biologistes élus par leurs pairs et 2 représentants de l'Etat, ces derniers ne disposant ni d'un droit de vote spécial ni d'un droit de veto, l'un des deux n'ayant même qu'un rôle consultatif.⁷⁴

2.2.3.5. Election des dirigeants et leurs programmes électoraux

- (61) Des élections ordinaires ont lieu périodiquement pour le CNOP et pour les Conseils centraux de sections, et les conseillers ordinaires ont généralement un mandat de quatre ans. Les conseils de l'ordre sont renouvelés par moitié tous les deux ans⁷⁵. A cette occasion, les listes de candidats à des mandats de conseillers ordinaires font circuler leur programme électoral sous forme de « circulaires » d'une page⁷⁶.
- (62) En ce qui concerne le Conseil central de la Section G, qui représente les pharmaciens biologistes, ces élections ont eu lieu au cours de la période d'infraction en juin 2003⁷⁷, janvier 2005⁷⁸, juin 2007⁷⁹ et juin 2009.

3. CADRE LEGAL

- (63) Le comportement en cause est l'ensemble des décisions prises par l'ONP depuis 2003 ayant pour objet d'une part d'empêcher des groupes de laboratoires de se développer et d'autre part de tenter d'imposer un prix minimum sur le marché français des analyses de biologie médicale.

⁷² Lettre du 27 mars 2003, du [...] de l'ONP M. [...] au Ministre de la Jeunesse, de l'Education et de la Recherche, qui suggère huit noms de personnalités qui pourraient être nommées par l'Etat pour siéger au Conseil national et dans différents Conseils centraux de sections. La plupart ont été nommés.

⁷³ Article L4231-4 du CSP, « l'élection des membres du Conseil national de l'ordre siégeant au titre des sections A, B, C, D, G et H est effectuée au second degré par les membres des conseils centraux correspondants. L'élection de chacun des membres du conseil national de l'ordre représentant les pharmaciens de la section E est effectuée au second degré, par l'ensemble des délégués locaux des sous-sections (...)».

⁷⁴ Art. L4232-15 du CSP, « Le Conseil central gérant de la section G de l'ordre des pharmaciens est composé de quatorze membres nommés ou élus pour quatre ans par tous les pharmaciens inscrits au tableau de la section G de l'ordre. Ce conseil central comprend: 1° Un professeur ou maître de conférences des unités de formation et de recherche de pharmacie, pharmacien, nommé par le ministre chargé de la santé, sur proposition du ministre chargé de l'enseignement supérieur; 2° Un pharmacien inspecteur de santé publique représentant, à titre consultatif, le ministre chargé de la santé; 3° Douze pharmaciens biologistes élus, dont au moins deux praticiens hospitaliers. ».

⁷⁵ Article D 4233-2 du CSP.

⁷⁶ [...].

⁷⁷ Les élections de juin 2003 ont été annulées par le Tribunal administratif de Paris dans un jugement rendu le 25 juin 2004, pour irrégularités dans le dépouillement du scrutin ([...]).

⁷⁸ Résultats des élections de janvier 2005.

⁷⁹ [...].

(64) Dans la mesure où l'ONP donne des justifications légales à ses décisions, dont il est démontré au chapitre 5 qu'elles sont lui sont propres et qu'elles se fondent sur une interprétation des textes légaux par l'ONP qui est systématiquement différente de leur interprétation officielle par l'Etat français, le présent chapitre a pour objet de décrire le cadre légal dans lequel l'activité des entreprises actives sur le marché s'inscrit.

3.1. Contrôle de l'ONP sur l'activité des acteurs du marché: gestion du Tableau

3.1.1. L'inscription au Tableau de l'Ordre

(65) Dans le cadre des missions qui lui sont déléguées, l'ONP dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'activité des pharmaciens. Ce contrôle s'exerce par le biais de l'inscription des pharmaciens au Tableau de l'ordre⁸⁰ (ci-après « Tableau »), qui est une condition légale préalable à l'exercice d'une activité liée à la profession de pharmacien⁸¹.

(66) L'obligation d'inscription au Tableau s'applique également aux personnes morales actives sur ce marché, les sociétés d'exercice libéral (ci-après « SEL ») constituées pour «*l'exploitation en commun d'un ou plusieurs LABM*»⁸². L'exercice d'une activité par un pharmacien non inscrit au Tableau ou par un LABM dont le directeur ou le directeur adjoint n'est pas inscrit au Tableau est passible de lourdes sanctions économiques et pénales⁸³.

(67) L'inscription d'un pharmacien au Tableau est décidée par l'ONP de façon autonome par rapport à l'Etat. Cette compétence est décrite dans plusieurs articles du Code de la santé publique : l'article L 4222-1 du CSP dispose que «*Dans chaque région, les pharmaciens qui tiennent une officine ouverte sont inscrits sur un tableau établi et tenu à jour par le conseil régional de l'ordre des pharmaciens d'officine. Ce tableau est transmis aux services de l'Etat et porté à la connaissance du public, dans des conditions fixées par décret*»⁸⁴.

(68) De plus, selon l'article L 4222-4 du CSP : «*Après avoir examiné les titres et qualités du demandeur, le conseil régional de la section A ou le conseil central de la section B, C, D ou G de l'ordre soit accorde l'inscription au tableau, soit, si les garanties de moralité professionnelle ou les conditions prévues par la loi ne sont pas remplies, la refuse par décision motivée écrite (...) tout refus d'inscription au tableau peut faire l'objet d'un appel devant le conseil national de l'ordre* ».

(69) Enfin, d'après l'article L 4222-5 du CSP : «*Le Conseil national de l'ordre des pharmaciens statue en appel sur les décisions des conseils régionaux de la section A*

⁸⁰ Art L 4232-16 du CSP lu en combinaison avec Art. L 4232-3 du CSP : le conseil central de section 'établit et tient à jour le tableau national des pharmaciens' de la section.

⁸¹ Art L 4221-1 du CSP pour les pharmaciens, Art L 4111-1 du CSP pour les médecins (Condition d'exercice).

⁸² Article R 6212-88 du CSP, voir à ce sujet l'arrêt du Conseil d'Etat n° 284036 du 29 octobre 2007.

⁸³ Art L 4223-1 à 5 du CSP pour les pharmaciens et L.6211-1, alinéa deux, L.6221-1, L6222-1 et L6222-2 du CSP (version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010) pour les LABM.

⁸⁴ Soulignement ajouté. Selon l'Art. L 4222-3 du CSP, l'ONP est tenu de statuer sur une demande d'inscription dans un délai de trois mois. En ce qui concerne les conseils centraux de section, l'article L 4223-16 dispose que « Les conseils centraux des « sections B, C, D, E, G et H » de l'ordre national des pharmaciens possèdent, chacun en ce qui le concerne, les droits et attributions des conseils régionaux et du conseil central de la section A ».

et celles des conseils centraux des « sections B, C, D, E, G et H » en matière d'inscription (...)».

- (70) La procédure de recours contre les décisions prononcées par le CNOP est un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat⁸⁵, une procédure longue et lourde. Un tel pourvoi n'a, par ailleurs, pas d'effet suspensif.

3.1.2. La mise à jour de l'inscription au Tableau

- (71) Dans le cadre des missions déléguées à l'ONP, les pharmaciens biologistes et les SEL sont également soumis à des obligations de déclarer à l'ONP certains changements liés à l'exercice de leur activité.

- (72) Cependant, il est de jurisprudence constante depuis un arrêt du Conseil d'Etat de 1971 que *« le changement d'activité professionnelle d'un pharmacien n'entraîne sa radiation du tableau, suivie d'une nouvelle procédure d'inscription, que lorsqu'il oblige à l'inscription à un nouveau tableau (...) dans les autres cas (...) ces conseils doivent se borner à prendre acte de la déclaration de l'intéressé et ne sauraient se regarder comme saisis d'une demande de nouvelle inscription »*⁸⁶.

- (73) Les pharmaciens et les SEL actifs sur le marché ont pour obligation de déclarer au Conseil de section compétent de l'ONP:

a) *« toute cessation d'activité professionnelle, tout transfert des locaux professionnels ainsi que toute modification intervenant dans la propriété, la direction pharmaceutique ou la structure sociale »*⁸⁷, sans délai fixé par la loi.

b) depuis août 2005, pour les pharmaciens exerçant en société *« outre les statuts de cette société et leurs avenants, les conventions et avenants relatifs à son fonctionnement, ou aux rapports entre associés »*. Ces derniers documents doivent être communiqués dans le mois suivant leur conclusion⁸⁸.

- (74) Il incombe également aux pharmaciens biologistes et aux SEL de communiquer⁸⁹:
c) les *« contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession »* dans le mois suivant leur conclusion⁹⁰.

⁸⁵ Art. L 4234-8 du CSP.

⁸⁶ Soulignement ajouté. Arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 1971, Sieur Malice, Rec. Lebon p. 486. L'article anciennement L 525 mentionné dans l'arrêt est l'art. L4222-2 du CSP, et les dispositions pertinentes de l'article anciennement L536 sont reprise à l'art. L4232-16 du CSP.

⁸⁷ Art R 4235-17 du CSP.

⁸⁸ Art. L 4221-19 du CSP, introduit par l'ordonnance N°2005-1040 du 26 août 2005 qui dispose que « Les pharmaciens exerçant en société doivent communiquer au conseil de l'ordre dont ils relèvent, outre les statuts de cette société et leurs avenants, les conventions et avenants relatifs à son fonctionnement, ou aux rapports entre associés. Ces documents doivent être communiqués dans le mois suivant la conclusion de la convention ou de l'avenant ».

⁸⁹ Voir aussi « toute modification survenue postérieurement à la décision d'autorisation soit dans la personne d'un directeur ou directeur adjoint, soit dans les conditions d'exploitation, doit faire l'objet d'une déclaration » Art. L 6211-2 du CSP, quatrième alinéa, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, lu en combinaison avec l'art. R 6211-25 du CSP.

⁹⁰ Art. L 6221-4 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 : « Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 4113-9, les directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale doivent communiquer au conseil de l'ordre dont ils relèvent les contrats et avenants ayant pour objet l'exercice de leur profession ainsi que, s'ils ne sont pas propriétaires de leur matériel et du local dans lequel ils exercent ou exerceront leur profession, les contrats ou avenants leur assurant l'usage de ce matériel et de ce local. Les mêmes obligations s'appliquent aux contrats et avenants ayant pour objet de transmettre, sous condition résolutoire, la propriété

d) «*les statuts des sociétés constituées pour l'exploitation d'un laboratoire et les modifications apportées à ces statuts au cours de la vie sociale (...) dans le mois suivant leur signature (...) les contrats et avenants (...) servant à l'activité du laboratoire sont également soumis à communication dans les mêmes conditions*»⁹¹.

- (75) Tout pharmacien ou SEL qui manquerait à ces obligations de communication s'expose à une sanction disciplinaire⁹².
- (76) L'obligation légale de «*communiquer la répartition du capital entre associés*»⁹³ mentionnée dans le CSP concerne une première demande d'inscription au Tableau, non une mise à jour de celui-ci.

3.1.3. La sanction disciplinaire et la radiation du Tableau de l'Ordre

- (77) L'ONP peut sanctionner un pharmacien ou une SEL, si une telle décision est nécessaire à l'accomplissement de ses missions⁹⁴. La sanction peut se traduire par un avertissement, un blâme, une interdiction temporaire d'exercer d'une durée maximum de 5 ans ou une interdiction définitive d'exercer⁹⁵.
- (78) Une décision d'interdiction temporaire ou définitive prononcée par l'ONP implique la radiation du Tableau, qui entraîne automatiquement le retrait de l'autorisation administrative d'exercer. Un pharmacien ou une SEL qui poursuivrait malgré tout son activité s'expose à des sanctions pénales pour exercice illégal de la pharmacie⁹⁶.
- (79) Une sanction est décidée par la chambre de discipline d'un Conseil de Section de l'ONP et a depuis août 2004 force exécutoire⁹⁷, sans qu'il soit nécessaire de passer par le ministère ou le préfet pour la transmettre au pharmacien. Avant août 2004, la sanction était prononcée par l'ONP et transmise par le préfet. Un appel peut être formé devant la chambre de discipline du Conseil national de l'ONP et est suspensif⁹⁸. Cependant, les décisions prises lors de la procédure d'appel par la chambre de discipline du Conseil national de l'ONP ont force exécutoire et le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat n'est pas suspensif⁹⁹.

du matériel et du local. Les conditions d'exercice de la profession par les directeurs adjoints font également l'objet d'un contrat qui doit être communiqué au conseil de l'ordre dont relèvent les intéressés. Les communications ci-dessus prévues doivent être faites dans le mois suivant la conclusion du contrat ou de l'avenant. Tous les contrats ou avenants dont la communication est exigée doivent être passés par écrit ».

⁹¹ Art L 6221-5 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 : « Les statuts des sociétés constituées pour l'exploitation d'un laboratoire et les modifications apportées à ces statuts au cours de la vie sociale doivent être communiqués à la diligence du ou des directeurs dans le mois suivant leur signature aux conseils des ordres dans le ressort desquels est situé le laboratoire et dont relèvent ses directeurs et directeurs adjoints. Les contrats et avenants conclus par ces sociétés et ayant pour objet de leur assurer l'usage du matériel ou du local servant à l'activité du laboratoire sont également soumis à communication dans les mêmes conditions ».

⁹² Art L 6221-8 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 : « le défaut de communication ou la communication mensongère de contrats, avenants, statuts ou modification de statuts mentionnés aux articles L6221-4 et L6221-5 ou, lorsqu'il est imputable au directeur ou directeur adjoint d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale, le défaut de rédaction d'un écrit constitue une faute disciplinaire susceptible d'entraîner l'une des sanctions prévues à l'article (...) L4234-6 pour les pharmaciens ».

⁹³ Art R 4222-3 4° c) du CSP.

⁹⁴ Voir chapitre 2.2.3.2 pour plus de détails sur les missions de l'ONP.

⁹⁵ Art L 4234-6 du CSP.

⁹⁶ Voir note de bas de page n° 83.

⁹⁷ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004, art. 126 modifiant l'art. L 4234-6 du CSP.

⁹⁸ Art L 4234-7 du CSP.

⁹⁹ Art L 4234-8 du CSP.

- (80) Contrairement à l'Ordre national des médecins¹⁰⁰, l'ONP n'est soumis à aucune obligation de traiter une plainte dans un certain délai.¹⁰¹ Il en va de même pour la procédure d'appel auprès de la chambre nationale de discipline: un délai est fixé pour les procédures impliquant des médecins¹⁰², aucun pour les pharmaciens.

3.2. Réglementation applicable à la constitution et à la transformation de SEL

- (81) En ce qui concerne les décisions de l'ONP dont il est démontré au chapitre 5 qu'elles visent à entraver le développement de groupes intégrés de laboratoires, plusieurs d'entre elles concernent des transformations de SEL ainsi que différents changements au sein des SEL réalisées par les associés. L'objet de ce chapitre est notamment de décrire le cadre réglementaire applicable aux transformations en cours de vie sociale des SEL.
- (82) L'interprétation officielle par l'Etat français des dispositions légales et réglementaires applicables aux SEL de laboratoires a été précisée dans plusieurs circulaires du ministère de la Santé : la circulaire DCIS n° 970019 du 29 janvier 1997, la circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 du 22 septembre 1998 et la circulaire DHOS/05 n° 2005-506 du 14 novembre 2005 relative aux SEL de laboratoires.

3.2.1. Constitution d'une nouvelle SEL

- (83) Depuis l'entrée en vigueur de la loi N° 90-1258 du 31 décembre 1990, des SEL peuvent être constituées pour l'exploitation d'un ou plusieurs LABM. Le cadre réglementaire est déterminé par cette loi, à laquelle a été ajouté un article 5-1 en 2001¹⁰³, et par le décret n° 92-545 du 17 juin 1992.
- (84) Une nouvelle SEL ayant pour objet social l'exploitation en commun d'un ou plusieurs LABM est constituée sous la condition suspensive de son agrément par l'administration publique (le préfet du département où est situé son siège social)¹⁰⁴, au même titre qu'un LABM ne peut fonctionner sans une autorisation administrative.
- (85) Cependant, une demande d'autorisation administrative comporte nécessairement « *des pièces justifiant que les associés sont inscrits ou ont demandé leur inscription au tableau de l'ordre dont ils relèvent* » et les observations desdits ordres sur la conformité des documents soumis aux règles déontologiques, qui « *vérifient, chacun pour ce qui le concerne, la conformité de ces documents aux règles déontologiques et adressent au préfet dans un délai de trois mois leurs observations, dont copie est envoyée dans le même délai aux associés intéressés* ». ¹⁰⁵
- (86) L'agrément par le préfet d'une SEL est influencé par les observations formelles du ou des ordres dont relèvent les professionnels (pharmaciens et/ou médecins) et les personnes morales concernés et la décision de les inscrire au Tableau. De plus, une

¹⁰⁰ Art L 4124-1 du CSP : pour les médecins, délai de 6 mois à compter du dépôt de plainte.

¹⁰¹ A l'exception des procédures disciplinaires pour non-communication des statuts et certains contrats et avenants, voir art. L.6221-8, troisième alinéa, du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

¹⁰² Décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948. Voir art. R 4124-1 du CSP.

¹⁰³ Introduit par l'article 32 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, puis complété par l'article 74 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005.

¹⁰⁴ Art. R 6212-75 du CSP, qui reprend l'Art. 4 du décret n° 92-545, applicable à une SEL constituée en application du titre Ier de la loi n° 90-1258.

¹⁰⁵ Art. 6 du décret n°92-545 du 17 juin 1992, recodifié comme Art. R 6212-77 du CSP.

SEL ne peut légalement exercer son activité qu'à partir du moment où elle est inscrite au Tableau de l'ONP¹⁰⁶.

3.2.2. Transformation d'une SEL au cours de sa vie sociale

- (87) En revanche, les obligations de mise à jour de certaines données qui incombent aux SEL déjà constituées sont de nature déclarative et n'interrompent pas la continuité de l'activité d'un LABM ou d'une SEL. En ce qui concerne en particulier les SEL, « *la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* »¹⁰⁷.
- (88) Ainsi, l'article L6211-2 du CSP¹⁰⁸ énonce, en ce qui concerne un LABM que « *Toute modification survenue postérieurement à la décision d'autorisation soit dans la personne d'un directeur ou d'un directeur adjoint, soit dans les conditions d'exploitation, doit faire l'objet d'une déclaration*¹⁰⁹ ». En ce qui concerne une SEL, l'obligation de porter à la connaissance de l'Etat et de l'ONP des modifications statutaires est similaire, elle est codifiée à l'article R.6212-39 du CSP et a été confirmée par les autorités françaises de la santé¹¹⁰.
- (89) Dans ce contexte, la vérification de la conformité des transformations soumises aux règles déontologiques effectuée par les ordres professionnels est **un contrôle a posteriori**. La vérification n'a dès lors pas d'effet suspensif sur lesdites transformations, qui sont décidées en assemblée générale dans le cas des SEL.
- (90) Ceci est le cas même si la mise à jour des données peut donner lieu à la publication par l'administration d'un arrêté d'autorisation modificatif, qui entérine les modifications notifiées.

3.2.3. Formes juridiques des SEL

- (91) L'article 1^{er} de la loi sur les sociétés d'exercice libéral précise que, sauf disposition contraire, ce sont les dispositions du Code de commerce¹¹¹ qui régissent l'activité et l'organisation de ces sociétés. Les formes juridiques usuelles des sociétés commerciales sont autorisées pour les SEL « *ayant pour objet l'exploitation de un ou plusieurs LABM* », notamment les SELARL (société anonyme à responsabilité limitée), SELAFA (société anonyme), et SELAS (société par actions simplifiée)¹¹².
- (92) Dans le cas des SELARL, la répartition du capital est inscrite dans les statuts, donc toute modification au capital entraîne un changement des statuts, qui doit être notifié

¹⁰⁶ Art. R3112-88 du CSP. Voir considérant (66) en ce qui concerne les sanctions en cas de non-inscription.

¹⁰⁷ Art. L210-6 du Code de commerce, précédemment Art.5 de la loi n° 66-537, qui dispose que le régime juridique applicable aux SEL est celui des sociétés commerciales. Cette disposition est rappelée dans la loi n° 90-1258 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et la Circulaire de la Direction générale de la santé DGS/SQ n° 98-595 relative aux LABM.

¹⁰⁸ CSP version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

¹⁰⁹ Soulignement ajouté.

¹¹⁰ Circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 du 22 septembre 1998 de la Direction générale de la santé relative aux sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale, chapitre 2. Circulaire DHOS/05 n° 2005-506 du 14 novembre 2005 relative aux sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale, section III.

¹¹¹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966.

¹¹² Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, Art 1 ; loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dont l'article 130 introduit les SELAS aux côtés des autres formes de SEL autorisées.

à l'ONP. Ce n'est pas le cas des SELAFA et SELAS, pour lesquelles seul le montant du capital est inscrit dans les statuts.

3.2.4. Structure juridique des groupes de laboratoires

- (93) La détention du capital d'une SEL de LABM est limitée à 25%¹¹³ au plus pour les personnes physiques ou morales n'exerçant pas la profession constituant l'objet social de la société. D'autre part, une SEL peut détenir des participations dans cinq LABM au plus¹¹⁴.
- (94) Selon l'article 5 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, "*plus de la moitié du capital social et des droits de vote [des SEL] doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire des sociétés mentionnées au 4° ci-dessous, par des professionnels en exercice au sein de la société.*"
- (95) Selon l'Art. 5-1 de la même loi, "*par dérogation au premier alinéa de l'article 5, plus de la moitié du capital social des sociétés d'exercice libéral peut aussi être détenue par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social*".
- (96) Selon l'Art. R6212-82 du CSP, "*Le quart au plus du capital d'une société d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale peut être détenu par une ou plusieurs personnes ne répondant pas aux conditions du premier alinéa ou des 1° et 5° de l'article 5 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales. Toutefois, lorsque la société d'exercice libéral est constituée sous la forme d'une société en commandite par actions, la quotité du capital détenue par des personnes autres que celles mentionnées à l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990 précitée peut être supérieure à celle fixée à l'alinéa qui précède sans pouvoir cependant atteindre la moitié dudit capital.*"¹¹⁵
- (97) Selon l'article R6212-85 du CSP "*Une société d'exercice libéral (...) ne peut exploiter plus de cinq laboratoires d'analyse de biologie médicale.*"
- (98) Cependant, depuis décembre 2001, la loi permet à des SEL ayant pour objet l'exploitation de un ou plusieurs LABM de détenir une participation majoritaire dans des LABM¹¹⁶.
- (99) Il est ainsi possible de constituer un groupe de SEL ayant pour objet l'exploitation de un ou plusieurs LABM, chacune des SEL détenant des participations majoritaires dans cinq LABM au plus.
- (100) En effet, une société holding peut prendre des participations minoritaires inférieures à 25% dans chaque SEL, et le droit applicable aux SEL de LABM n'interdit pas la création de deux types d'actions pour les SELAFA et les SELAS, actions qui ont des

¹¹³ Art R 6212-82 du CSP, introduit par l'art.11 du décret n° 92-545.

¹¹⁴ Art. R6212-85 du CSP.

¹¹⁵ Art R 6212-82 du CSP, introduit par l'art.11 du décret n° 92-545.

¹¹⁶ Art. 5-1 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, introduit par l'article 32 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

droits aux dividendes différents. C'est la structure juridique utilisée par "XY". De la même façon, d'autres groupes tel "YZ" se sont constitués en démembrant le capital des SEL "*ayant pour objet l'exploitation de un ou plusieurs LABM*", l'usufruit revenant à la société holding.

- (101) Les dispositions de l'article R 6212-82 du CSP font l'objet d'une procédure d'infraction dont la Cour de Justice a été saisie début 2009 (affaire C-89/09, Commission contre France)¹¹⁷.
- (102) Néanmoins, aucun des griefs retenus contre l'ONP dans la présente décision n'a trait à des décisions de l'ONP visant à faire respecter cette disposition légale limitant à 25% la participation au capital des tiers non-professionnels (voir chapitre 5.2.2).

3.3. Les laboratoires peuvent octroyer des ristournes contractuelles

- (103) Un des éléments du comportement de l'ONP ici en cause est l'ensemble des décisions de l'ONP ayant pour objet d'imposer un prix minimum de marché par la prohibition des ristournes (voir considérants (133) à (221))
- (104) La loi française a autorisé explicitement jusqu'au 15 janvier 2010 les LABM à octroyer des ristournes pour les services d'analyse qui sont remboursés, pour autant que ces ristournes soient définies dans le cadre de conventions ou contrats de collaboration conclus entre laboratoires ou avec des établissements hospitaliers. En ce qui concerne les services qui ne sont pas remboursés, comme les analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail, les prix peuvent être librement négociés entre les laboratoires et les entreprises concernées¹¹⁸.
- (105) En effet, aux termes de l'article L6211-6 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, « *sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé publics ou privés et des contrats de collaboration mentionnés à l'article L. 6211-5, les personnes physiques et les sociétés et organismes qui exploitent un laboratoire d'analyses de biologie médicale ne peuvent consentir à des tiers, sous quelque forme que ce soit, des ristournes pour les analyses ou examens dont ils sont chargés. Ils ne peuvent passer un accord ou une convention accordant à un tiers la totalité ou une quote-part des revenus provenant de l'activité du laboratoire d'analyses de biologie médicale* ».
- (106) Depuis l'entrée en vigueur, le 16 janvier 2010, de l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010, l'octroi de ristournes est interdit, sauf pour les analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail. En effet l'article L6211-21 du CSP introduit par ladite ordonnance dispose que « *Un laboratoire de biologie médicale facture les examens de biologie médicale qu'il réalise au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale prise en application des articles L. 162-1-7 et L. 162-1-7-1 du code de la sécurité sociale* »¹¹⁹.

¹¹⁷ Affaire dans laquelle l'Avocat général a rendu ses conclusions le 2 juin 2010.

¹¹⁸ En l'absence de dispositions légales spécifiques, la négociation de ces prix relève du régime de droit commun de la liberté des prix prévu à l'article L. 410-2, premier alinéa, du Code de commerce français.

¹¹⁹ L'article 8(iv) de l'ordonnance dispose que les ristournes accordées en vertu de l'article L6211-6 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 cesseront d'être versées au plus tard le 1er novembre 2013.

- (107) Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance en question ne fournit pas réellement d'explication sur les motivations justifiant l'introduction de cette interdiction des ristournes¹²⁰. Ce rapport énonce simplement que « l'article L. 6211-21 précise que l'examen de biologie médicale, qui est un acte médical, est facturé au tarif de la nomenclature des actes de biologie médicale », et fait référence au rapport Ballereau. En proposant de prohiber les ristournes, le rapport Ballereau qui a inspiré l'ordonnance dispose seulement que « *Le choix, indispensable pour le patient et l'efficacité des dépenses de biologie médicale, de retenir l'option de la biologie médicale et non de la seule analyse de laboratoire, conduit à être homogène avec l'approche retenue pour les autres disciplines médicales, disciplines pour lesquelles il est de doctrine constante que les actes médicaux ne donnent pas lieu à des ristournes* »¹²¹.
- (108) Cependant, aucun texte relatif à cette ordonnance ne mentionne d'éventuels problèmes de qualité, de déontologie ou la lutte contre la fraude à la sécurité sociale¹²² comme motifs de nature à justifier l'introduction de cette disposition visant à restreindre la liberté tarifaire pour les analyses de biologie médicale encadrée précédemment par l'article L 6211-6 du CSP¹²³.
- (109) Au surplus, le rapport qui a inspiré l'ordonnance propose même de réduire certains tarifs afin d'augmenter l'efficacité des dépenses de biologie médicale et de contribuer à l'équilibre financier du système de sécurité sociale¹²⁴. Ceci tend à montrer que les prix sont considérés comme trop élevés et qu'une baisse des prix ne mettrait pas en danger la qualité des soins.

4. LA PROCEDURE

- (110) Le 12 octobre 2007 la Commission a reçu une plainte déposée par "XY" contre l'ONP, relative à des décisions présumées anticoncurrentielles de l'ONP sur le marché des analyses de biologie médicale. Ainsi qu'il a été expliqué dans la section 2.2.2.1.3, "XY" est un groupe européen de LABM actif en particulier en France et en [...], ainsi que dans plusieurs autres pays européens, et qui réalise un chiffre d'affaires d'environ EUR [...] millions.
- (111) A soutient que l'ONP aurait pris des décisions ayant pour but de freiner le développement de "XY" et de limiter sa capacité à concurrencer d'autres LABM

¹²⁰Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale. Journal officiel de la République française du 15 janvier 2010. Rapport Ballereau, voir note de bas de page n° 33.

¹²¹ Rapport Ballereau, op.cit, page 43. La dernière affirmation est au demeurant inexacte, cf. note de bas de page 200. Voir aussi à ce sujet la décision n° 07-D-41 du 28 novembre 2007 du Conseil de la Concurrence qui note que « les prix des prestations de services qu'un médecin libéral apporte à un hôpital ne sont (...) pas prédéfinis par les nomenclatures et tarifs relatifs au remboursement des assurés sociaux et relèvent du régime de droit commun de la liberté des prix prévu aujourd'hui à l'article L. 410-2, premier alinéa, du code de commerce ».

¹²² Voir considérants (190) à (218).

¹²³ Dans son Avis n° 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif au projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale l'Autorité de la concurrence constate que « L'interdiction des ristournes se justifie dans un contexte d'asymétrie d'information, dans lequel le patient ne peut contrôler la qualité des analyses. Elle ne trouve en revanche aucune justification dans le cadre de relations entre professionnels, telles que celles entre les laboratoires et les établissements de santé publics ou privés, qui sont parfaitement à même d'évaluer la qualité de la prestation du laboratoire et ne subissent pas l'asymétrie d'information que subit un patient »

¹²⁴ Rapport Ballereau, op. cit., page 45.

actifs sur le marché des analyses de biologie médicale et dont les propriétaires élisent les dirigeants de l'ONP. L'ONP aurait utilisé à ces fins ses pouvoirs réglementaires et décidé de menacer de suspension ou de mettre un terme à l'activité économique de LABM souhaitant s'associer à A ou ayant déjà rejoint le groupe "XY".

- (112) Le 22 octobre 2007, l'enquête a été ouverte sous la référence « Cas 39510 – "XY"/ONP ».
- (113) La plainte a été communiquée le 10 mars 2008 à l'ONP, qui a envoyé ses commentaires le 15 avril 2008¹²⁵.
- (114) Sur la base des résultats de l'enquête préliminaire concernant certains comportements de l'ONP, une inspection a eu lieu les 12 et 13 novembre 2008 dans les locaux de l'ONP et dans ceux du LABM "BO", conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003.
- (115) Les deux décisions d'inspection ont été contestées devant le Tribunal de l'Union européenne dans deux affaires distinctes (affaires T-23/09 CNOP et CCG contre Commission¹²⁶ et T-24/09 Biocaps contre Commission¹²⁷).
- (116) Une demande de renseignements a été envoyée à l'ONP le 4 février 2009, en application de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003. L'ONP a répondu à cette demande le 10 février 2009. Une autre demande de renseignements a été envoyée le 18 juin 2009 à l'ONP, qui a envoyé sa réponse à la Commission le 26 juin 2009.
- (117) Des demandes de renseignements en application de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003 ont également été adressées le 4 février 2009 à cinq SEL exploitant des LABM. Les réponses à ces demandes ont été reçues entre le 5 février et le 13 février 2009. Des lettres ont ultérieurement été envoyées à 13 autres SEL le 17 avril 2009 en application du même article. Les réponses à ces lettres ont été reçues entre le 6 avril et le 20 mai 2009.
- (118) Le 19 octobre 2009, la Commission a ouvert la procédure et adopté une communication des griefs qui a été notifiée aux parties le 21 octobre 2009.
- (119) Les parties ont reçu à leur demande une version électronique des documents accessibles du dossier de la Commission le 27 octobre 2009.
- (120) Les parties ont fait connaître leurs observations sur les griefs, et ont demandé à être entendues lors d'une audition qui s'est déroulée le 10 février 2010.
- (121) La Commission a envoyé une demande de renseignements le 26 février 2010 à l'ONP, qui y a répondu le 5 mars 2010.

¹²⁵ [...].

¹²⁶ Voir arrêt du 26 octobre 2010 dans l'affaire T-23/09, Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens/Commission, qui rejette le recours dans son intégralité.

¹²⁷ Voir l'ordonnance du Tribunal du 16 juin 2010 dans l'affaire T-24/09, Biocaps/Commission, jugeant le recours manifestement dépourvu de tout fondement en droit.

5. LE COMPORTEMENT OBJET DE LA PRESENTE PROCEDURE

- (122) Le comportement ici en cause est l'ensemble des décisions de l'ONP ayant pour objet d'empêcher des groupes de laboratoires de se développer et de tenter d'imposer un prix minimum sur le marché français des analyses de biologie médicale.
- (123) Ces objectifs complémentaires sont deux aspects indissociables du comportement anticoncurrentiel de l'ONP en cause. En effet, un groupe de laboratoires peut générer des synergies lui permettant de baisser ses coûts de revient, et ainsi proposer des prix plus avantageux pour ses services à qualité équivalente aux établissements hospitaliers privés, qui représentent entre 15 et 20% du marché¹²⁸. Ceci représente un risque concurrentiel fort pour la majorité des membres de l'ONP, et en particulier ceux actifs sur le marché des analyses de biologie médicale. Ceci est illustré notamment par le fait qu'au moins deux SEL appartenant à des groupes ont été l'objet des deux types de décisions à plusieurs reprises¹²⁹.
- (124) Les éléments de preuve de l'existence d'un tel comportement sont résumés ci-dessous, puis développés dans le reste du présent chapitre.
- (125) Premièrement, les éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête montrent que l'objectif poursuivi par l'ONP est de maintenir des prix élevés et empêcher le développement des groupes de laboratoires, dans l'intérêt économique de la majorité de ses membres, et non dans l'intérêt général. Ceci est démontré très clairement par les propos tenus par des dirigeants de l'ONP, notamment lors des élections ordinaires, et dans des documents internes de l'ONP. En particulier, il résulte des éléments du dossier que les prises de position de l'ONP vis-à-vis des laboratoires dits « *de référence* », qui ne concurrencent pas l'essentiel des laboratoires actifs sur le marché, sont en contradiction avec celles adoptées envers les groupes de laboratoires, notamment en ce qui concerne la défense de l'indépendance du pharmacien biologiste et son lien à sa participation au capital des SEL.
- (126) Deuxièmement, les documents réunis au cours de l'enquête permettent d'établir que l'ONP a tenté entre 2004 et 2008 d'imposer avec une insistance croissante un prix minimum de marché. L'ONP a dans ce but envoyé des courriers à de très nombreux laboratoires ayant notifié, comme la loi les y oblige, des contrats de collaboration avec d'autres laboratoires ou avec des établissements hospitaliers. Ces contrats comportaient des ristournes jugées trop importantes par l'ONP. Dans tous les courriers, l'ONP fait explicitement référence au Code de déontologie, et menace ainsi de recourir à ses pouvoirs de sanction disciplinaire. Dans plusieurs cas, l'ONP a même mis en copie de ses courriers les services décentralisés de l'Etat, et ce afin de tenter de donner plus de poids et une apparence de légalité à ses exigences.
- (127) Troisièmement, tout en traquant systématiquement les SEL de groupes de laboratoires, l'ONP a pris entre mi-2003 et jusqu'à ce jour de très nombreuses décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer sur le marché des analyses de biologie médicale. Ces décisions sont de quatre types : 1) celles visant à interdire le démembrement de parts sociales de SEL; 2) décisions visant à imposer que les mouvements d'actions soient immédiatement communiqués

¹²⁸ [...].

¹²⁹ Courriers adressés à la SEL "AB", repérée dans le cadre de la traque systématique des groupes (chapitre 5.4.1.), et "AC" liée à "AB" (procès-verbal de la réunion du Conseil central Section G). Voir également SEL "AD", repérée dès le [...] 2007 au plus tard, considérants (153), et (326) à (329).

à l'ONP; 3) décisions visant à imposer que les pharmaciens biologistes détiennent une participation minimale au capital; 4) décisions visant à imposer que toute modification des statuts ou nomination de directeur soit conditionnée à l'approbation préalable de l'ONP. Il ressort de la lecture des missions de service public confiées à l'ONP par l'Etat que les décisions mentionnées ci-dessus ne rentrent pas dans le champ de ces missions, et que ces décisions n'ont pas de réel rapport avec des problématiques de santé publique.

- (128) Quatrièmement, les décisions de l'ONP en cause prennent effet dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché qui sont délégués à l'ONP par l'Etat pour l'accomplissement de ses missions, dans la mesure où l'ONP notamment use de ou menace d'avoir recours à ses pouvoirs de sanction disciplinaire. Cependant, les éléments du dossier permettent de démontrer que ces décisions n'ont que l'apparence de décisions visant à faire respecter les règles déontologiques, car si l'ONP invoque les règles déontologiques pour justifier ses décisions, c'est pour en retenir l'interprétation la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels, interprétation qui est de ce fait systématiquement différente de l'interprétation officielle de l'Etat français et souvent de celle des services internes à l'ONP. Cette analyse est exposée en détail aux sections 5.1.3, 5.2.2.1.2, 5.2.2.2.2, 5.2.2.3.2, 5.2.2.4.2 notamment. Ceci place les décisions en cause hors du cadre de l'exercice de pouvoirs délégués à l'ONP par l'Etat et clairement dans le champ d'application du droit de la concurrence.
- (129) Cinquièmement, dans tous les cas où des sanctions disciplinaires ont été prononcées à l'encontre de SEL ou de pharmaciens biologistes qui font partie de groupes de laboratoires, et bien que ces décisions ne soient pas retenues parmi les griefs soulevés dans le cadre de la présente procédure, ces sanctions sont objectivement disproportionnées par rapport au risque que les faits examinés dans les plaintes comporteraient pour la santé publique.
- (130) En ce qui concerne les décisions de l'ONP ici en cause concernant des SEL dans lesquelles des médecins biologistes exercent avec des pharmaciens biologistes, il est remarquable que l'Ordre des médecins n'a engagé aucune procédure disciplinaire à l'encontre de médecins biologistes associés au groupe "XY", même dans les cas où des pharmaciens travaillant dans les mêmes SEL ont, eux, été sanctionnés par l'ONP pour des faits concernant théoriquement tous les professionnels en exercice au sein des SEL.
- (131) A ce jour, 19 pharmaciens biologistes travaillant dans des groupes de laboratoires ont été condamnés par la chambre de discipline de la Section G de l'ONP à une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant 6 mois. La majorité de ces condamnations a été confirmée en appel par la chambre de discipline du CNOP.
- (132) Entre 2002 et 2005 l'ONP n'a ouvert aucune procédure disciplinaire pour non-respect d'une norme de qualité pourtant obligatoire depuis 1994¹³⁰. De 2006 à juin 2009, l'ONP n'a entamé que 9 procédures de ce type, prononçant seulement une sanction de trois mois de suspension et un avertissement¹³¹, alors que le Ministère de

¹³⁰ GBEA, voir chapitre 2.2.2.2.

¹³¹ [...].

la Santé estime à environ 1200 les LABM (30% des LABM actifs sur le marché) qui ne respectaient pas cette loi concernant la qualité en 2006¹³².

5.1. Intervention sur les prix de marché

- (133) Un des éléments du comportement de l'ONP ici en cause est l'ensemble des décisions de l'ONP ayant pour objet d'imposer un prix minimum de marché par le biais des contrats de collaboration ou conventions conclus par les SEL/LABM.
- (134) L'ONP en est venu à être informé de ces contrats de collaboration ou conventions car, aux termes de l'article L 6221-5 du CSP, les SEL/LABM étaient tenus de notifier à l'ONP « *Les contrats et avenants conclus par ces sociétés* ». Cette disposition a été renforcée depuis août 2005 par l'article L 4221-19 du CSP, qui impose que ces contrats soient notifiés dans le mois qui suit leur conclusion.
- (135) Les ristournes sur les prix des services d'analyses de biologie médicale sont très clairement autorisées par le législateur à l'article L 6211-6 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, pour autant qu'elles s'inscrivent dans un certain cadre: « *Sous réserve des accords ou conventions susceptibles d'être passés avec des régimes ou des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé publics ou privés et des contrats de collaboration mentionnés à l'article L. 6211-5 [contrats entre laboratoires], les personnes physiques et les sociétés et organismes qui exploitent un laboratoire d'analyses de biologie médicale ne peuvent consentir à des tiers, sous quelque forme que ce soit, des ristournes pour les analyses ou examens dont ils sont chargés* ».
- (136) L'entité avec laquelle le laboratoire signe un contrat ou une convention, qu'il s'agisse d'une caisse d'assurance maladie, d'un établissement hospitalier public ou privé ou d'un autre laboratoire, paye dès lors ses services à un prix inférieur au prix maximum légal, qui constitue le tarif officiel de remboursement, et peut choisir le meilleur prix entre deux propositions de laboratoires à qualité de service équivalente.
- (137) D'une part l'ONP, qui utilise systématiquement le terme de remise au lieu de ristourne, a décidé de fixer un niveau de ristourne maximum (10%) que les SEL/LABM peuvent consentir à des établissements de santé publics ou privés, à des caisses d'assurance maladie ou à des SEL/LABM sur le prix de leurs services, dans le cadre de contrats de collaboration ou de conventions.
- (138) D'autre part, l'ONP a envoyé des courriers à de très nombreux SEL/LABM lui ayant notifié de tels contrats comportant des ristournes supérieures à ce que l'ONP estime devoir être un maximum. Parmi les courriers cités ci-après, la moitié des bénéficiaires des ristournes que l'ONP prétend limiter sont des établissements publics de santé. Dans ces courriers, l'ONP enjoint aux SEL/LABM concernés de réduire le niveau des ristournes octroyées, les qualifiant fréquemment de « *remises exorbitantes* », et rappelle systématiquement que ces « *remises* » « *n'honorent pas notre profession* » et « *peuvent révéler un comportement anti confraternel* » en faisant référence aux règles de déontologie du CSP qui, selon l'ONP, ne seraient pas respectées avec les niveaux de ristournes proposées¹³³.

¹³² Rapport IGAS, op.cit., p. 4/7.

¹³³ Voir considérants (142) à (164) en ce qui concerne le recours aux règles déontologiques par l'ONP pour justifier ses décisions à des fins exclusivement économiques concernant le niveau des ristournes.

5.1.1. Décision de fixer un prix minimum

- (139) Dès décembre 2003, l'ONP décide de définir « *certaines règles concernant les conditions financières devant figurer dans les contrats de collaboration conclus entre les laboratoires* »¹³⁴. Pourtant, rien dans l'énoncé des missions de service public dévolues par l'Etat français à l'ONP¹³⁵ n'autorise l'ONP à prendre des décisions dans ce domaine, un élément que l'ONP ne conteste pas dans ses observations sur la communication des griefs.
- (140) Puis, le 15 avril 2004 l'ONP décide que « *avant de statuer sur ces différents contrats et conventions, le Conseil décide d'interroger "CP" et la C.A.V.P. sur la rentabilité globale moyenne des laboratoires d'analyses de biologie médicale* »¹³⁶.
- (141) Enfin, le 14 septembre 2005, la pratique définie par l'ensemble des courriers adressés par l'ONP à des SEL/LABM (voir section ci-après) est formalisée en séance administrative : « *Le Conseil confirme les observations énoncées dans sa correspondance antérieure, à savoir que toute remise doit être fixée avec tact et mesure et une remise supérieure à 10% n'honore pas notre profession. Il ne saurait y avoir d'usages dans le domaine des remises* »¹³⁷.

5.1.2. Décisions visant à imposer un prix minimum

- (142) Entre 2004 et 2008, de nombreux courriers émanant de l'ONP et ayant pour objet d'imposer un prix minimum de marché pour les analyses de biologie médicale ont été adressés à des SEL/LABM qui avaient notifié des contrats de collaboration conclus soit avec des établissements hospitaliers, soit entre LABM. La répartition de ces courriers dans le temps suggère que cette pratique est courante pour l'ONP et n'a rien d'un comportement exceptionnel ou isolé.
- (143) A l'appui de ses exigences, l'ONP fait systématiquement référence aux règles de déontologie du CSP¹³⁸. A partir d'avril 2005 l'ONP met très souvent les préfets en copie de ses courriers et mi-2007 adresse même ces courriers principalement aux préfets avec en copie les SEL/LABM pour renforcer davantage la menace de recourir à ses pouvoirs disciplinaires. L'ONP va même jusqu'à exiger que des avenants aux contrats qui tiennent compte de ses remarques sur les ristournes lui soient adressés (considérants (151) et (159)) ou à envoyer des courriers de relance (considérants (150) et(159)).

Décisions de l'ONP visant des contrats entre SEL et établissements de santé contrôlés par l'Assurance Maladie (publique)

- (144) Le [...] 2004, l'ONP décide d'envoyer à la SEL "AE" un courrier relatif à un contrat signé entre l'UGECAM de "V" et la SEL : « *Il y a lieu d'indiquer à Monsieur [...] que la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % comme précisé dans le contrat qui nous a été adressé, qui n'honore pas notre profession et qui peut révéler*

¹³⁴ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 11 décembre 2003.

¹³⁵ Article L 4231-1 du CSP.

¹³⁶ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹³⁷ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 14 septembre 2005.

¹³⁸ Article R4235-75 (précédemment Art. R5015-75).

un comportement anti confraternel »¹³⁹. Ce courrier est envoyé le [...] 2004 par l'ONP à la SEL¹⁴⁰. L'UGECAM de "V", ou Union pour la Gestion des Etablissements des Caisses d'Assurance Maladie, est un organisme de sécurité sociale public qui assure sur le plan régional la gestion des établissements de santé de l'Assurance Maladie.

- (145) Le [...] 2007, l'ONP envoie une lettre¹⁴¹ à la SEL "AB" concernant différentes conventions conclues entre UGECAM "U" et cette SEL. Dans ce courrier, l'ONP rappelle « *les dispositions de l'article R 4235-75 du Code de la santé publique, aux termes duquel « le pharmacien biologiste ne doit pas réduire ses honoraires dans une intention de concurrence déloyale ou au détriment de la qualité des prestations qu'il fournit* » » et estime que ceci « *ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % ou [...] %* ». L'UGECAM "U" est, au même titre que la l'UGECAM de "V" (voir considérant (144)), un organisme de sécurité sociale public qui assure la gestion des établissements de santé de l'Assurance Maladie.
- (146) En séance administrative du [...] 2007, l'ONP décide de saisir la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) suite à la réponse de la SEL "AB" à ce courrier¹⁴². Cette initiative de l'ONP a déclenché une enquête de la DGCCRF en 2008. Cette enquête s'est conclue par un rappel à la loi¹⁴³ adressé au [...] du Conseil central de la Section G lors d'une réunion le [...] 2009 avec la DGCCRF¹⁴⁴. Au cours de cette réunion, il lui a été signifié que les deux courriers que l'ONP avait transmis à la DGCCRF, et dans lesquels l'ONP s'inquiétait des niveaux de ristournes consentis par la SEL "AB", peuvent être analysés comme ayant pour objet de restreindre la concurrence. Ces précisions ont été explicitées dans un courrier du [...] 2009.¹⁴⁵ La DGCCRF ne semble pas avoir été au fait que cette pratique de l'ONP était largement diffusée.

Décisions de l'ONP visant des contrats entre SEL et établissements de santé publique

- (147) Le [...] 2005, l'ONP décide d'adresser une lettre au LABM [...] qui vient de passer une convention avec un établissement hospitalier public, courrier visant à signifier au LABM que « *Le Conseil estime que toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % qui n'honore pas notre profession et qui peut révéler un comportement anti confraternel* »¹⁴⁶. Ce courrier est envoyé le [...] par l'ONP à la SEL¹⁴⁷.
- (148) Le [...] 2005, suite à une décision prise en réunion administrative du CCG le [...] 2005¹⁴⁸, l'ONP adresse un courrier au LABM [...] à propos de la convention conclue entre ce LABM et le centre hospitalier public d'"E", aux termes de laquelle le LABM consent à une ristourne de [...] % sur le prix de ses services, dans lequel il estime que « *toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de*

¹³⁹ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁴⁰ [...].

¹⁴¹ La SEL "AB" est identifiée par l'ONP comme faisant partie d'un groupe de laboratoires (Le groupe "AB") à surveiller au même titre que "XY" dès février 2005 au plus tard.

¹⁴² Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁴³ Les règles de concurrence nationales sont rappelées formellement à l'ONP.

¹⁴⁴ [...].

¹⁴⁵ [...].

¹⁴⁶ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁴⁷ [...].

¹⁴⁸ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

proposer les remises mentionnées dans cette convention qui n'honorent pas notre profession et peuvent révéler un comportement anti confraternel »¹⁴⁹. Le LABM en question a envoyé à l'ONP début 2008 une nouvelle convention avec le même établissement et comportant les mêmes conditions¹⁵⁰, sans obtenir de réponse de l'ONP cette fois-ci¹⁵¹.

- (149) Le [...] 2005 l'ONP envoie une lettre au LABM [...] ayant trait au contrat d'exercice privilégié envisagé entre le LABM et le Centre Hospitalier Universitaire (CHU) de "C", qui est un établissement hospitalier public. Ce contrat prévoit une ristourne dont l'ONP estime qu'elle « *doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % qui n'honore pas notre Profession, et qui pourrait révéler un comportement anti confraternel* »¹⁵². En réaction à la réponse du LABM, le CCG en séance administrative du [...] 2005 « *confirme les observations énoncées dans sa correspondance antérieure (...). Il ne saurait y avoir d'usages dans le domaine des remises* »¹⁵³.
- (150) Le [...] 2005, dans un courrier adressé à la SEL "AG" et relatif à trois conventions signées entre cette SEL et des établissements hospitaliers¹⁵⁴, l'ONP n'émet aucune remarque pour les deux conventions qui ne comportent respectivement aucune ristourne et 5% de ristourne, mais rappelle les règles de déontologie à propos du contrat qui inclut une ristourne de [...] % au bénéfice d'un établissement hospitalier public. La SEL répond dans un courrier daté du [...] 2005¹⁵⁵ que ce niveau de remise est bien inférieur à ceux pratiqués par des concurrents. Le [...] 2005, l'ONP répond à cette lettre en réitérant sa position que « *la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % qui n'honore pas notre Profession...* »¹⁵⁶.
- (151) Le [...] 2007, l'ONP envoie un courrier¹⁵⁷ à la SEL "AH" relatif à la convention passée entre la SEL et un hôpital local public¹⁵⁸, qui comporte une ristourne de prix de [...] %. L'ONP rappelle les dispositions du CSP en matière de déontologie (article R4235-75) et estime qu'en conséquence ceci « *ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % qui n'honore pas notre Profession ...* » et précise « *nous vous demandons de bien vouloir nous faire parvenir, dans les meilleurs délais, un avenant à ce contrat d'exercice privilégié* ». La SEL répond le [...] 2007 que le chiffre d'affaires concerné est marginal¹⁵⁹, après quoi l'ONP envoie un nouveau courrier le [...] 2007 indiquant que le dossier est classé¹⁶⁰.
- (152) Le [...] 2007, l'ONP décide d'adresser une lettre à la SEL "AB" concernant les conventions¹⁶¹ conclues entre cette SEL et l'Etablissement Public de Santé "U", pour

¹⁴⁹ [...].

¹⁵⁰ [...].

¹⁵¹ [...].

¹⁵² [...].

¹⁵³ [...].

¹⁵⁴ [...] (Centre convalescence "AI" (5% de remise), [...] Hôpital "AJ" ([...] % remise), [...] Centre hospitalier "AK" (pas de remise).

¹⁵⁵ [...].

¹⁵⁶ [...].

¹⁵⁷ [...]. Projet de lettre [...].

¹⁵⁸ [...].

¹⁵⁹ [...].

¹⁶⁰ [...].

¹⁶¹ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

« rappeler aux biologistes de cette structure (...) [que] toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % qui n'honore pas notre profession et qui pourrait révéler un comportement anti-confraternel »¹⁶².

- (153) Le [...] 2007, l'ONP envoie un courrier à la SEL "AD", relatif à la convention passée entre la SEL et l'hôpital "AL"¹⁶³, et en particulier au taux de ristourne de [...] % consenti par la SEL sur les prix des analyses dans le cadre de ce contrat. D'après l'ONP, « toute remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer un tel pourcentage de réduction qui n'honore par notre Profession, et qui pourrait révéler un comportement anti-confraternel »¹⁶⁴. La SEL, qui a été précédemment identifiée par l'ONP comme appartenant au groupe "XY"¹⁶⁵, n'a apporté aucune réponse à ce courrier de l'ONP, qui n'a pas donné suite¹⁶⁶.
- (154) Parallèlement, un courrier quasiment identique est envoyé le [...] 2007 à la SEL "AK", cosignataire de la convention avec l'hôpital "AL", comportant les mêmes remarques sur le niveau des ristournes consenties¹⁶⁷. La SEL n'a apporté aucune réponse à ce courrier de l'ONP, qui n'a pas donné suite¹⁶⁸.

Décisions de l'ONP visant à imposer un prix minimum pour des analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail (non remboursées)

- (155) Les analyses de biologie médicale réalisées dans le cadre de la médecine du travail ne sont pas remboursées par les organismes d'Assurance Maladie, comme le rappelle l'ONP dans un courrier¹⁶⁹. Dès lors, en l'absence de dispositions légales spécifiques, la négociation de ces prix relève du régime de droit commun de la liberté des prix prévu à l'article L 410-2, premier alinéa, du Code de commerce français.
- (156) Toutefois, le [...] 2004, l'ONP décide d'envoyer un courrier à un pharmacien biologiste ayant remporté un appel d'offres auprès de l'entreprise publique DCN "CW" pour un marché d'analyses de biologie médicale dans le cadre de la médecine du travail, après qu'un autre biologiste M. [...] ¹⁷⁰ s'est plaint auprès de l'ONP de cette situation. L'ONP estime, sur la base de son utilisation des règles de déontologie, que « la remise sur le prix doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % »¹⁷¹. Un courrier de l'ONP adressé à M. [...] et reprenant cette position de l'ONP est envoyé le 22 septembre 2004¹⁷².
- (157) Le [...] 2004, suite à une décision prise en réunion administrative du CCG le [...] 2004¹⁷³, l'ONP envoie un courrier au Service départemental d'incendie et Secours de

¹⁶² Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁶³ [...].

¹⁶⁴ [...].

¹⁶⁵ Compte-rendu de la réunion du Conseil Central de la Section G.

¹⁶⁶ [...].

¹⁶⁷ [...].

¹⁶⁸ [...].

¹⁶⁹ [...].

¹⁷⁰ Pharmacien biologiste à "Q".

¹⁷¹ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁷² [...].

¹⁷³ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

"Q", qui est un organisme public ayant passé un appel d'offres pour des analyses dans le cadre de la médecine du travail avec un laboratoire indépendant, lequel propose une ristourne de [...] % sur les prix. L'ONP dans sa lettre précise que « *Notre Conseil estime que la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre une remise de [...] %* »¹⁷⁴, en invoquant un présumé caractère déloyal de telles réductions qui seraient contraires aux règles de déontologie du CSP. Comme indiqué au considérant (155) et comme le rappelle lui-même l'ONP dans son courrier, les analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail ne sont pas remboursées par les organismes d'Assurance Maladie.

- (158) Le [...] 2005 l'ONP décide d'adresser une lettre au LABM "CR" qui a été sollicité par la direction des achats de "CQ" pour réaliser les analyses biologiques de leurs agents dans le cadre de la médecine du travail. L'ONP envoie un courrier à ce LABM pour porter à son attention le fait que « *toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise telle qu'elle n'honorerait pas notre profession et qui pourrait révéler un comportement anti confraternel* »¹⁷⁵. Comme indiqué précédemment au considérant (155) les analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail ne sont pas remboursées par l'Assurance Maladie.

Autres contrats ou conventions contestés par l'ONP

- (159) Le [...] 2005, l'ONP fait parvenir à la SEL "AC" un courrier relatif au contrat de collaboration conclu entre cette structure et un établissement hospitalier, qui prévoit une réduction de [...] % sur le prix des services, après en avoir débattu le [...] en séance administrative du CCG¹⁷⁶. Dans cette lettre, l'ONP indique que « *toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise telle quelle n'honorerait pas notre profession et pourrait révéler un comportement anti confraternel. Nous vous remercions de bien vouloir prendre acte de ces différentes remarques et nous adresser un avenant modificatif à ce contrat* »¹⁷⁷. L'ONP réitère quelques mois plus tard sa demande de réduire la ristourne dans un autre courrier qui traite aussi d'autres points dudit contrat de collaboration, en précisant « *nous ne pouvons que confirmer les termes de notre précédente lettre et le fait que les autres praticiens se fassent appliquer un taux de redevance ne saurait être pour autant une situation conforme aux textes* »¹⁷⁸.
- (160) En ce qui concerne un autre contrat de collaboration conclu par la même SEL en 2007, l'ONP n'a émis aucune remarque sur le niveau des ristournes prévues dans ce contrat, qui n'était que de 8%¹⁷⁹.
- (161) Le [...] 2006, l'ONP envoie des courriers identiques¹⁸⁰ aux LABM "CS" et "CT", relatifs au contrat de collaboration¹⁸¹ conclu entre les deux laboratoires le [...] 2006. Dans ces lettres, l'ONP « *estime que la remise sur le prix du B [...] % doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise*

¹⁷⁴ [...].

¹⁷⁵ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁷⁶ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁷⁷ [...].

¹⁷⁸ [...].

¹⁷⁹ [...].

¹⁸⁰ [...].

¹⁸¹ [...].

exorbitante qui n'honore pas notre Profession, et qui pourrait révéler un comportement anti-confraternel ». L'Ordre des Médecins qui a également reçu copie du contrat indique dans un courrier qu'il « *n'a pas relevé de clauses allant à l'encontre de la Déontologie* »¹⁸². Après avoir reçu l'assurance que les deux laboratoires ne réalisent aucun gain financier sur l'activité objet du contrat de collaboration¹⁸³, l'ONP « *émet un avis favorable quant au contrat de collaboration précité* »¹⁸⁴.

- (162) Le [...] 2006, l'ONP envoie un courrier à la SEL "CU", ayant trait au contrat de collaboration conclu entre cette SEL et la SELARL "CV" le [...] 2006¹⁸⁵, dans lequel l'ONP « *estime que la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise exorbitante de [...] % qui n'honore pas notre Profession, et qui pourrait révéler un comportement anti-confraternel* »¹⁸⁶. Après que les deux LABM ont répondu par écrit [entre autres] qu'ils ne sont pas concurrents¹⁸⁷, l'ONP envoie le [...] 2006 un deuxième courrier dans lequel il « *émet un avis favorable quant à ce contrat de collaboration* »¹⁸⁸ après en avoir décidé en réunion administrative du CCG du [...] 2006¹⁸⁹.
- (163) Le [...] 2007, l'ONP envoie un courrier¹⁹⁰ au préfet de "P", copie à la SEL "DB", au CDOM¹⁹¹ et au groupe hospitalier privé avec lequel la SEL a passé une convention de prestation de services¹⁹², relatif à ladite convention. Dans cette lettre, l'ONP « *estime que la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % qui n'honore pas notre Profession, et qui pourrait révéler un comportement anti-confraternel* ». Ce courrier fait suite à la décision prise lors des réunions administratives du CCG les [...] et [...] 2007¹⁹³.
- (164) Le [...] 2007, l'ONP adresse un courrier¹⁹⁴ au préfet de la "R", copie à la SEL "AM", au CDOM et au groupe hospitalier privé avec lequel la SEL a conclu une convention¹⁹⁵ portant sur des services d'analyses. A propos de ladite convention, l'ONP note, en faisant explicitement référence à l'article R 4235-45 du CSP, « *que la remise sur le prix du B doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % qui n'honore pas notre profession et qui pourrait révéler un comportement anti confraternel* ». Cet envoi de courrier reflète la décision prise lors des réunions administratives du CCG des [...] et [...] 2007¹⁹⁶.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

¹⁸² [...].

¹⁸³ [...].

¹⁸⁴ [...].

¹⁸⁵ [...].

¹⁸⁶ [...].

¹⁸⁷ [...].

¹⁸⁸ [...].

¹⁸⁹ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁹⁰ [...]; la SEL n'a pas gardé trace de ce courrier.

¹⁹¹ Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins.

¹⁹² [...].

¹⁹³ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

¹⁹⁴ [...].

¹⁹⁵ [...].

¹⁹⁶ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG.

(165) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP soutient qu'il n'a jamais exigé de modification contractuelle, qu'il n'a pas relancé les laboratoires aux fins de la communication des modifications demandées et qu'il n'a pas engagé de procédure disciplinaire. Les arguments concernant sa justification de limiter à 10% les ristournes consenties dans les contrats ou conventions mentionnés ci-dessus sont exposés aux considérants (190) à (221).

«Aucune modification contractuelle n'a jamais été exigée par [l'ONP]»¹⁹⁷

(166) Premièrement, l'ONP soutient qu'il n'a jamais exigé de modification contractuelle de la part des pharmaciens biologistes.

(167) Cette affirmation est contredite par les pièces du dossier. D'une part, deux courriers de l'ONP enjoignent clairement aux SEL/laboratoires concernés de réduire les ristournes qu'ils ont consenties contractuellement. L'ONP va même plus loin en exigeant l'envoi par les laboratoires d'un avenant au contrat qu'ils ont signé, et qui prendrait en compte les remarques de l'ONP: par exemple, « nous vous demandons de bien vouloir nous faire parvenir, dans les meilleurs délais, un avenant à ce contrat d'exercice privilégié » (Voir considérants (151) et (159)). D'autre part, l'ONP fait dans tous les cas directement allusion au code de déontologie (risque d'un « comportement anti-confraternel ») et donc menace d'utiliser ses pouvoirs disciplinaires si ses demandes ne sont pas satisfaites.

«[l'ONP] n'a pas davantage effectué de relance aux fins de communication de toute modification»¹⁹⁸

(168) Deuxièmement, l'ONP soutient qu'il n'a jamais relancé les laboratoires/SEL aux fins d'une communication des modifications demandées par l'ONP concernant le montant des ristournes.

(169) Cette assertion est également contredite par les pièces du dossier. Dans deux cas, l'ONP a envoyé des courriers de rappel aux laboratoires concernés (considérants (150) et (159)).

« Aucune procédure disciplinaire n'a été engagée»¹⁹⁹

(170) Troisièmement, l'ONP soutient correctement qu'aucune procédure disciplinaire relative aux ristournes n'a été engagée par le Conseil central de la section G sur le fondement d'un manquement disciplinaire à l'article R 4235-75 du CSP.

(171) Toutefois, cette circonstance ne modifie en rien le fait que les décisions en cause constituent des décisions visant à restreindre la concurrence par les prix sur le marché en cause.

(172) Par ailleurs, le fait que l'ONP n'ait pas fait usage de ses pouvoirs disciplinaires suggère au moins que ses dirigeants avaient un doute quant à la légalité des exigences formulées par l'ONP dans les courriers en question. Soit ces exigences sont légales, et l'ONP aurait dû ou pu lancer des procédures disciplinaires ce qu'elle n'a pas hésité à faire dans d'autres domaines ou à propos d'autres dispositions du

¹⁹⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 164.

¹⁹⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 164.

¹⁹⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 164.

CSP, soit ces exigences ne se fondent que sur une interprétation de la loi à des fins économiques par l'ONP et sont la manifestation d'une intervention de l'ONP sur le marché à des fins anticoncurrentielles.

5.1.3. Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques

Le cadre légal

- (173) Comme il a été exposé au chapitre 3.3, le cadre légal pour les contrats de collaboration entre laboratoires ou les conventions ou accords passés entre les LABM et des établissements de santé est défini à l'article L6211-6 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010. Cette disposition autorise explicitement l'octroi de ristournes pour autant qu'elles s'inscrivent dans le cadre de conventions ou contrats de collaborations entre un laboratoire et un organisme d'assurance maladie, un établissement de santé public ou privé ou un autre laboratoire.
- (174) De plus, la surveillance du respect des règles déontologiques en matière de prix pratiqués par les pharmaciens entre dans le cadre des missions de l'ONP, au même titre que d'autres professions de santé. Deux articles du CSP font référence à cette mission, l'article R4235-65, qui concerne tous les pharmaciens, et l'article R4235-75, qui est adressé spécifiquement aux pharmaciens biologistes. Le CSP ne prévoit pour les médecins biologistes aucune disposition spéciale, contrairement aux pharmaciens biologistes.
- (175) La formulation générale des articles de loi applicables aux différentes professions de santé laisse très clairement entendre que cette surveillance concerne essentiellement le risque de prix trop élevés. Pour ce qui concerne les pharmaciens, l'article R4235-65 du CSP précise *“Tous les prix doivent être portés à la connaissance du public conformément à la réglementation économique en vigueur. Lorsque le pharmacien est, en vertu de la réglementation en vigueur, appelé à fixer librement les prix pratiqués dans son officine, il doit y procéder avec tact et mesure”*.
- (176) Par analogie, pour les médecins, l'article R4127-53 du CSP énonce que: *“Les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières. Ils ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués. L'avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou par correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire. Un médecin doit répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement. Il ne peut refuser un acquit des sommes perçues. Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux malades”*. C'est également le cas d'autres professions de santé²⁰⁰.

²⁰⁰ Soulignement ajouté. Par exemple, article R4127-240 du CSP: “Le chirurgien-dentiste doit toujours déterminer le montant de ses honoraires avec tact et mesure. Les éléments d'appréciation sont, indépendamment de l'importance et de la difficulté des soins, la situation matérielle du patient, la notoriété du praticien et les circonstances particulières. Le chirurgien-dentiste est libre de donner gratuitement ses soins. Mais il lui est interdit d'abaisser ses honoraires dans un but de détournement de la clientèle. Le chirurgien-dentiste n'est jamais en droit de refuser à son patient des explications sur le montant de ses honoraires. Il ne peut solliciter un acompte que lorsque l'importance des soins le justifie et en se conformant aux usages de la profession. Il ne peut refuser d'établir un reçu pour tout versement d'acompte. Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux patients. Lorsque le chirurgien-dentiste est conduit à proposer un traitement d'un coût élevé, il établit au préalable un devis écrit qu'il remet à son patient”.

- (177) La rédaction de l'autre article faisant référence aux prix pratiqués par les pharmaciens biologistes, l'article R4235-75 du CSP est plus complexe. Plusieurs interprétations de cet article sont possibles, elles doivent cependant toutes tenir compte du contexte légal en vigueur et en particulier, dans le cadre de l'exercice d'une délégation de mission de service public, des règles européennes de concurrence.
- (178) L'article R4235-75 du CSP²⁰¹ énonce que *“Le pharmacien biologiste ne doit pas réduire ses honoraires dans une intention de concurrence déloyale ou au détriment de la qualité des prestations qu'il fournit. Dans le cas de contrat de collaboration entre laboratoires, les honoraires concernant les transmissions doivent être fixés avec tact et mesure. Il doit s'interdire de collecter les prélèvements aux fins d'analyses dès lors que cette pratique constituerait une concurrence déloyale au détriment de ses confrères“*.
- (179) Cet article ne mentionne que les contrats de collaboration conclus entre laboratoires, et en aucun cas les conventions qui peuvent être signées entre un laboratoire et des organismes d'assurance maladie ou des établissements de santé publics ou privés.

Interprétation de la loi par l'ONP à des fins économiques

- (180) En décembre 2003, l'ONP décide de façon autonome d'élargir le champ de ses missions à un domaine qui n'est pas défini dans le Code de la santé publique: le Conseil Central de la Section G de l'ONP décide de définir *« certaines règles concernant les conditions financières devant figurer dans les contrats de collaboration conclus entre les laboratoires »*²⁰².
- (181) Alors que la constitution de groupes de laboratoires se précise courant 2004, le CCG décide en septembre 2004 en séance administrative de tenter d'imposer un prix minimum de marché : *« la remise sur le prix doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise de [...] % »*²⁰³. Le CCG décide également d'envoyer une lettre à un biologiste ayant proposé des conditions commerciales jugées trop importantes par un de ses concurrents, qui s'en est ému auprès de l'ONP²⁰⁴.
- (182) De nombreux courriers sont envoyés par l'ONP entre 2004 et fin 2007 dans le même but d'imposer un prix minimum de marché. L'argumentation est souvent très semblable à la suivante, développée dans une lettre d'avril 2005, à propos d'une ristourne contractuelle de [...] %: *« L'article R5015-75²⁰⁵ du Code de la santé publique stipule que le pharmacien ne doit pas réduire ses honoraires dans une intention de concurrence déloyale et au détriment de la qualité des prestations qu'il fournit. Notre Conseil estime que toute remise doit être fixée avec tact et mesure, ce qui ne devrait pas permettre de proposer une remise telle qu'elle n'honorerait pas notre profession et pourrait révéler un comportement anti-confraternel. Nous vous remercions de bien vouloir prendre acte de ces différentes remarques et nous adresser un avenant modificatif à ce contrat »*²⁰⁶. Cette position est confirmée par

²⁰¹ Ancien R5015-75 du CSP. Soulignement ajouté.

²⁰² Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 11 décembre 2003.

²⁰³ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 16 septembre 2004.

²⁰⁴ Voir considérant (156).

²⁰⁵ Désormais article R4235-75 du CSP.

²⁰⁶ Voir considérant (159).

une lettre ultérieure²⁰⁷ : «*En ce qui concerne l'article XII – REMUNERATION DE LA CLINIQUE. Nous ne pouvons que vous confirmer les termes de notre précédente lettre et le fait que les autres praticiens se fassent appliquer un taux de redevance ne saurait être pour autant une situation conforme aux textes. Dans l'attente de vous lire, pour tenir compte des observations précitées....* ».

- (183) Les pièces du dossier montrent que la position de l'ONP vise à interdire uniquement les ristournes (l'ONP parle systématiquement de remises dans ses courriers) supérieures à 10% : à propos d'un contrat d'exercice conclu en mars 2007 l'ONP n'a aucun commentaire à propos d'une ristourne de 8% : «*Nous avons soumis ce document à l'examen du Conseil qui n'a émis aucune observation particulière à son sujet* »²⁰⁸. L'ONP n'émet également aucune remarque pour deux autres conventions soumises en septembre 2005 et qui comportent des ristournes inférieures à 10% qui lui sont soumises par une SEL, mais émet des objections pour un troisième contrat communiqué par la même SEL et qui prévoit [...] % de ristourne²⁰⁹.
- (184) Cette pratique de l'ONP formulée dans de nombreux courriers est « formalisée » en interne le 14 septembre 2005, au cours d'une séance administrative du CCG²¹⁰ : «*Il appartient au Conseil d'examiner la réponse apportée par l'avocat de la SELARL, précitée aux remarques formulées par le Conseil au sujet de la remise de [...] % prévue à ce contrat. (...) Le Conseil confirme les observations énoncées dans sa correspondance antérieure, à savoir que toute remise doit être fixée avec tact et mesure et une remise supérieure à 10% n'honore pas notre profession. Il ne saurait y avoir d'usages dans le domaine des remises* ».
- (185) Par le biais de cette décision de fixer un prix minimum, l'ONP vise en fait à protéger les intérêts des très nombreux petits laboratoires dont les propriétaires élisent les instances dirigeantes de l'ONP. Ces petits laboratoires ont des structures de coûts peu compétitives et du matériel moins productif que des laboratoires financés par des groupes et qui sont en mesure d'acquérir des plateaux techniques performants. Les petits laboratoires peuvent ainsi perdre des parts de marché auprès des hôpitaux s'ils sont incapables de fournir les mêmes prestations à un prix inférieur.
- (186) Si l'ONP devait suspecter un problème de déontologie, notamment concernant une infraction possible à la concurrence loyale au sens du CSP, la procédure normale serait de diligenter une enquête et réaliser une étude sur les niveaux de prix, pour déterminer dans quelle mesure ceux-ci pourraient constituer la manifestation d'une concurrence déloyale, par exemple pour déterminer si leur niveau est inférieur au prix de revient, ce que l'ONP n'a fait dans aucun des cas cités. Or le niveau des prix officiels (avant ristourne) en France est jusqu'à deux à trois fois supérieur sur cette période à celui dans d'autres Etats membres²¹¹, ce qui exclut a priori la possibilité de prix « déloyaux », mais encore plusieurs pharmaciens ont dans leurs réponses clairement indiqué qu'ils couvraient largement leurs coûts²¹².
- (187) En tout état de cause, l'ONP était à tout le moins tenu d'expliquer aux destinataires de ses courriers les éléments factuels en sa possession permettant de conclure à une

²⁰⁷ Lettre ONP du 7 octobre 2005.

²⁰⁸ [...]. La remise est proposée à l'article 8 (page 4) : Redevance de 8% sur les honoraires perçus.

²⁰⁹ [...].

²¹⁰ Réunion administrative du CCG.

²¹¹ Voir rapport Inspection Générale des Affaires Sanitaires d'avril 2006 n° 2006 045, page 3/7 de la synthèse.

²¹² Réponse du laboratoire à l'ONP.

possible manifestation d'une concurrence déloyale, ce que l'ONP n'a pas fait. Par ailleurs, dans ses observations à la communication des griefs, l'ONP n'a pas spécifié dans quelle mesure les octrois de ristournes en question pourraient constituer une infraction aux règles de déontologie du CSP.

- (188) D'autre part, dans un cas où l'Ordre des Médecins est également destinataire de copies de contrats de collaboration, celui-ci ne relève aucun problème déontologique lié au niveau de ristourne consenti, contrairement à l'ONP²¹³.
- (189) Enfin, des baisses de prix sur ce type de contrats peuvent avoir un impact élevé sur le marché: environ 20% des analyses de biologie médicale est réalisé pour le compte d'hôpitaux privés²¹⁴, qui sont légalement obligés de confier leurs analyses à un laboratoire privé²¹⁵.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (190) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP avance plusieurs arguments pour justifier ses décisions d'interdire les ristournes supérieures à 10%, : 1) l'ONP aurait été « contraint » de s'opposer aux ristournes parce qu'elles constitueraient une fraude aux dépens de l'Assurance maladie publique 2) en réalité les ristournes seraient des redevances, dont l'octroi serait soumis à des conditions supplémentaires 3) l'ONP n'imposerait nullement de prix minimum puisque les prix sont fixés par l'Assurance maladie et 4) les ristournes seraient contraires au principe d'indépendance professionnelle par les pharmaciens biologistes.

«Abus d'utilisation de l'argent public commis par les pharmaciens »²¹⁶

- (191) L'argument principal avancé par l'ONP est que la différence entre le prix officiel et le prix négocié entre professionnels ne bénéficiant pas au laboratoire privé contrôlé par le pharmacien biologiste ayant effectué le prélèvement, l'octroi de ristournes supérieures à 10% deviendrait un « geste commercial »²¹⁷ et constituerait dès lors un « détournement de la législation française et un abus caractérisé dans l'usage des finances de la sécurité sociale »²¹⁸.
- (192) L'ONP serait ainsi d'après sa propre analyse « *contraint, en raison des termes mêmes de la loi, de s'opposer aux détournements de la législation sociale et aux abus de l'argent public commis par des pharmaciens, ceux-ci étant contraires aux devoirs professionnels des pharmaciens et à l'honneur de la profession* »²¹⁹.
- (193) A titre liminaire, il convient de remarquer que l'ONP n'opère aucune distinction dans ses observations sur la communication des griefs entre les différents courriers qu'il a envoyés et qui concernent les ristournes (que l'ONP appelle remises dans tous ses courriers), bien que ces courriers concernent des situations contractuelles différentes.

²¹³ Réponse de l'Ordre des médecins et réponse de l'ONP.

²¹⁴ [...].

²¹⁵ L'article R 6212-83 du CSP (ex-Art. 12 du décret n° 92-545) prohibe la détention du capital d'un LABM par tout fournisseur ou personne physique ou morale exerçant une autre profession de santé, dont les hôpitaux privés. En revanche, la participation des personnes qui exploitent des LABM au capital d'hôpitaux privés n'est pas interdite.

²¹⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 204.

²¹⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 200.

²¹⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 205.

²¹⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 203.

- (194) L'ONP ne peut sérieusement invoquer un abus présumé de l'utilisation de l'argent public comme justification de ses courriers relatifs aux prix, dans la mesure où la majorité des contrats mentionnés dans la communication des griefs et dans la présente décision ont été conclus entre des laboratoires privés et des entités publiques ou dans le cadre d'appels d'offres publics. Cette constatation figurait déjà explicitement dans la communication des griefs mais n'a suscité aucun commentaire de l'ONP, ni dans ses observations écrites, ni à l'audition.
- (195) Plus précisément, sur les 20 courriers mentionnés dans la communication des griefs dans lesquels l'ONP vise à interdire les ristournes supérieures à 10% octroyées par des laboratoires dans lesquels exercent des pharmaciens biologistes:
- (a) Deux de ces courriers de l'ONP visent à limiter les ristournes consenties par des laboratoires d'analyses privés à des organismes de l'Assurance maladie.²²⁰ L'ONP ne peut raisonnablement soutenir que des pharmaciens biologistes qui accordent des prix plus compétitifs que le prix officiel à l'Assurance maladie, l'organisme même qui négocie les prix officiels de remboursement avec les syndicats de pharmaciens biologistes, déshonoreraient la profession de pharmacien, ni qu'il serait du devoir de l'ONP de s'opposer aux « *effets malfaisants de ces pratiques sur le financement de la santé publique et les finances de l'Etat en général* »²²¹, ni que l'Assurance maladie s'abuserait elle-même par ce « *mécanisme de détournements des fonds publics* »²²².
 - (b) Huit des courriers de l'ONP concernent des conventions dans lesquelles des laboratoires privés accordent des ristournes sur le prix de leurs services à des hôpitaux publics.²²³ Ceci semblerait également d'après l'ONP constituer « *un abus caractérisé dans l'usage des finances de la sécurité sociale* »²²⁴.
 - (c) Trois des courriers dans lesquels l'ONP s'oppose à des ristournes supérieures à 10% concernent des conventions signées entre des laboratoires privés et des entreprises ou entités publiques, suite à des appels d'offres pour des analyses de biologie médicale à réaliser dans le cadre de la médecine du travail.²²⁵ Ces prestations ne sont pas remboursables par l'Assurance maladie, ce que l'ONP rappelle d'ailleurs dans ses courriers, et la négociation des prix dans ce cadre relève du régime de droit commun de la liberté des prix prévu à l'article L. 410-2, premier alinéa, du Code de commerce français.
- (196) Enfin, rien ne distingue les courriers envoyés par l'ONP concernant les contrats cités ci-dessus et ceux conclus avec des établissements hospitaliers privés ou entre laboratoires, les mêmes paragraphes standards sont utilisés, les mêmes allusions au Code de déontologie et au pouvoir disciplinaire de l'ONP sont formulées, ce qui caractérise une utilisation systématique et sans discrimination d'un format de courrier standard ayant pour seul objectif d'imposer un prix minimum de marché. L'argument tiré de l'abus dans l'utilisation de l'argent public commis par les pharmaciens apparaît "fabriqué" a posteriori pour les besoins de la cause de l'ONP.

²²⁰ Voir considérants (144) et (145).

²²¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 209.

²²² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 167.

²²³ Voir considérants (147) à (154).

²²⁴ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 205.

²²⁵ Voir considérants (155) à (158).

L'ONP n'a versé au dossier aucun courrier ou note par lesquels il aurait signalé aux autorités de telles "fraudes" et "détournements de fonds publics" (point 167 des observations de l'ONP sur la communication des griefs)

- (197) Si ces ristournes sont frauduleuses (elles sont qualifiées par l'ONP elle-même d'"abus caractérisés" au point 205 des observations de l'ONP sur la communication des griefs), il est encore plus surprenant que l'ONP s'estime habilité à admettre et à "valider" des ristournes allant jusqu'à 10%.
- (198) En conclusion, l'ONP ne saurait en tout état de cause se prévaloir d'un présumé « *abus d'utilisation de l'argent public* » pour justifier ses tentatives répétées d'imposer un prix de marché minimum.

« *Les ristournes sont au sens commun du terme des « redevances »* »²²⁶

- (199) Deuxièmement, l'ONP développe aux points 161 à 164 de ses observations sur la communication des griefs la thèse selon laquelle le terme de *ristourne* utilisé dans la rédaction de l'article L 6211-6 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 constituerait une approximation malheureuse du législateur en décalage avec la réalité²²⁷, et qu'en fait le terme de *redevance* serait plus approprié et par conséquent la législation applicable serait différente – le paiement de redevances étant, selon l'ONP, soumis à une série de conditions supplémentaires.
- (200) L'ONP cite au soutien de sa démonstration une jurisprudence nationale²²⁸ sans grand rapport avec les pratiques en cause mais qui vise à démontrer que les ristournes/redevances devraient en réalité se limiter à compenser des prestations fournies par les parties au contrat: établissement de santé, caisse d'assurance maladie ou laboratoire concurrent. L'ONP conclut sa démonstration en affirmant au point 164 de ses observations « *qu'en aucun cas, cette « redevance » ne doit se transformer en geste commercial* »
- (201) L'idée même que le législateur aurait utilisé le terme de "ristourne" pour désigner la rémunération d'un service rendu par le client du laboratoire et venant en déduction du prix du service rendu par le laboratoire est surprenante. Les ristournes que la loi autorise (article L 6211-6 du CSP en vigueur jusqu'à sa modification par l'ordonnance n° 2010-49) ne sauraient être confondues avec des redevances pour services rendus.
- (202) Cette argumentation présente elle aussi tous les traits d'une justification a posteriori.
- (203) En premier lieu, la question de la rémunération des services rendus par le client et de son imputation sur le prix du service ou de la marchandise qui lui est vendu est très lourdement réglementée en France. C'est la problématique des "marges arrières" par lesquelles les distributeurs notamment tentent d'obtenir de leurs fournisseurs des rémunérations pour des services non prestés. Ces "marges" sont réglementées par le Livre IV du Titre IV du Code de commerce (article L 440-1 et suivants) auquel les laboratoires sont d'ailleurs soumis

²²⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 162.

²²⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 161 « Ce terme, quand bien même il est celui employé par le CSP, ne correspond cependant pas à la réalité juridique et économique qu'il recouvre ».

²²⁸ Voir notamment Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 162 et 164.

- (204) Lorsque les hôpitaux rendent des services aux laboratoires, ils facturent des redevances, que ces redevances viennent ou non en déduction de la facture émise par le laboratoire. Il ne s'agit ni de près ni de loin de ristournes.
- (205) A supposer même que les "ristournes" en cause soient des redevances pour prestations fournies (quod non), l'ONP ne pouvait pas arbitrairement limiter à 10% le montant de ces redevances (voir considérant 131 de la communication des griefs), alors même qu'elles étaient "causées" par la prestation fournie par le client du laboratoire. L'argumentaire de l'ONP pourrait avoir pour effet paradoxal d'empêcher les hôpitaux de se faire rémunérer à leur juste prix les prestations qu'ils fournissent aux laboratoires.
- (206) L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 novembre 2006 (cité par l'ONP au point 164 de ses observations sur la communication des griefs) concerne la profession de médecin soumise à une réglementation différente, et n'est pas transposable aux laboratoires d'analyse médicale.
- (207) En second lieu, les termes de l'article L 6211-6 du CSP sont extrêmement clairs (voir considérant (135)) : les ristournes, qui constituent indéniablement un geste commercial, sont autorisées, pour autant qu'elles s'inscrivent dans le cadre défini par cet article.
- (208) En troisième lieu, force est de constater que l'ONP utilise exclusivement le terme de «*remise*» dans toutes les correspondances dont il est question : «*remise exorbitante*», «*toute remise doit être fixée avec tact et mesure*» ou «*remise telle qu'elle n'honorerait pas notre profession*». Dans un seul des courriers cités dans la présente décision l'ONP utilise le terme de redevance, cependant c'est en citant les termes du contrat de collaboration, pour conclure que la ristourne proposée «*pourrait révéler un comportement anti confraternel*».
- (209) Dans aucun des courriers en cause l'ONP ne fait état de «*redevances*» dont le niveau serait trop élevé. En revanche, il ressort très clairement de ces courriers que l'ONP cherche en substance à imposer un prix minimum de marché, ce à quoi revient l'imposition de remises plafond par rapport à des prix fixes.
- (210) Enfin, comme l'ONP le remarque au point 166 de ses observations sur la communication des griefs, un texte de loi adopté par l'Etat français le 13 janvier 2010 et visant à modifier de nombreuses dispositions du cadre réglementaire de ce marché a supprimé l'article L 6211-6 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, limitant ainsi la liberté de négociation sur les prix entre professionnels²²⁹.
- (211) Ainsi, jusqu'au 15 janvier 2010, il est clair que les relations financières entre laboratoires et/ou entre les laboratoires et les caisses d'assurance maladie ou les établissements de santé publics ou privés ne sont pas prédéfinies par les prix officiels – qui constituent un prix maximum pour les transactions entre professionnels²³⁰ – mais, comme le note l'Autorité de la concurrence française, «*relèvent, dans la limite de ce plafond, du régime de droit commun de la liberté des prix prévu aujourd'hui à l'article L. 410-2, premier alinéa, du code de commerce*»²³¹.

²²⁹ Ordonnance no 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale.

²³⁰ Mais qui est le prix auquel les patients sont remboursés.

²³¹ Autorité de la Concurrence, Avis n° 10-A-01 du 5 janvier 2010 relatif à un projet d'ordonnance portant organisation de la biologie médicale.

- (212) En conclusion, l'ONP ne saurait se prévaloir d'une présumée rédaction malheureuse de l'article L6211-6 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 par le législateur pour justifier ses tentatives répétées d'imposer un prix de marché minimum.

Les prix officiels sont fixés par l'Assurance maladie

- (213) L'ONP soutient dans ses observations sur la communication des griefs²³² qu'il ne s'agirait nullement dans ses courriers de tenter d'imposer un prix minimum puisque les honoraires des biologistes sont négociés annuellement entre l'Assurance maladie et repris dans la Nomenclature des Actes de biologie médicale. Cette objection ne résiste pas à l'examen.
- (214) D'une part, s'il est vrai que les prix officiels sont négociés annuellement entre l'Assurance maladie et les syndicats de biologistes, et repris dans cette Nomenclature, il n'en reste pas moins que ces prix constituent des prix maximums et que les ristournes contractuelles sont autorisées dans le cadre défini par l'article L 6211-6 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.
- (215) D'autre part, imposer une ristourne maximum par rapport à un prix officiel revient à imposer un prix minimum. La jurisprudence européenne est claire : l'interdiction des ristournes sur des prix publiés revient à fixer indirectement les prix²³³.
- (216) Au surplus, plusieurs courriers de l'ONP concernent des analyses médicales réalisées dans le cadre de la médecine de travail, qui sortent du champ d'application des analyses soumises à tarification réglementaire²³⁴ et dont la négociation des prix relève du régime de droit commun de la liberté des prix (voir considérant (155)). Ce type d'analyses peut toujours faire l'objet de remises, même après les modifications légales de début 2010 (voir considérants (103) à (109)) dans la mesure où ces services ne sont pas remboursés par la sécurité sociale.

Les ristournes seraient contraires au « principe d'indépendance »

- (217) L'ONP soutient aussi que les ristournes seraient contraires au principe d'indépendance professionnelle des pharmaciens biologistes parce qu'elles porteraient atteinte à la qualité des soins prodigués aux patients.²³⁵
- (218) Cependant, l'ONP n'apporte aucun argument au soutien de cette affirmation dans ses observations sur la communication des griefs. De plus, comme il le constate au point 159 de celles-ci : « *le contrôle de la qualité des analyses relève d'une compétence exclusive des autorités de l'Etat* ».

Les interventions de l'ONP seraient marginales dans ce domaine

- (219) L'ONP a soutenu lors de l'audition que, compte tenu du faible nombre de courriers mentionnés dans la communication des griefs, les interventions de l'ONP sur les prix de marché devraient être considérées comme marginales. L'ONP avance à l'appui de

²³² Considérant 161, considérant 200 et considérant 206.

²³³ Arrêt du 19 mars 2003 dans l'affaire T-213/00, CMA CGM e.a/Commission (Recueil 2003, p. II-913, point 175): "Un accord, tel que celui en l'espèce, qui prévoit l'interdiction, pour les requérantes, d'octroyer des rabais à leur clientèle sur les taux publiés des taxes et des surtaxes a pour objet, en fixant indirectement les prix, de restreindre la concurrence, au sens de l'article 81, paragraphe 1, sous a)".

²³⁴ Voir [...].

²³⁵ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 203.

cette affirmation que la Commission ne citerait que 18 courriers²³⁶ envoyés entre 2003 et 2007, qui ne concernent donc, sur les 4270 laboratoires autorisés en France, que 0,3% des laboratoires actifs sur le marché français sur une période de quatre ans²³⁷.

- (220) Cette conclusion de l'ONP n'est pas correcte, et le chiffre de 0,3% mentionné par l'ONP ne prouve en rien que la pratique de l'ONP d'imposer des prix minimum serait marginale.
- (221) Bien au contraire, compte tenu des moyens mis en œuvre par l'ONP pour assurer le respect de ses décisions, en particulier le recours effectif au pouvoir disciplinaire ou la simple menace ou perspective de poursuites disciplinaires, ce chiffre pourrait tout aussi bien être utilisé pour prouver que la stratégie de l'ONP de fixer les prix était très efficace et qu'il a suffi d'un nombre très restreint d'interventions sur les prix assorties de menaces de recours au pouvoir disciplinaire de l'ONP pour dissuader les laboratoires actifs sur le marché en cause de pratiquer des prix inférieurs à ceux que l'ONP entend imposer sur le marché. En effet, si la pratique d'octroi de ristournes supérieures à 10% était plus fréquente, cette situation n'aurait pas échappé à l'attention vigilante de l'ONP.

5.2. Décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer

5.2.1. Stratégie planifiée visant à entraver les groupes de LABM

- (222) Comme l'attestent de nombreuses pièces du dossier, l'ONP a mis en place dès le début de l'année 2003 et a poursuivi pendant plusieurs années une traque systématique de tous les laboratoires et structures appartenant à des groupes de laboratoires.
- (223) De nombreux documents résument les structures des principaux groupes actifs sur le marché et les plaintes disciplinaires en cours. Or, le seul point commun entre ces différentes structures est qu'il s'agit de groupes de laboratoires. Ces structures n'ont pas d'autre point commun ni dans les montages juridiques retenus, ni dans les motifs invoqués par l'ONP à l'appui des procédures disciplinaires lancées contre les SEL et les pharmaciens de laboratoires liés à ces groupes.
- (224) Le principal point commun entre ces groupes de laboratoires, en particulier "XY", "YZ" et "YY", est qu'ils représentent un risque concurrentiel (voir chapitres 2.2.2.1.3 et 2.2.2.2) pour la majorité des membres de l'ONP, risque que l'ONP souhaite mettre sous contrôle.
- (225) Dès le début de l'année 2003, des synthèses sur "XY" sont préparées par l'ONP²³⁸: « Madame [...] présente une synthèse sur les sociétés d'exercice libéral ayant un lien avec le groupe "X" »²³⁹; « Tous ces points nous conduisent à penser que le laboratoire (...) a été vendu au groupe "XY" »²⁴⁰ ou bien « Certains indices nous permettent d'identifier des structures appartenant au groupe "XY": modèles de

²³⁶ En même temps l'ONP a soutenu lors de l'audition que la Commission ne citerait que 14 situations pour lesquelles l'ONP a envoyé des lettres et semble oublier 4 autres lettres de l'ONP concernant des contrats relatifs aux analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail (voir considérants (155) à (158)).

²³⁷ Présentation de l'ONP lors de l'audition du 10 février 2010.

²³⁸ Dès [...] 2003, voir procès-verbal de la réunion du CCG du [...] 2003.

²³⁹ Compte-rendu réunion administrative du Conseil Central Section G du [...] 2006.

²⁴⁰ Compte-rendu réunion du Conseil Central G du [...] 2007.

statuts, commissaires aux comptes (Monsieur [...]), commissaire à la transformation (Monsieur [...]) »²⁴¹.

- (226) Dès 2004, l'ONP s'est inquiété, comme l'illustre un document "*Projet «XY»*", des activités du groupe "XY" et de la société holding "XY" SAS sur le marché français, de ses opérations et des perspectives du "Projet XY". Dans le document précité, l'ONP a aussi noté que la SELARL "AP", "*un des satellites du projet «XY»*" a obtenu l'agrément préfectoral par la DDASS de [...] "*sans l'avis du conseil de l'Ordre des Pharmaciens lequel était négatif.*"²⁴²
- (227) Le cas de la SELARL "AP" a attiré l'attention de l'ONP parce qu'il s'agissait, contrairement aux autres SEL, d'une société nouvellement créée. Ainsi le procès-verbal de la réunion administrative du CCG du [...] 2004 indique: "[Le [...] du CCG] *attire l'attention du Conseil sur le fait que nous avons reçu récemment une demande d'inscription d'une SELARL dénommée "AP". L'étude de ce dossier sera faite en partenariat avec la direction des affaires juridiques du Conseil national.*"²⁴³
- (228) Le dossier "XY" a été suivi aussi dans le document "*Dossiers en cours*" de 2004/2005²⁴⁴ où l'ONP dresse une liste récapitulative des structures appartenant au groupe "XY" qui se sont transformées en SELAFA, qui ont réalisé une fusion par absorption pour donner naissance à une SELAFA ou qui ont été nouvellement créées. Dans le document précité, l'ONP s'est également occupé des principes de contrôle dans le groupe "XY", mais il a aussi suivi les autres groupes et leurs structures et opérations sur le marché français.
- (229) Dans un document datant de juin 2005, "*Montages des SELAFA dépendant du groupe "XY"*", l'ONP analyse les mécanismes de prise de contrôle des SELAFA par le groupe.²⁴⁵ L'autre document rédigé par l'ONP entre 2004 et 2006, "*SEL du groupe "XY"*", illustre le caractère systématique de la recherche de SEL du groupe "XY" par l'ONP (18 à cette époque-là), y compris leur identification selon l'ordre professionnel auquel ces structures sont inscrites (ONP ou Ordre des médecins) et l'examen de l'historique de quelques SEL particulières²⁴⁶. Un autre document du [...] 2006 analyse les mécanismes « *pernicieux* » élaborés par le groupe "XY"²⁴⁷.
- (230) Dans le document "[...]" de [...] 2008, l'ONP a établi une synthèse légale et économique des activités de groupes de laboratoires ("YZ", "ZZ", "XY") aptes à concurrencer fortement la majorité des petits laboratoires présents sur le marché français, ainsi que leurs stratégies et moyens légaux pour pénétrer le marché français.²⁴⁸
- (231) Dans le document "[...]" de [...] 2008, l'ONP décrit, pour trois groupes ("XY", "YZ", "ZZ") de manière détaillée la structure de ces groupes et le type de participations dans les SEL, et il énumère également les SEL qui appartiennent aux groupes précités.²⁴⁹ Un autre document d'octobre 2008 émanant de l'ONP et intitulé

²⁴¹ Conseil central Section G réunion du [...] 2008, Groupes identifiés.

²⁴² [...].

²⁴³ [...].

²⁴⁴ [...].

²⁴⁵ [...].

²⁴⁶ [...].

²⁴⁷ [...], « Le réseau "XY" ».

²⁴⁸ [...].

²⁴⁹ [...].

"[...] " contient également la description détaillée similaire des groupes et des SEL à celle décrite ci-dessus.²⁵⁰

- (232) Dans un autre document intitulé "[...]", l'ONP a établi une synthèse des plaintes à l'encontre des pharmaciens/SEL collaborant avec des groupes de laboratoires ("XY", "YZ", "ZZ") y compris les motifs des plaintes. Ce document, créé en juillet 2004, montre que l'objectif poursuivi par les plaintes est de limiter le risque concurrentiel que présentent ces groupes sur le marché²⁵¹ (voir considérants (521) à (524)).
- (233) Les informations pertinentes pour les procédures disciplinaires contre les personnes liées aux groupes sont aussi contenues dans le document "[...]" datant de 2004/2005.²⁵² L'ONP a également rédigé le document "*Listes des plaintes "XY" par SEL*", ce qui démontre que l'ONP a créé, dès 2004, un dossier spécial sur les poursuites disciplinaires des SEL et des pharmaciens liés au groupe "XY".²⁵³
- (234) Un instrument utile pour identifier toutes les SEL liées aux groupes de laboratoires est le formulaire d'inscription au Tableau de l'Ordre. Avec ce formulaire de demandes d'information, l'ONP a décidé de façon autonome de créer de nouvelles obligations comme, par exemple, celle de fournir des informations sur la participation d'une SEL dans d'autres SEL de LABM²⁵⁴. Dès février 2008, il a été diffusé systématiquement par l'ONP à toutes les SEL inscrites au Tableau de l'Ordre des médecins et dans lesquelles exercent des pharmaciens biologistes (voir considérants (355) à (358)).
- (235) Un autre instrument de l'ONP pour repérer les SEL appartenant aux groupes de laboratoires sont les courriers que l'ONP adresse directement aux SEL ou aux pharmaciens lorsqu'il apprend ou soupçonne qu'une SEL fait partie de tel ou tel groupe. Ainsi, après que l'ONP a enregistré un document indiquant que le groupe "XY" se porterait caution dans le cadre de l'opération d'acquisition par la société "AQ" d'un laboratoire, il a demandé à la société "*en application de l'article L.4221-19 du code de la santé publique... de nous communiquer... tous les documents financiers ou administratifs (conventions enregistrées ou seing privées) qui lient votre SELAS à ce groupe ["XY"]*"²⁵⁵
- (236) Tous les documents cités aux considérants (222) à (235) montrent que les dossiers des procédures à l'encontre des pharmaciens/SEL collaborant avec des groupes ont été suivis systématiquement. Il semble que l'ONP aurait déposé des plaintes disciplinaires de façon presque systématique contre ces pharmaciens/SEL²⁵⁶.
- (237) Par ailleurs, l'ONP a également proposé mi-2005 une modification de la loi visant explicitement à bloquer le groupe "XY": « *il convient de la supprimer si nous voulons limiter les prises de participation des tiers dans les sociétés d'exercice*

²⁵⁰ [...].

²⁵¹ [...].

²⁵² [...].

²⁵³ [...].

²⁵⁴ [...]. Voir chapitre 5.1.2.3.

²⁵⁵ Courrier du CCG à la SELAS.

²⁵⁶ Voir considérant (233) en particulier. Voir également considérants (252), (308), (314), (319), (324), (328), (331), (334), (338), (341), (346), (350), (383), (394), (409).

libéral. En l'absence de la suppression des mots « exerçant celle-ci », nous ne pourrions pas bloquer le groupe "XY" »²⁵⁷.

5.2.2. Décisions visant les groupes intégrés de laboratoires

(238) La stratégie poursuivie par l'ONP et visant à empêcher les groupes intégrés de laboratoires de se développer s'est traduite par une série de décisions qui sont de quatre types : 1) celles visant à interdire tout démembrement de parts sociales de SEL; 2) décisions visant à imposer que les mouvements d'actions soient immédiatement communiqués à l'ONP; 3) décisions visant à imposer que les pharmaciens biologistes détiennent une participation minimale au capital; 4) décisions visant à imposer que toute modification des statuts ou nomination de directeur soit subordonnée à l'approbation préalable de l'ONP. Toutes les SEL mentionnées dans le présent chapitre font partie de ou ont été amenées à être intégrées à un groupe de laboratoires.

5.2.2.1. Démembrement de parts sociales de SEL

(239) Le démembrement de parts sociales consiste à séparer la propriété des parts sociales entre d'une part l'usufruit, qui confère le droit de vote sur l'affectation des bénéfices et donne droit à percevoir les dividendes futurs, et d'autre part la nue-propriété.

(240) Cette technique a été utilisée par plusieurs groupes de laboratoires entre 2002 et 2004/2005. L'ONP décide en 2003 d'interdire ce type d'opération, après l'avoir d'abord acceptée²⁵⁸. Pourtant, la loi rend possible²⁵⁹ ce type d'opérations, qu'une circulaire ministérielle de 1998 envisage même de façon explicite²⁶⁰.

(241) L'ONP justifie ses décisions concernant le démembrement par le fait qu'il ne souhaite *« pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens (...) sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels »*²⁶¹ et que *« si la pratique du démembrement devait se répandre, les futurs biologistes souhaitant s'installer ne trouveraient donc à acquérir que des droits sociaux amputés »*²⁶²

5.2.2.1.1 Décisions visant à interdire le démembrement de parts sociales de SEL

(242) Les décisions de l'ONP entre janvier et mai 2004 visant à interdire le démembrement d'actions des SEL se traduisent par deux types d'agissements de la part de l'ONP.

(243) D'une part, l'ONP a mis en demeure des SEL et/ ou des associés-pharmaciens exerçant au sein desdites SEL de supprimer toute mention du démembrement dans les statuts de la société en question ou de procéder au remembrement, si le démembrement a été déjà réalisé.

²⁵⁷ [...].

²⁵⁸ Note interne à l'ONP résumant l'historique de ses prises de position de juin 2001 à mai 2003. Voir également [...], démembrement de la SELAFA "DD" au profit de la SELAFA « AV » autorisé par l'ONP le 7 décembre 2001.

²⁵⁹ Loi n° 90-1258, Art. 1er: Les SEL sont « régies par la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ».

²⁶⁰ Circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 (Direction Générale de la Santé), page 4.

²⁶¹ 26 janvier 2004, 275^e Séance administrative Conseil National de l'ONP.

²⁶² [...].

- (244) D'autre part, l'ONP a procédé au lancement de procédures disciplinaires à l'encontre des pharmaciens biologistes en question au prétexte que le démembrement de parts sociales de SEL constituerait une infraction aux règles gouvernant la profession de pharmacien. Il est remarquable que dans le cas de la SELAFA "AR" (voir considérants (248) à (253)), l'ONP va jusqu'à lancer une procédure disciplinaire contre des pharmaciens biologistes pour un démembrement réalisé par un médecin biologiste associé dans la structure.
- (245) Le démembrement de parts sociales de SEL n'est pas interdit par la loi. Cependant, l'ONP décide en 2003 d'interdire ce type d'opération, après l'avoir d'abord accepté, bien que la loi de 1990 qui crée les SEL le rende possible et qu'une circulaire ministérielle de 1998 l'envisage de façon explicite.
- (246) Aucune des décisions de l'ONP en cause ne concerne le cas visé à l'article R 6212-82 du CSP, qui limite la participation au capital de tiers non-professionnels à 25%.
- (247) En effet, les décisions en cause concernent soit un démembrement de 5% du capital au profit d'une SEL de médecins biologistes²⁶³, auquel l'ONP entend s'opposer, soit des décisions de l'ONP visant à interdire la possibilité de démembrement même pour des biologistes²⁶⁴. Ce comportement est donc sans rapport avec l'application de l'article R 6212-82 du CSP qui fait l'objet d'une procédure d'infraction au titre de l'article 258 du TFUE pendante devant la Cour de justice (affaire C-89/09 Commission/France).

SELAFA "AR"

- (248) Le [...] 2003, l'ONP enregistre le dossier relatif à la transformation de la SELARL "AR" en SELAFA. L'ONP constate qu'une part très minoritaire (5%) du capital social détenu par un médecin biologiste associé à la SELARL a été démembrée au profit d'une SEL intégralement contrôlée par des médecins biologistes.²⁶⁵
- (249) Dans un courrier du [...] 2004 adressé à la SEL, l'ONP exprime son opposition au démembrement : *« le Conseil a estimé en premier lieu, que le démembrement des parts ou actions des sociétés exploitant des laboratoires d'analyses de biologie médicale était incompatible avec les dispositions de la Loi du 31 décembre 1990 modifiée et du 11 juillet 1975 et, le cas échéant, de l'article L6211-6 du Code de la santé publique. En deuxième lieu, le Conseil a estimé qu'un tel démembrement comportait des risques sérieux et incontrôlables d'atteinte à l'indépendance des directeurs et directeurs adjoints de ces laboratoires, que ces derniers ne peuvent aliéner sous quelque forme que ce soit (Article R 5015-3 du Code de déontologie) ».*
- (250) Le courrier de l'ONP conclut avec la menace d'utiliser les pouvoirs de sanctions disciplinaires comme mesures de rétorsion si ses exigences ne sont pas satisfaites : *« En conséquence, je vous invite à m'adresser des statuts dans lesquels il ne sera fait aucune référence au démembrement et à bien vouloir procéder au remembrement des parts démembrées dans un délai d'un mois. A défaut, je me verrai dans l'obligation de vous traduire devant le Conseil de discipline».*²⁶⁶

²⁶³ Dans le cas de la SEL "AR".

²⁶⁴ En particulier dans le cas de la SELARL "AP".

²⁶⁵ Courrier du CCG du [...] 2004; procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire en date du [...] 2003.

²⁶⁶ [...].

- (251) La SEL répond dans un courrier daté du [...] 2004 en faisant valoir la légalité de ses statuts²⁶⁷. L'ONP répète la même exigence de remembrement dans une lettre du [...] 2004 adressée au préfet et à la SEL, dans laquelle l'ONP exige de la SEL « *de nous faire parvenir des statuts modifiés (...) tenant compte de nos observations* » et refuse de mettre à jour l'inscription au Tableau de la SEL tant que ses exigences ne seront pas satisfaites : « *notre Conseil ne peut se prononcer en l'état actuel du dossier* ». ²⁶⁸. Le CCG fait, dans le courrier du [...] 2004, des commentaires sur les différentes dispositions des statuts de la société.
- (252) Le [...] 2004, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de MM. [...], [...] et [...], directeurs de LABM, et de la SELAFA "AR". Dans la plainte, l'ONP avance que les statuts de la SEL ne seraient « *pas conformes aux dispositions applicables* ». ²⁶⁹ Or les commentaires soulevés par l'ONP relèvent exclusivement du droit des sociétés qui n'est pas réglementé par le CSP. D'autre part, à la date de la plainte l'ONP avait déjà constaté l'appartenance de la SEL au groupe "XY"²⁷⁰.
- (253) La procédure disciplinaire se trouve encore en attente d'audience, plus de cinq ans plus tard.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (254) Dans ses observations sur la communication des griefs²⁷¹ l'ONP avance que c'est sur le seul fondement de défaut de communication de documents que la plainte disciplinaire contre la SEL a été engagée.
- (255) Cette affirmation n'est pas correcte. L'ONP ne peut ignorer que plusieurs plaintes ont été déposées par le [...] de la Section G contre la SELAFA et ses pharmaciens associés. La plainte dont la communication des griefs fait explicitement mention a été déposée le [...] 2004, et allègue comme seule base légale une présumée illégalité des statuts de la SELAFA après le démembrement. La procédure disciplinaire à laquelle l'ONP fait allusion a démarré avec les plaintes déposées les [...] et [...] 2004²⁶⁸, non avec la plainte du [...] 2004. Par ailleurs, l'ONP avait connaissance de l'appartenance de la SELAFA au groupe "XY" avant le dépôt de la plainte du [...] 2004²⁷².

SELARL "AP"

- (256) L'ONP enregistre, le [...] 2003, un dossier relatif à la constitution de la SELARL "AP", y compris les statuts de la société en date du [...] 2003²⁷³. Dans un courrier du [...] 2004, l'ONP remarque que le médecin biologiste directeur du laboratoire serait également inscrit comme directeur à un autre laboratoire, une vérification qui relève de l'Ordre des médecins, et utilise cet argument pour justifier le refus d'inscrire la SEL au Tableau de l'ONP : « *le Conseil n'est pas en mesure de se prononcer sur la constitution de cette société* ». Dans son courrier, l'ONP ne formule aucun

²⁶⁷ [...].

²⁶⁸ A noter que dans ce courrier le CCG reproche aussi à la SELARL AR ne lui ait pas communiqué les statuts modifiés (suite à la réalisation du démembrement). Ce reproche fait l'objet d'une plainte séparée (en date du [...] 2004).

²⁶⁹ [...].

²⁷⁰ [...].

²⁷¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 124-125.

²⁷² [...].

²⁷³ Courrier du CCG du 8 mars 2004.

commentaire quant à la possibilité du démembrement prévue dans les statuts²⁷⁴. D'autre part, l'ONP note immédiatement l'appartenance de la SEL au groupe "XY"²⁷⁵.

- (257) La SELARL "AP" est agréé par le préfet le [...] 2004²⁷⁶. En dépit de cet agrément de la part d'une autorité publique, dans un courrier du [...] 2004 adressé au préfet, et dont la SEL est en copie²⁷⁷, l'ONP indique avoir reçu des « *pièces complémentaires* » dans ce dossier le [...] 2004, dont les statuts en date du [...] 2003 (qu'il a déjà reçus le [...] 2003)²⁷⁸ et exprime son opposition au démembrement: « *notre Conseil est opposé au démembrement de parts sociales* ». Il conclut son courrier comme suit: "*C'est pourquoi nous demandons aux intéressés de nous faire parvenir des statuts faisant abstraction de toute notion de démembrement.*"²⁷⁹
- (258) Il est à noter que le Conseil départemental des Médecins qui a obtenu le même dossier (un des associés de la société étant médecin biologiste, inscrit au Tableau de l'Ordre des Médecins), a conclu que "*Les termes de ces statuts ne contiennent aucune clause anti déontologique.*"²⁸⁰

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (259) Selon l'ONP²⁸¹, tous les certificats d'inscription au Tableau ont exactement les mêmes dates que celles auxquelles les arrêtés préfectoraux ont été rendus et il n'existerait donc aucun retard imputable au Conseil Central de la section G.
- (260) Ces arguments ne sont guère convaincants. D'une part, la circonstance que l'ONP ait à une certaine date mis à jour l'inscription de la SEL à son Tableau ne modifie en rien l'objet anticoncurrentiel de l'exigence formulée dans son courrier du [...] 2004, exigence assortie de menaces de recourir à ses pouvoirs disciplinaires.
- (261) D'autre part, les arrêtés modificatifs des préfets relatifs aux transformations effectuées en cours de la vie sociale de cette SEL mentionnent explicitement l'avis de l'ONP. Les décisions de l'ONP peuvent ainsi retarder cette mise à jour au Tableau et d'un agrément. Ainsi un arrêté du [...] 2005 concernant une mise à jour des statuts de la SEL datant du [...] 2004 mentionne « *les avis du Conseil Central de la Section G de l'Ordre National des Pharmaciens en date des [...] 2004 et [...] 2005* ». ²⁸² Un autre arrêté du [...] 2007 mentionne également « *les observations du Conseil Central de la Section G de l'Ordre National des Pharmaciens* » parmi les motifs de l'arrêté²⁸³.
- (262) L'ONP ne peut ainsi prétendre, comme il le fait dans ses observations sur la communication des griefs, qu'un refus de sa part d'acter des modifications dans la vie sociale d'une SEL et de mettre en conséquence à jour son Tableau soit sans incidence sur l'activité de ces entreprises, et ce d'autant qu'il communique ce refus

²⁷⁴ [...].

²⁷⁵ [...] et considérant 218.

²⁷⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 36, p. 22

²⁷⁷ [...].

²⁷⁸ [...].

²⁷⁹ [...].

²⁸⁰ Courrier du Conseil départemental de "X" de l'ONM du [...].

²⁸¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 126-7.

²⁸² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 36, p. 23.

²⁸³ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 36, p. 15.

au préfet. Les certificats d'inscription qu'il produit ne font que prendre acte de la décision du préfet. Cependant l'ONP n'a pas dans ses observations sur la communication des griefs mentionné de certificat d'inscription de la SEL en date du [...], bien que ce soit à cette date que la SELARL "AP", nouvellement constituée, a été agréée par le préfet.

5.2.2.1.2 Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques

Cadre légal en vigueur

- (263) Comme il a été décrit au chapitre 3.2.3, la loi n° 90-1258, qui définit le cadre légal applicable à l'organisation et au fonctionnement des SEL, s'inscrit dans le cadre des dispositions générales du Code de commerce²⁸⁴. En effet, l'article 1^{er} de cette loi dispose que « *Il peut être constitué, pour l'exercice d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions régies par la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, sous réserve des dispositions du titre Ier de la présente loi* ».
- (264) Il s'ensuit que sauf dispositions contraires prévues au Titre 1^{er} de la loi n° 90-1258 ou par son décret d'application n° 92-545, ou par le Code de la Santé Publique, les modes d'organisation et d'exercice des SEL actives sur le marché des analyses de biologie médicale sont régis par les dispositions du Code de commerce, qui n'interdisent nullement le démembrement de parts sociales. Ni le Titre 1^{er} de la loi n° 90-1258 ni le décret n° 92-545, ni le Code de la Santé Publique ne contiennent de dispositions interdisant le démembrement de parts sociales de SEL de LABM en général. A plus forte raison, aucune de ces dispositions n'interdit le démembrement de parts sociales entre professionnels biologistes (personnes physiques ou morales).
- (265) D'ailleurs, une circulaire émanant de la Direction Générale de la Santé en France publiée en septembre 1998 indique clairement qu'à cette date au moins le Ministère envisageait déjà la possibilité de procéder au démembrement des parts sociales de SEL. Cette circulaire ne saurait avoir échappé à l'attention vigilante de l'ONP.
- (266) Cette circulaire de septembre 1998 précise: « *Un membre d'une autre profession de santé ne peut pas détenir des parts du capital d'une société d'exercice libéral en tant qu'usufruitier. L'usufruit relatif à des valeurs mobilières comporte un certain nombre de droits de jouissance (droit aux dividendes, droit de substitution au nu-propriétaire défaillant en cas de distribution de réserves ou d'augmentation de capital) et des pouvoirs de gestion (assistance aux assemblées générales ordinaires, exercice de certaines actions en justice). Si l'usufruitier dispose donc d'un droit tronqué sur les parts sociales de la société d'exercice libéral, il doit néanmoins être considéré comme un « détenteur de parts au sens du décret n° 92-545 du 17 juin 1992 »*²⁸⁵.
- (267) La possibilité de recourir au démembrement se déduit aussi logiquement du texte de la loi n° 90-1258. En effet, l'article 5 prévoit que les professionnels en exercice au sein de la société doivent détenir la majorité du capital social et des droits de vote au sein de celle-ci. Cependant, l'article 5-1 prévoit une dérogation à ce principe en ce qu'il dispose que plus de la moitié du capital social d'une SEL (mais pas des droits de

²⁸⁴ Refondé par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

²⁸⁵ Circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 (Direction Générale de la Santé), page 4.

vote) peut être aussi détenue par des personnes morales exerçant la profession constituant l'objet social. Dans ce contexte, afin de préserver la majorité des droits de vote des professionnels en exercice dans une SEL tout en permettant à une autre SEL d'acquiescer plus de la moitié du capital, la création de deux types d'actions ou le démembrement des parts sociales de la première SEL sont des solutions juridiques logiques.

- (268) En particulier pour les SELARL, si le démembrement n'était pas possible, l'article 5-1 de la loi n° 90-1258 serait dépourvu d'utilité pratique. En effet, et contrairement à ce que soutient l'ONP, les SELARL sont régies comme les autres types de SEL par le code de commerce « *sous réserve des dispositions du Titre Ier* »²⁸⁶ de la loi n° 90-1258. Il s'ensuit que les dispositions des articles 5 et 5-1 de cette loi, qui figurent au Titre I^{er}, priment sur les dispositions du code de commerce²⁸⁷ dans le cas d'espèce.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (269) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP invoque le jugement du Tribunal administratif de Paris du 12 mai 2009²⁸⁸. Saisi d'un recours contre une décision de l'ONP à l'encontre de la SEL "AS" et de ses biologistes directeurs, le Tribunal administratif a validé la décision déferée. La société "YZ", propriétaire de la SEL en question, a fait appel de ce jugement.
- (270) Selon l'ONP, *"il résulte ainsi clairement de ce jugement que si le démembrement de parts sociales n'est pas en lui-même prohibé, la pratique du Groupe "YZ" est néanmoins illégale, dès lors qu'elle viole le plafond de détention fixé, lequel vaut pour les parts en pleine propriété comme pour les parts démembrées, portant ainsi atteinte au principe d'indépendance professionnelle des biologistes"*.²⁸⁹ Dans ce jugement, le Tribunal administratif de Paris a jugé que *"le démembrement de titres de sociétés d'exercice libéral est autorisé, que, cependant, il ressort des travaux parlementaires relatifs à la loi du 2 août 2005, que le législateur considèrerait non seulement que la loi de 1990 excluait le démembrement de titres de telles sociétés mais aussi qu'il a explicitement entendu prohiber le montage financier mis en œuvre en l'espèce, par lui qualifié de « détournement de la loi », qui attribue la majorité des droits d'usufruit à un investisseur institutionnel au détriment des exploitants de laboratoires"*.
- (271) A titre liminaire, il convient de noter que l'ONP concède que le démembrement de parts sociales n'est pas prohibé par la loi. L'ONP a également affirmé pendant l'audition que *"le Code de la santé publique n'interdit pas le démembrement. Néanmoins, le démembrement doit s'inscrire dans cette règle des 25%"*²⁹⁰.
- (272) Or le démembrement dans le cas de la SEL "AR" concernait seulement 5% du capital social détenu par un médecin biologiste, et ce au profit d'une SEL de médecins biologistes, ce qui n'a pas empêché l'ONP de porter plainte contre les pharmaciens biologistes associés à cette structure²⁹¹.

²⁸⁶ Article 1er de la loi n° 90-1258.

²⁸⁷ Telles que définies par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966.

²⁸⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 17.

²⁸⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 88.

²⁹⁰ Intervention de l'ONP à l'audition du 10 février 2010, p.3.

²⁹¹ Voir considérants (248) à (253).

- (273) Les positions prises par l'ONP dans ses nombreux courriers contre tout démembrement de parts sociales, assorties de menaces de recours à ses pouvoirs disciplinaires, ainsi que les décisions de lancer des procédures disciplinaires à l'encontre de SEL et pharmaciens biologistes ayant procédé à des démembrements de parts sociales ont pour la plupart été prises en 2004 (voir à ce propos dans le cas de "XY" les SEL "AR", "AT", "AU"). Les décisions prises par la chambre de discipline du CCG contre les SELs "AT", "AU" du [...] 2008. Cela signifie que toutes ces décisions ont été prises par l'ONP avant le jugement du Tribunal du 12 mai 2009.
- (274) Durant cette période, compte tenu du cadre légal en vigueur et de son interprétation officielle par l'Etat français, en particulier la circulaire DGS/SQ 98-585, les pharmaciens biologistes actifs sur le marché pouvaient fonder une confiance légitime sur la légalité des transformations juridiques qu'ils opéraient. Si plusieurs interprétations de la loi peuvent être possibles, l'ONP a systématiquement utilisé dans ses courriers une interprétation des textes²⁹² non seulement favorable à son objectif anticoncurrentiel, mais à l'opposé de l'interprétation officielle de l'Etat français²⁹³ et de l'interprétation interne des services de l'ONP. Cette dernière a par ailleurs été réitérée lors de l'audition du 10 février 2010.²⁹⁴
- (275) La circonstance qu'en 2005 un député²⁹⁵ ait lors de débats parlementaires soutenu, en accord avec l'ONP, une proposition d'amendement de loi par ailleurs jamais adoptée²⁹⁶ et visant à interdire le démembrement de parts sociales ne saurait remettre en cause cette confiance légitime dans la loi et son interprétation officielle, au moins jusqu'au jugement du Tribunal administratif de Paris du 12 mai 2009²⁹⁷.
- (276) En tout état de cause, tant les prises de position de l'ONP dans ses nombreux courriers que la décision prise par la chambre de discipline du CCG le 20 février 2008 sont largement antérieurs au jugement précité.

Objectif poursuivi par l'ONP : s'opposer à tout démembrement

- (277) Une note interne de l'ONP²⁹⁸ qui retrace les différentes prises de positions internes à l'ONP et vis-à-vis de l'extérieur au sujet du démembrement de parts sociales de SEL

²⁹² Interprétation par ailleurs exprimée dans une résolution du CCG du 18 septembre 2003, bien qu'aucune disposition légale ne confère à l'ONP de pouvoir réglementaire (cf. considérant (299)).

²⁹³ "Une circulaire est en principe destinée à exposer l'état du droit résultant de la loi ou du règlement qui justifie son intervention en vue d'assurer sur l'ensemble du territoire une application aussi uniforme que possible du droit positif" (Source: www.legifrance.gouv.fr). Une circulaire peut être déférée au juge administratif, y compris lorsqu'elle se borne à interpréter la législation ou la réglementation. L'objet de la circulaire dont il est question et qui est adressée aux préfets est de constituer un « guide d'application des textes » dans le cadre de l'« Organisation et fonctionnement des sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale » et est d'application immédiate.

²⁹⁴ Voir considérant (271).

²⁹⁵ [...].

²⁹⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 27. Propositions d'amendements n° 1 rectifié et 2 rectifié, finalement retirés par M. [...]. Les dispositions votées suite à ces propositions figurent à l'article 74 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005. Aucune n'interdit le démembrement.

²⁹⁷ La proposition d'amendement en question est citée dans le texte de ce jugement comme preuve que le législateur aurait entendu prohiber le démembrement en le qualifiant de « détournement de la loi », alors même que cet amendement de loi n'a jamais été adopté par le Parlement français.

²⁹⁸ [...].

de LABM suggère que la décision de l'ONP de faire volte-face²⁹⁹ et de s'opposer à partir de mars 2003 à ce type d'opérations, après avoir constaté qu'elles sont autorisées en juin 2001³⁰⁰, a été prise suite à des pressions du CNOP sur les membres du bureau du CCG de l'époque. Un consensus autour du refus du démembrement se dégage au sein de l'ONP en mars 2003, même si l'analyse en interne que ce type d'opération n'est pas interdit n'a pas changé depuis juin 2001.

- (278) Le but poursuivi à partir du début de l'année 2003 par l'ONP est, d'après les éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête, relativement clair : s'opposer à toute opération de démembrement, et trouver une justification juridique. Cette opposition affecte particulièrement les groupes de laboratoires qui cherchent à se développer en prenant des participations dans des laboratoires en ayant recours à cette technique, dans le respect de la réglementation en vigueur.
- (279) Une série d'extraits de comptes-rendus de réunions administratives du Conseil central section G de l'ONP concernant le dossier "YZ" illustrent bien cette démarche:
- (280) Le [...] 2003 le CCG «*décide de diligenter une étude juridique auprès de l'avocat qui avait réalisé l'étude sur le démembrement de propriété des parts ou actions au sein d'une société d'exercice libéral*»³⁰¹.
- (281) Le [...] 2003, le CCG constate que «*cette consultation ne donne pas satisfaction et ne remplit pas l'objectif recherché. Aussi est-il décidé de diligenter une nouvelle étude*»³⁰².
- (282) Le [...] 2003, le CCG conclut que «*cette étude aboutit aux mêmes conclusions qui avaient été formulées par le premier Conseil, saisi au cours de l'année 2002. Sur le plan strictement légal, il paraît impossible de s'opposer au démembrement de parts ou d'actions au sein d'une SEL (...) le Conseil décide qu'il soit procédé à la préparation d'un avis circonstancié suivant lequel le démembrement qui a profité aux Stés "YZ" soit refusé pour des raisons déontologiques*»³⁰³.
- (283) Aussi, lors de sa séance administrative du [...] 2003, le CCG décide de passer à l'action : «*"YZ" : Le Conseil n'accepte plus le principe du démembrement. Une suite sera donnée pour mise en conformité dès qu'un nouveau dossier sera transmis à la Section G*»³⁰⁴.
- (284) Une note interne d'octobre 2003 et émanant du service juridique de l'ONP et signée par [...] du CNOP, met en évidence le consensus au sein de l'ONP autour de cette position. Dans cette note, l'ONP indique que «*Les conseils centraux des sections A, E et G, ainsi que le Conseil national, ont récemment pris une **position de principe, visant à s'opposer à tout démembrement de parts sociales dans les sociétés constituées pour l'exploitation d'une officine ou d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale. Il s'agit désormais de tirer les conséquences juridiques de cette situation, au regard de l'inscription au tableau (...)** Une typologie des hypothèses*

²⁹⁹ Voir également lettre d'"YZ" à l'ONP du 17 mars 2004. Voir également [...], démembrement de la SELAFA "DD" au profit de la SELAFA "AV" autorisé par l'ONP le 7 décembre 2001.

³⁰⁰ «En l'absence d'interdiction ou de dérogation expressément prévue dans la loi du 31 décembre 1990, le démembrement de propriété de parts sociales ou d'actions dans les SEL de LABM est possible. »

³⁰¹ [...].

³⁰² [...].

³⁰³ [...] (soulignement ajouté).

³⁰⁴ Le CCG a en 2001 donné son accord pour plusieurs opérations de démembrement.

*connues permet de cerner avec une plus grande précision les moyens dont dispose l'Ordre pour s'y opposer».*³⁰⁵

- (285) Une note interne de l'ONP datée du [...] 2003 qui vise à soutenir par un argumentaire cette prise de position de principe de l'ONP, conclut que l'ONP serait, au nom de l'indépendance des pharmaciens, fondé à ne pas accepter ce type d'opérations³⁰⁶. La note conclut également que « *si la pratique du démembrement devait se répandre, les futurs biologistes souhaitant s'installer ne trouveraient donc à acquérir que des droits sociaux amputés* »³⁰⁷.
- (286) Le consensus au sein de l'ONP sur cette position est réitéré le [...] 2004, dans une position exprimée en séance administrative du Conseil National de l'ONP « *Les sections A, D, E et G ont des souhaits largement convergents. Elles ne souhaitent pas de holding au dessus, pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens ou directeurs et directeurs adjoints de LABM qui exercent dans la SEL, pas de démembrement des parts ou actions, sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels de cette société* ». ³⁰⁸
- (287) Une note interne du service juridique de la Section G de l'ONP datant de juin 2004 développe également un argumentaire sur le démembrement, qui reflète bien la difficulté qu'a l'ONP à justifier son opposition à cette technique juridique³⁰⁹.

Décisions de l'ONP fondées sur sa propre interprétation de la loi

- (288) Le groupe de laboratoires "YZ" avait soumis dès début 2001 son projet à l'ONP, qui n'a pendant 18 mois émis aucun avis. Pourtant, après avoir décidé en mars 2003 de s'opposer aux opérations de démembrement, le [...] 2003 l'ONP conclut qu'un courrier va être envoyé à "YZ" pour lui signifier le refus de l'ONP : « *Après lecture de l'avis circonstancié assorti d'une mise en demeure des intéressés, le Conseil décide de l'entériner* »³¹⁰.
- (289) Le [...] 2004, l'ONP décide d'envoyer un courrier visant à obliger un laboratoire appartenant au groupe "YZ" à se conformer à l'utilisation de la loi qu'en fait l'ONP : « *Le conseil prend acte du projet de lettre qui sera adressé à la SELARL "AS", mettant en demeure les associés de cette société de procéder aux opérations de remembrement dans un délai d'un mois à réception de ce courrier. [...] demande à chaque membre de son Conseil de procéder à un vote concernant cette procédure. Celle-ci est adoptée à l'unanimité* »³¹¹. Dans ce courrier, l'ONP ne se contente pas de vouloir faire respecter le plafond de 25% du capital et des droits de vote pour les actionnaires non-professionnels, ce qu'il serait justifié à faire, mais va au-delà et exige le remembrement de tout le capital, en s'appuyant sur l'interprétation des textes la plus favorable à son objectif anticoncurrentiel.

³⁰⁵ 14 octobre 2003, note de la Direction des affaires juridiques signée [...] de l'ONP.

³⁰⁶ [...].

³⁰⁷ [...].

³⁰⁸ 26 janvier 2004, 275^e Séance administrative du Conseil National de l'ONP.

³⁰⁹ [...].

³¹⁰ [...].

³¹¹ Réunion administrative du Conseil central de la Section G. Voir aussi réponse d'"YZ" au courrier en question.

- (290) L'ONP a par la suite pris des décisions à cet effet à l'encontre d'autres groupes³¹² qui ont utilisé ce montage juridique possible en droit commercial. Ainsi, dans une lettre du [...] 2004 à la SELARL "AP", l'ONP écrit: « *Nous informons les intéressés que notre Conseil est opposé au démembrement de parts ou d'actions de sociétés exploitant des laboratoires d'analyses de biologie médicale (...car il) comporte des risques sérieux et incontrôlables d'atteinte à l'indépendance des directeurs et directeurs adjoints de laboratoires* »³¹³. Il en est de même dans la lettre du [...] 2003 adressée au préfet par l'ONP au sujet d'"YZ"³¹⁴.

Tentatives infructueuses de l'ONP de traduire dans la loi sa propre interprétation de la loi

- (291) L'ONP semble avoir à plusieurs reprises tenté de faire modifier la loi pour mettre les textes en accord avec son interprétation de la loi, qui est utilisée systématiquement dans ses courriers et qui sert à justifier ses décisions visant à ralentir le développement des groupes de laboratoires. Ce type de tentative, par ailleurs parfaitement légitime, montre cependant que l'interprétation dont se prévaut l'ONP vis-à-vis des groupes est à l'opposé de l'interprétation officielle de l'Etat français, et de celle interne à l'ONP – mais également de celle exprimée par l'ONP lors de l'audition du 10 février 2010³¹⁵.
- (292) Ainsi, une note de [...] datée du 28 janvier 2004 et adressée au [...] de la Section G confirme l'accord au sein de l'ONP pour que l'ONP demande à ce « *que les associés doivent détenir leurs parts ou actions en pleine propriété* »³¹⁶. Ceci confirme bien qu'à cette date l'ONP admet, en interne seulement, que le démembrement de parts sociales de SEL de LABM est parfaitement légal.
- (293) Une autre note signée par [...] de l'ONP, datée du 29 janvier 2004 et adressée aux membres du Comité de Liaison Inter Ordres, exprime clairement la volonté d'interdire le démembrement, parmi d'autres propositions de loi soutenues par l'ONP : « *Art. 7: les personnes physiques ou morales détenant des parts ou actions de sociétés d'exercice libéral doivent les posséder en pleine propriété* » et note explicative en marge « *disposition nouvelle, pour toutes les professions (interdiction du démembrement des parts ou actions sauf pour les retraités et héritiers)* »³¹⁷.
- (294) De même, une note datée du 14 février 2005³¹⁸ rédigée par la direction des affaires juridiques de l'ONP et adressée par [...] à tous les présidents de sections de l'ONP, rappelle que, parmi les propositions de modifications de la législation proposées par l'ONP mais non reprises figure la suivante: « *les personnes physiques ou morales détenant des parts ou actions de société d'exercice libéral doivent les posséder en pleine propriété. Toutefois, les statuts de la société peuvent dispenser de cette obligation les retraités ou les héritiers* »³¹⁹.
- (295) Suite à cette note, en juillet 2005 un nouveau projet d'amendement de la loi n° 90-1258 soutenu par l'ONP vise explicitement à interdire le démembrement de la

³¹² En particulier "YZ", aussi "XY" qui a par la suite abandonné ce montage juridique pour un autre.

³¹³ Lettre de l'ONP au préfet relative aux transformations de la SELARL "AP".

³¹⁴ [...].

³¹⁵ Voir considérant (271).

³¹⁶ [...].

³¹⁷ Voir aussi note adressée à la Chancellerie.

³¹⁸ [...].

³¹⁹ [...].

propriété des parts ou actions des SEL de laboratoires « *Toutes les parts ou actions de la société doivent être possédées en pleine propriété, à l'exception, le cas échéant, de celles détenues par des personnes mentionnées aux 2° et 3° ci-dessus* » [retraités ou héritiers de professionnels]³²⁰. Cet amendement n'a, en fin de compte, pas été retenu³²¹.

5.2.2.2. Communication de documents relatifs aux ventes d'actions

- (296) Dans le but d'entraver le développement des groupes de laboratoires, et ici en particulier de "XY", l'ONP a exigé à de très nombreuses reprises, entre janvier 2006 et mars 2009 au moins, en s'appuyant sur une résolution de l'ONP de janvier 2006 et sur une interprétation de la loi qui lui est propre, que les mouvements d'actions au capital des SEL du groupe lui soient communiqués. Là encore, si plusieurs interprétations des dispositions légales sont possibles, l'ONP a systématiquement recours dans ses courriers à l'interprétation la plus favorable à son objectif de tenter de freiner le développement de groupes de laboratoires, comme exposé au chapitre 5.5. En outre, il est démontré ci-après que les décisions de l'ONP en cause concernent essentiellement des opérations entre professionnels. Dans ce contexte, l'argument invoqué par l'ONP au soutien de ses décisions en cause n'est pas crédible.
- (297) En cas de refus ou lorsque les mouvements en question avaient eu lieu plusieurs mois avant que les SEL communiquent ces informations à l'ONP, l'ONP a porté plainte et lancé systématiquement des procédures disciplinaires à l'encontre des SEL et des pharmaciens biologistes visés. Il est par ailleurs intéressant de noter que le législateur français n'a pas prévu de dispositions similaires à celles de l'article L4221-19 du CSP, sur l'interprétation desquelles l'ONP fonde ses décisions, pour les médecins biologistes.

5.2.2.2.1 Décisions visant à imposer la communication des ventes d'actions à l'ONP

« Résolution » du 18 janvier 2006

- (298) Le CCG a adopté lors de sa réunion administrative du 18 janvier 2006 une résolution sur la transmission des documents, suite à l'Ordonnance du gouvernement du 26 août 2005 qui a introduit cet article du CSP (qui n'est entré en vigueur que le 1 mars 2006).³²² Comme l'illustrent les exemples cités aux considérants (305) à (351), la résolution vise à repérer l'appartenance des SEL à un groupe et empêcher ce groupe de se développer. Toutes les décisions en cause sont postérieures à la résolution. En outre, dans les exemples cités, l'ONP a systématiquement porté plainte pour une présumée infraction aux dispositions du CSP contre les pharmaciens et les SEL après avoir constaté l'appartenance des SEL en question au groupe "XY"³²³.

³²⁰ 7 juillet 2005, Fax du [...] de l'ONP au député [...]. Décision du CNOP de soutenir cet amendement: [...]. Voir également note confidentielle sur la loi Jacob : « Interdiction du démembrement des titres de sociétés (...) cet amendement n'a pas été soutenu ».

³²¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 27 p.3. Propositions d'amendements retirées par le député [...].

³²² [...].

³²³ Voir considérants (308), (310), (318), (324), (326), (330), (338), (339), (349).

- (299) Rien dans la loi ne suggère que l'ONP aurait le pouvoir d'adopter une telle résolution³²⁴. L'ONP a en outre précisé dans ses observations sur la communication des griefs qu'il n'a aucun pouvoir réglementaire³²⁵.
- (300) Cependant, il est remarquable que lors de la séance administrative au cours de laquelle l'ONP a adopté cette résolution, l'ONP ait aussi décidé de critiquer une circulaire ministérielle de novembre 2005 en publiant un commentaire public sur celle-ci dont « *le contenu est bien différent de celui proposé par l'Ordre* »³²⁶. De ces deux décisions de janvier 2006 et du commentaire publié ultérieurement, dans lequel l'ONP affirme que la circulaire « *comporte des anomalies notables* »³²⁷, il ressort que l'ONP entend faire prévaloir sur ces points son interprétation de la loi à la place de celle de l'Etat français.
- (301) La résolution du 18 janvier 2006 dispose notamment que: "*Selon l'article L.4221-19 du code de la santé publique, « Les pharmaciens exerçant en société doivent communiquer au conseil de l'ordre dont ils relèvent, outre les statuts de cette société et leurs avenants, les conventions et avenants relatifs à son fonctionnement, ou aux rapports entre associés. Ces documents doivent être communiqués dans le mois suivant la conclusion de la convention ou de l'avenant ». Aussi, à compter du 1^{er} mars 2006, tous les actes relatifs à la société qu'ils soient liés aux statuts, au fonctionnement de la société et aux rapports entre associés doivent être communiqués au Conseil Central G. Sont donc notamment visés les **conventions relatives aux modes de financement de la société et à la détention du capital social** ainsi que les pactes d'associés. A chaque modification intervenant au sein d'une société d'exercice libéral exploitant des laboratoires d'analyses de biologie médicale, les pharmaciens biologistes y exerçant doivent attester par écrit qu'ils ont respecté les dispositions de l'article L.4221-19 du code de la santé publique.*"
- (302) L'ONP élargit ainsi par sa résolution le champ de la loi dans deux directions favorables à son objectif anticoncurrentiel: a) types de documents (mouvements d'actions, et ceux liés à la détention du capital) et b) obligation d'attester la conformité d'une SEL avec les dispositions légales auprès de l'ONP.
- (303) Le pouvoir règlementaire que l'ONP s'arroge d'exiger la communication des documents liés à la vente des actions peut difficilement être justifié par ses missions définies à l'article L.4231-1 du CSP³²⁸. En particulier, l'écrasante majorité des opérations³²⁹ dont l'ONP prend connaissance dans les exemples cités aux considérants (305) à (351) concernent exclusivement des professionnels (personnes physiques ou morales) et non des tiers investisseurs. L'ONP ne peut dès lors tirer argument de la nécessité de veiller à la sauvegarde de l'indépendance professionnelle pour justifier les décisions en cause.
- (304) Quand bien même plusieurs interprétations de l'article L 4221-19 seraient possibles, il est indéniable que l'ONP fonde systématiquement ses décisions en cause d'une part sur sa résolution, présentée comme une obligation réglementaire –qu'il n'a pourtant

³²⁴ Ni sur la base du CSP, ni sur celle de l'Ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005.

³²⁵ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 95.

³²⁶ [...].

³²⁷ Les Nouvelles Pharmaceutiques, n°312 du 26 janvier 2006.

³²⁸ Voir considérant (45).

³²⁹ Seuls trois exemples sur les treize cités concernent aussi une participation de "XY" SAS au capital de la SEL. Tous les autres ont trait à des changements statutaires ou des cessions d'actions entre professionnels.

pas le pouvoir d'imposer – et, d'autre part, sur une interprétation de l'article L 4221-19 du CSP qui est la plus favorable à son objectif anticoncurrentiel. Lorsque les pharmaciens visés par les demandes de l'ONP de communiquer les documents mentionnés ont demandé à l'ONP de préciser les dispositions légales qui leur imposent cette obligation, l'ONP ne leur a indiqué aucune autre disposition légale³³⁰.

SELAFA "AX"

- (305) Le [...] 2005, l'Assemblée générale extraordinaire de la SELAFA "AX" décide d'augmenter le capital social et de transformer la SELARL en SELAFA.³³¹ Le [...] 2005, l'ONP enregistre le dossier relatif à ces transformations.
- (306) Dans son courrier du [...] 2005, l'ONP invoque une contradiction existant entre les différents articles des statuts: l'article 8 prévoit l'exclusion des associés professionnels extérieurs de la détention du capital social, alors que les articles 7 et 12 disposent que les actions de catégorie A sont détenues par les associés professionnels extérieurs.³³²
- (307) Dans son courrier du [...] 2005, la SELAFA "AX" affirme que la division de son capital en deux catégories d'actions est parfaitement valable car les professionnels en exercice ont la majorité des droits de vote.³³³ Dans sa réponse du [...] 2006, l'ONP demande à la SELAFA de lui communiquer les documents relatifs à la détention du capital social et des droits de vote.³³⁴ La SELAFA refuse de le faire dans son courrier du [...].³³⁵
- (308) Le [...] 2006, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre des pharmaciens et de la SELAFA pour le non respect des articles L.4221-19, L.6221-4³³⁶ et L.6221-5³³⁷ du CSP.³³⁸ A cette date, l'ONP a déjà constaté que la SEL fait partie du groupe "XY".³³⁹ Le [...] 2008, le CCG décide de traduire les pharmaciens et la SELAFA en chambre de discipline.³⁴⁰
- (309) Le [...] 2009, la chambre de discipline du CCG prononce l'interdiction d'exercer la pharmacie pendant quatre mois à l'encontre des pharmaciens et pendant une semaine à l'encontre de la SELAFA³⁴¹, après que la chambre de discipline du CNOP a rejeté le [...] 2009 la requête en suspicion légitime formulée par les pharmaciens. Le [...] 2010, le Conseil d'Etat a annulé la décision du CNOP du [...] 2009 et renvoyé l'affaire devant le CNOP³⁴².

SELAS "CI"

³³⁰ [...] ("AY"); [...] ("AZ"); [...] ("ED"); [...] ("AD") etc.

³³¹ Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du [...] 2005.

³³² Courrier du CCG du [...] 2005.

³³³ Courrier de la SEL du [...] 2005.

³³⁴ Courrier du CCG du [...] 2006.

³³⁵ Courrier de la SEL du [...] 2006.

³³⁶ Pour les besoins du présent chapitre, version en vigueur du 22 juin 2000 au 15 janvier 2010 (pour l'énoncé de ces articles voir chapitre 3.1.2).

³³⁷ Pour les besoins du présent chapitre, version en vigueur du 22 juin 2000 au 15 janvier 2010 (pour l'énoncé de cet article voir chapitre 3.1.2).

³³⁸ Plainte du CCG du [...] 2006.

³³⁹ [...].

³⁴⁰ Décision du CCG de traduire la SELAFA en chambre de discipline du [...] 2008.

³⁴¹ Décision de la chambre de discipline du [...] 2009.

³⁴² CE, Section du contentieux, 5ème sous-section, séance du 18 juin 2010 (affaire n° 326950).

- (310) Le [...] 2006 l'Assemblée générale de la SELAS "AQ" (postérieurement devenue "CI") décide de procéder à une augmentation du capital social et de supprimer le droit préférentiel de souscription réservé aux actionnaires, au profit de la société par actions simplifiées (SAS) "XY".³⁴³ Cette opération est communiquée à l'ONP par le courrier du [...] 2006 envoyé par [...], avocat représentant la société.³⁴⁴
- (311) Le [...] 2006, l'ONP enregistre les documents pertinents.³⁴⁵ Dans ses courriers du [...] 2006 (au préfet de "S")³⁴⁶ et, respectivement, du [...] 2006 (aux pharmaciens exerçant au sein de la SELAS),³⁴⁷ l'ONP demande, concernant l'intégration de la SAS "XY" en qualité de nouvel associé, la nouvelle répartition du capital social de la SELAS, la liste nominative des associés de la SAS "XY" et les statuts de la SAS "XY". L'ONP réitère cette demande dans des courriers datés du [...] 2006,³⁴⁸ du [...] 2007³⁴⁹ et dans le courrier à [...] (une nouvelle associée de la SELAS) en date du [...] 2007.³⁵⁰
- (312) Dans aucun des documents précités, l'ONP ne précise le fondement légal de sa demande.³⁵¹ Dans un courrier du [...] 2007, l'ONP constate qu'il n'a pas été informé de l'augmentation du capital social de la SELAS (ce qui est erroné, voir le considérant (310)) et réitère sa demande de communication des documents relatifs à l'intégration de la SAS "XY".³⁵² Dans ce courrier, l'ONP indique que l'obligation de communication des documents mentionnés se fonde sur les articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP.
- (313) Dans son courrier du [...] 2007, la SELAS, par l'intermédiaire de son avocat, clarifie que l'obligation de communication de l'augmentation du capital social a été bien satisfaite³⁵³ et, concernant les documents relatifs à la SAS "XY", elle demande à l'ONP de lui communiquer les dispositions légales qui obligent une SEL à communiquer à l'ONP les documents demandés³⁵⁴.
- (314) Le [...] 2007, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de la SELAS et de ses associés professionnels intérieurs pour le non respect des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP³⁵⁵. Pendant la procédure disciplinaire, la SELAS adresse à

³⁴³ Le procès-verbal de l'Assemblée générale du [...] 2006, qui détaille l'augmentation de capital et porte le cachet de l'ONP.

³⁴⁴ Au courrier étaient annexés le procès-verbal de l'Assemblée générale du [...] 2006 et les statuts de la société mis à jour. Cependant, le CCG avait pris connaissance d'un lien entre la SELAS et le groupe "XY" plus tôt et a demandé les renseignements sur ce lien – voir le courrier du CCG à la SELAS du [...] 2006 et le courrier du CCG à [...] du [...] 2006.

³⁴⁵ Plainte du [...] du CCG du [...] 2007.

³⁴⁶ [...].

³⁴⁷ [...].

³⁴⁸ [...].

³⁴⁹ [...].

³⁵⁰ [...].

³⁵¹ Sauf pour la liste nominative des associés de la SAS "XY", pour laquelle le CCG a mentionné l'art. R.6212-83 du CSP. Mais cette disposition ne contient aucune obligation de communiquer les documents à l'ONP.

³⁵² Courrier du CCG du [...] 2007.

³⁵³ Ceci était de nouveau attesté par l'avocat [...] qui a communiqué les documents pertinents au nom de la SELAS le [...] 2006 dans ce courrier du [...] 2008 (les courriers de communication en annexes de ce courrier).

³⁵⁴ Le courrier de la SEL en date du [...] 2007.

³⁵⁵ Plainte du [...] du CCG du [...] 2007.

l'ONP plusieurs courriers où elle réitère les faits pertinents ainsi que sa position juridique³⁵⁶.

- (315) Le [...] 2008, la Chambre de discipline du CCG décide d'imposer une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant une semaine à l'encontre de la SELAS, et une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant six mois à l'encontre des associés [...] et [...], et un avertissement à l'encontre de l'associé [...] ³⁵⁷.
- (316) M. [...] et la SELAS ont fait appel de la décision et le [...] 2009 le CNOP a confirmé une interdiction d'exercice.³⁵⁸ M. [...] et la SELAS ont ensuite fait appel le [...] 2009 de la décision du CNOP auprès du Conseil d'Etat et demandé le sursis à exécution de la décision du [...] 2009 ordonnant la suspension de l'exercice de la pharmacie du [...] au [...] 2010 à l'encontre de la SELAS et la suspension de l'exercice de la pharmacie du [...] au [...] à l'encontre de [...]. Cette décision du [...] 2009 était fondée sur le défaut de communication d'une part, des documents concernant les mouvements d'actions au moment de l'augmentation de capital³⁵⁹ et, d'autre part, de la liste nominative des associés de l'associé extérieur SAS "XY" ainsi que de ses statuts. En ce qui concerne la SELAS, le Conseil d'Etat a constaté dans un arrêt du [...] 2010 le préjudice irréparable subi par la SELAS, estimé par la SEL dans sa requête à environ [...] EUR, et a d'autre part décidé le sursis à l'exécution de la décision rendue à l'encontre de [...], jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son pourvoi.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (317) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP³⁶⁰ prétend que la procédure disciplinaire serait indépendante de ses pouvoirs d'inscription au Tableau. Or le pouvoir disciplinaire de l'ONP concerne aussi la gestion de l'inscription au Tableau (voir chapitre 3.1) et ne dépend pas du Préfet, contrairement à ce que prétend l'ONP au point 144 de ses observations.

SELAFA "BB"

- (318) Le [...] 2006, l'Assemblée générale extraordinaire décide de refondre les statuts de la SELAFA "BB".³⁶¹ Dans son courrier en date du [...] 2006, l'ONP demande à la SELAFA de lui communiquer les documents relatifs à la détention du capital social et des droits de vote.³⁶² A cette date, la SEL est inscrite à l'Ordre des médecins et deux directeurs de laboratoire sur les quatre de la SEL sont médecins biologistes, et d'autre part la SEL est déjà identifiée par l'ONP comme faisant partie du groupe "XY"³⁶³.

³⁵⁶ Courrier du [...] 2008; courrier du [...] 2008 (y compris l'attestation de M. [...] cité à la note de bas de page 353); Conclusions du cas (par l'avocat de la SELAS) en date du [...] 2008.

³⁵⁷ La décision de la chambre de discipline du CCG du [...] 2008.

³⁵⁸ Au moment de la rédaction de la présente Décision la Commission ne disposait pas de la version écrite de la décision du CNOP.

³⁵⁹ Voir considérant (310) à ce sujet.

³⁶⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 131.

³⁶¹ Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du [...] 2006.

³⁶² Courrier du CCG du [...] 2006.

³⁶³ Un document qui a été créé en juillet 2004 et modifié en février 2005.

- (319) Le [...] 2006, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre des pharmaciens pour non respect des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP.³⁶⁴ Le [...] 2008, le CCG décide de traduire les pharmaciens en chambre de discipline.³⁶⁵
- (320) Le [...] 2008, la chambre de discipline du CCG décide de sanctionner chacun des pharmaciens par une interdiction d'exercer la pharmacie pendant six mois au motif du défaut de communication des documents concernant les mouvements d'actions³⁶⁶. Le [...] 2008, M. [...] introduit un appel contre cette condamnation auprès de la chambre de discipline du CNOP³⁶⁷. Celle-ci a dans sa décision du [...] 2009 annulé les décisions du CCG du [...] 2008 et du [...] (de traduire les pharmaciens en chambre de discipline), et renvoyé l'affaire devant la chambre de discipline du CCG. Le CCG a redémarré la procédure le [...] 2010 sur les mêmes bases qu'en 2008 et décidé le [...] 2010 de retraduire tous les pharmaciens en chambre de discipline³⁶⁸.

SELAS "AZ"

- (321) Le [...] 2006, Mme [...] et Mlle. [...] cèdent leurs actions à la SELAS "AZ" en faveur de Mme [...].³⁶⁹ L'ONP prend connaissance de cette opération le [...] 2007 par un courrier émanant de la SELAS "AZ".³⁷⁰ Dans un courrier du [...] 2007 adressé au préfet de "T", l'ONP constate que la cession antérieure d'actions au profit de Mlle. [...] ne lui a jamais été communiquée³⁷¹ et signale que le défaut de communication est une violation des articles L.4221-19 et L.6221-4 et L.6221-5 du CSP.
- (322) Après cette intervention, la DDASS³⁷² de "T" dans son courrier du [...] 2007 demande à la SELAS, entre autres, les actes de cession et la nouvelle répartition du capital social de la SELAS.³⁷³ L'ONP réitère la même demande dans le courrier daté du [...] 2007³⁷⁴.
- (323) Lorsque la SELAS communique la répartition du capital social, l'ONP constate un autre mouvement d'actions, au profit de la SEL "AD". La SEL "AD" détient [plus que 99% de X] actions de la SELAS "AZ" sur un total de [X] (mais un nombre inférieur de droits de vote).³⁷⁵ L'ONP demande à nouveau que lui soient communiqués les ordres de mouvements d'actions³⁷⁶. Il répète cette demande dans un courrier du [...] 2007³⁷⁷.
- (324) Le [...] 2007, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de Mme [...] et à l'encontre de la SELAS "AZ" pour non respect des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du

³⁶⁴ Plainte du CCG du [...] 2006.

³⁶⁵ Décision du CCG de traduire la SELAFA en chambre de discipline du [...] 2008.

³⁶⁶ Décision de la chambre de discipline du [...] 2008.

³⁶⁷ Appel introduit par [...] du [...] 2008.

³⁶⁸ Lettres des [...] et [...] 2010 adressées à [...] par [...], membre du CCG, et du [...] 2010 à [...] par [...] du CCG. Lettre du CCG du [...] 2010 à [...].

³⁶⁹ Procès-verbal du Conseil d'administration du [...] 2006.

³⁷⁰ Plainte du [...] du CCG du [...] 2007.

³⁷¹ Courrier du CCG du [...] 2007.

³⁷² Direction départementale des affaires sanitaires et sociales.

³⁷³ Courrier de la DDASS de "T" du [...] 2007.

³⁷⁴ [...].

³⁷⁵ Courrier du CCG du [...] 2007.

³⁷⁶ Id.

³⁷⁷ Plainte du [...] du CCG du [...] 2007.

CSP.³⁷⁸ A cette date l'ONP a constaté l'appartenance de la SEL au groupe "XY".³⁷⁹ Cette plainte concerne uniquement la cession d'actions du [...] 2006 en faveur de Mme [...], et le fait que les documents relatifs à cette cession n'ont pas été communiqués à l'ONP dans le mois suivant leur signature. La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

(325) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs³⁸⁰ remarque que deux arrêtés préfectoraux ont été rendus le 7 août 2007 concernant ce laboratoire. Cela signifie que la plainte de l'ONP a été déposée quelques semaines après que le préfet a pris acte des transformations effectuées par la SEL sans visiblement constater d'illégalité, et publié en conséquent les arrêtés modificatifs.

SELAS "AD"

(326) Dans son courrier du [...] 2007, l'ONP constate qu'il ressort du formulaire de mise à jour de l'inscription de cette SELAS que "XY" SAS a une participation dans son capital. L'ONP affirme qu'il n'a jamais été informé de cette cession d'actions et invoque la violation des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP³⁸¹.

(327) Cependant, la SELAS considère que la propriété d'un laboratoire n'est pas affectée par un mouvement d'actions et que *"aucun texte n'impose par ailleurs la communication des documents affectant la propriété des actions d'une Société d'Exercice Libéral"*³⁸².

(328) Le [...] 2007, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de la SELAS "AD" et de M. [...] pour le non respect des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP concernant les mouvements d'actions au capital.³⁸³ La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.

(329) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs³⁸⁴ note que le préfet a mis à jour l'autorisation de fonctionnement du laboratoire. Cela signifie que moins d'une semaine après l'agrément donné par le préfet, qui n'a visiblement pas constaté d'illégalité, l'ONP a porté plainte contre la SEL et les pharmaciens.

SELAS "BC"

(330) L'ONP suspecte dès le [...] 2006 au moins que le groupe "XY" a pris une part au capital de cette SEL. Le [...] 2007, la SELAS "BC" informe l'ONP de la cession de toutes les parts détenues par les tiers porteurs à la SEL "LABORATOIRES D'AU". Le [...] 2007, la SELAS "BC" communique les ordres de mouvements d'actions à l'ONP³⁸⁵.

³⁷⁸ Id.

³⁷⁹ Voir considérant (326), la SEL "AD", actionnaire de la SEL "AK", est identifiée au plus tard le [...] 2007 comme faisant partie du groupe "XY".

³⁸⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 132.

³⁸¹ Courrier du CCG du [...] 2007.

³⁸² Courrier de la SEL du [...] 2007.

³⁸³ Plainte du CCG du [...] 2007.

³⁸⁴ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 148.

³⁸⁵ Plainte du CCG du [...] 2007.

- (331) L'ONP considère que le délai d'un mois prévu par les articles L.6221-4, L.6221-5 et L.4221-19 du CSP n'est pas respecté et porte plainte à l'encontre de M. [...] ³⁸⁶. La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.

SELAS "ED"

- (332) En octobre 2007 une cession d'actions de la SELAS "ED" au profit de la SELAS "AP" intervient ³⁸⁷. Le [...] 2008, la SELAS "AP" communique à l'ONP le dossier relatif à la nomination d'un nouveau directeur. Il ressort de ce dossier que la SELAS "AP" détient une participation de [plus que 99% de X] actions sur un total de [X] actions dans le capital social de la SELAS "ED" ³⁸⁸.
- (333) Dans son courrier du [...] 2008, l'ONP constate qu'il n'a pas été informé de cette cession. L'ONP invoque une violation des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP. ³⁸⁹ Cependant, dans son courrier du [...] 2008, la SELAS "ED" affirme à juste titre que « *aucun texte légal ou réglementaire applicable aux SEL de laboratoires d'analyses de biologie médicale ne prescrit leur communication (des documents demandés par l'ONP) aux Ordres professionnels ou aux DDASS.* » Par conséquent, selon la SEL il n'existe aucune obligation de communiquer ces documents à l'ONP, sauf à ce que l'ONP indique le fondement légal qui oblige la SELAS à cette communication ³⁹⁰.
- (334) Le [...] 2008, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de la SELAS "ED" et des pharmaciens exerçant en son sein pour violation des articles L.6221-4 et L.6221-5 du CSP au motif d'un défaut de communication des mouvements au capital ³⁹¹. La procédure disciplinaire est en attente d'audience.

SELAS "AY"

- (335) Le [...] 2005, [plus que 99% de X] actions, sur un total de [X] sont cédées par M. [...], par Mme. [...], par Mme. [...], par M. [...], par M. [...] et par M. [...] au profit de la SELAS "BV" (devenue SELAS "AA" ³⁹²).
- (336) L'ONP apprend l'existence de cette opération lorsqu'il reçoit le formulaire de modification d'inscription de la SELAS "BV" daté du [...] 2008. ³⁹³ L'ONP constate qu'il n'était pas informé de la cession en question dans le délai prévu par le CSP. ³⁹⁴
- (337) La SELAS "AY" répond qu'aucune communication ne devait être effectuée de plein droit et demande à l'ONP de lui communiquer le fondement légal qui l'obligerait à cette communication, dont elle n'aurait pas eu connaissance. ³⁹⁵

³⁸⁶ Plainte du CCG du [...] 2007.

³⁸⁷ Plainte du [...] du CCG du [...] 2008.

³⁸⁸ Formulaire de demande de modification d'inscription d' "AP".

³⁸⁹ Courrier du CCG du [...] 2008.

³⁹⁰ Courrier de la SEL du [...] 2008.

³⁹¹ Plainte du [...] du CCG du [...] 2008.

³⁹² Procès-verbal d'Assemblée générale extraordinaire de la SELAS du [...] 2007. Courrier du CCG du [...] 2008. Voir aussi le courrier du CCG du [...] 2008.

³⁹³ Courrier du CCG du [...] 2008.

³⁹⁴ Id.

³⁹⁵ Courrier de la SELAS du [...] 2008.

(338) Le [...] 2008, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de M. [...] et de Mme. [...] ainsi que de la SELAS "AY" pour non respect des articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP concernant ce mouvement d'actions.³⁹⁶ La procédure disciplinaire est en attente d'audience. L'ONP a identifié l'appartenance de la SEL "BV" au groupe "XY" au moins dès janvier 2008³⁹⁷.

SELAS "BD"

(339) La cession des actions détenues par M. [...] et par M. [...] dans la SELAS "BD" au profit de la SELAS "AU" est intervenue en [...] 2007. Ainsi, la SELAS "AU" est devenue l'associé de la SELAS "BD".³⁹⁸ L'ONP a identifié l'appartenance de la SEL "AU" au groupe "XY" dès février 2005³⁹⁹.

(340) Le [...] 2008, l'ONP enregistre un courrier de M. [...] qui l'informe du transfert de son laboratoire et du transfert du siège social de la SELAS.⁴⁰⁰ L'ONP apprend par ce courrier et un autre courrier émanant de la SELAS du [...] 2009, que des modifications sont intervenues au capital social de la SELAS.⁴⁰¹

(341) Le [...] 2009, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de la SELAS "BD" et de M. [...] et M. [...], au motif que M. [...] et M. [...] n'auraient pas communiqué à l'ONP la modification du capital social de "BD" dans le délai d'un mois et auraient ainsi violé les articles L.4221-19 et L.6221-4 du CSP.⁴⁰² La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.

(342) L'ONP⁴⁰³ avance que la plainte serait basée sur une situation illégale de la SEL dès [...] 2008. Selon l'ONP, les mouvements de titres intervenus le [...] 2007 auraient dû lui être communiqués dans le mois. La base légale invoquée à l'appui de cette plainte est une présumée infraction aux articles L4221-19 et L6221-4 du CSP.

(343) Bien qu'informé par une lettre du [...] 2008 de la SEL, qui est de surcroît mentionnée dans la plainte, que les directeurs de la SEL sont bien restés associés au capital de la SEL même après les mouvements de titres intervenus le [...] 2007, l'ONP prétend que les directeurs ne seraient plus associés au capital, ce qui est erroné.

SELAS "BE"

(344) L'ONP enregistre le [...] 2009, un formulaire d'inscription au Tableau de l'ONP de la SELAS "BF". Il ressort de ce formulaire que la SELAS "BF" détient une

³⁹⁶ Plainte du [...] du CCG du [...] 2008.

³⁹⁷ [...]. Voir aussi [...], où la SEL "AY" est présentée comme ayant des statuts similaires à d'autres SEL du groupe "XY".

³⁹⁸ [...].

³⁹⁹ [...].

⁴⁰⁰ Plainte du [...] du CCG du [...] 2009.

⁴⁰¹ Id. Voir aussi le courrier du CCG du [...] 2009 et le courrier de M. [...] (commissaire aux comptes représentant la SELAS) daté du [...] 2009.

⁴⁰² Plainte du [...] du CCG du [...] 2009. A noter qu'une autre raison de la plainte est le fait que la SELAS "AU" était, selon de l'ONP, l'associé unique de la SELAS "BD" à cette époque là ce qui est interdit par la loi. Néanmoins, la SELAS "BD" affirme que MM. [...] et [...] étaient toujours les associés de la SELAS et qu'un document erroné ont été soumis à l'ONP – voir la plainte et aussi le courrier de M [...] du [...] 2009.

⁴⁰³ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 136.

participation dans le capital social de la SELAS "BE", [plus que 99% de X] actions sur un total de [X] actions.⁴⁰⁴

- (345) Le [...] du CCG rappelle dans le courrier daté du [...] 2009 que chaque pharmacien biologiste exerçant au sein de la SELAS doit respecter les dispositions des articles L.6221-4, L.6221-5, L.4221-19 et R.4222-3 du CSP et communiquer, dans le délai d'un mois suivant leur conclusion, toutes les modifications relatives à la répartition du capital social de la SELAS.⁴⁰⁵
- (346) Le [...] 2009, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de Mme. [...] et de M. [...] (pharmaciens biologistes exerçant au sein de la SELAS) ainsi que contre la SELAS "BE" pour non respect des articles L.4221-19, L.6221-4, L.6221-5, L.6221-8⁴⁰⁶ et R.4222-3 du CSP.⁴⁰⁷ La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.
- (347) D'après l'ONP⁴⁰⁸ la plainte est légalement fondée sur la « *réticence par la structure d'exercice* » à transmettre les documents. Cependant, les mouvements d'actions ne sont pas mentionnés dans les articles L4221-19, L6221-4 et L6221-5 du CSP.

SELAS "BF"

- (348) Le [...] 2009, le Conseil d'administration de cette SEL approuve la cession par la SELAS "AT" d'une action sur les [...] lui appartenant dans la SELAS "BF" au profit de M. [...].⁴⁰⁹
- (349) L'ONP apprend cette opération le [...] 2009. Dans son courrier du [...] 2009, l'ONP constate qu'il n'a jamais été informé de la cession d'actions de la SELAS "BF" au profit de la SEL "AT" et mentionne une présumée violation des articles L.6221-4, L.6221-5 et L.4221-19 du CSP.⁴¹⁰ Le [...] 2009, la SELAS "BF" communique les ordres de mouvements d'actions au profit de la SELAS "AT".⁴¹¹ La SEL "AT" est identifiée par l'ONP comme faisant partie du groupe "XY" depuis février 2005 au moins⁴¹².
- (350) Le [...] 2009, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de quatre associés professionnels en exercice ainsi que de la SELAS pour non respect des articles L.4221-19, L.6221-4, L.6221-5, L.6221-8 et R.4222-3 du CSP.⁴¹³ La procédure disciplinaire se trouve en attente d'audience.

AUTRES SEL

- (351) L'ONP a poursuivi la même tactique et pris des positions identiques pour les sociétés suivantes: la SELAS "BG"⁴¹⁴, la SELAS "CA"⁴¹⁵ et la SELAS "BH"⁴¹⁶

⁴⁰⁴ Le courrier du CCG en date du [...] 2009.

⁴⁰⁵ Id.

⁴⁰⁶ Pour les besoins du présent chapitre, version en vigueur du 21 septembre 2000 au 15 janvier 2010.

⁴⁰⁷ Plainte du [...] du CCG du [...] 2009.

⁴⁰⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 137.

⁴⁰⁹ Le procès-verbal du Conseil d'administration en date du [...] 2009.

⁴¹⁰ Le courrier de l'ONP en date du [...] 2009.

⁴¹¹ Le courrier de la SEL en date du [...] 2009.

⁴¹² [...].

⁴¹³ Plainte du [...] du CCG du [...] 2009.

⁴¹⁴ Dans ses courriers en date du [...] 2006 et du [...] 2006, le CCG invoque l'article L.4221-19 du CSP: "(...) notre Conseil ne peut se prononcer, en état actuel des documents en sa possession, sur les opérations

5.2.2.2 Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques

Cadre légal en vigueur

- (352) Comme il a été évoqué au chapitre 3.2.2, les SEL de LABM sont soumises à des obligations de déclarer à l'ONP certains changements liés à l'exercice de leur activité, obligation qui sont codifiées en particulier dans deux articles du CSP: d'abord, l'article L.6221-5 : "*Les statuts des sociétés constituées pour l'exploitation d'un laboratoire et les modifications apportées à ces statuts au cours de la vie sociale doivent être communiqués à la diligence du ou des directeurs dans le mois suivant leur signature aux conseils des ordres dans le ressort desquels est situé le laboratoire et dont relèvent ses directeurs et directeurs adjoints. Les contrats et avenants conclus par ces sociétés et ayant pour objet de leur assurer l'usage du matériel ou du local servant à l'activité du laboratoire sont également soumis à communication dans les mêmes conditions.*"
- (353) D'autre part, selon l'article L.4221-19⁴¹⁷ du CSP en vigueur depuis le 1^{er} mars 2006: "*Les pharmaciens exerçant en société doivent communiquer au conseil de l'ordre dont ils relèvent, outre les statuts de cette société et leurs avenants, les conventions et avenants relatifs à son fonctionnement, ou aux rapports entre associés. Ces documents doivent être communiqués dans le mois suivant la conclusion de la convention ou de l'avenant.*"

Interprétation de la loi propre à l'ONP

- (354) La résolution de janvier 2006 précitée et les deux articles de loi précités, en particulier l'article L4221-19 du CSP, ont été systématiquement utilisés par l'ONP pour identifier les SEL liées à des groupes et le cas échéant pour justifier ses décisions visant à freiner l'activité des groupes, par le biais du lancement de procédures disciplinaires.

Création de nouvelles obligations : formulaire d'inscription

- (355) A partir de février 2008 au moins, suite à la décision du Conseil d'Etat d'octobre 2007 qui oblige les SEL au sein desquelles exercent les médecins et les pharmaciens à être inscrites aux deux tableaux⁴¹⁸, l'ONP décide de façon autonome de créer de nouvelles obligations pour les SEL, afin de mieux identifier les groupes qui prennent des participations dans des SEL.
- (356) Dès février 2008 au moins, un formulaire d'inscription au Tableau de l'ONP qu'une SEL doit communiquer à l'ONP pour être enregistrée est créé et diffusé systématiquement par l'ONP à toutes les SEL inscrites au Tableau de l'Ordre des

suivantes (cession d'actions) (...)" . Dans son courrier en date du [...] 2008, le CCG invoque les articles L.6221-4, L.6221-5 et L.4221-19 du CSP, afin d'obtenir les documents relatifs à la cession d'actions.

⁴¹⁵ Dans ses courriers en date du [...] 2006 et du [...] 2006, le CCG demande de lui communiquer tous les actes relatifs aux mouvements d'actions en invoquant les articles L.4221-19, L.6221-4 et L.6221-5 du CSP.

⁴¹⁶ Dans son courrier en date du [...] 2008, le CCG demande de lui communiquer l'acte de cession d'une action au profit de M. [...] en invoquant l'article L.6221-5 du CSP. Dans son courrier en date du [...] 2008, le CCG invoque les articles L.6221-4, L.6221-5 et L.4221-19 du CSP.

⁴¹⁷ Cet article a été créé par l'article 2 de l'ordonnance n°2005-1040 du [...] 2005 ("l'ordonnance"), et apparemment souhaité par l'ONP.

⁴¹⁸ De l'Ordre des pharmaciens et de l'Ordre des médecins.

médecins et dans lesquelles exercent des pharmaciens biologistes.⁴¹⁹ La section 2 du formulaire demande des informations sur la participation de la SEL dans d'autres SEL de LABM. Cette demande, qui ne repose sur aucun texte légal⁴²⁰, a été utilisée pour repérer les laboratoires liés à des groupes grâce aux participations croisées et le cas échéant lancer des procédures disciplinaires à l'encontre de ces laboratoires ou des pharmaciens biologistes qui y exercent.

- (357) Concernant la création de nouvelles obligations relatives aux demandes d'inscription au Tableau, l'ONP souligne dans ses observations sur la communication des griefs⁴²¹ qu'un formulaire existait avant février 2008. L'ONP cite des formulaires de demande du 22 février 2005 et du 30 septembre 2006. En conséquence, selon l'ONP il n'existe donc aucune création de nouvelles obligations par le formulaire d'inscription du février 2008.
- (358) Cette argumentation de l'ONP est sans portée. La Commission remarque que ce n'est pas parce que la création d'obligations supplémentaires imposées par l'ONP est antérieure à la date que les documents en possession de la Commission laissent supposer, que ces obligations supplémentaires justifient un comportement anticoncurrentiel de l'ONP.

Décisions de l'ONP fondées sur sa propre interprétation de la loi

- (359) L'ONP vise par ses demandes d'information relatives aux modifications du capital social des SEL, justifiées par sa propre interprétation des articles L 4221-19 et L6221-5 du CSP, un seul but: empêcher le développement des groupes de laboratoires sur le marché. En effet, si plusieurs interprétations de ces deux articles du CSP sont possibles, l'ONP utilise systématiquement l'interprétation la plus favorable aux objectifs anticoncurrentiels qu'il poursuit⁴²², et cette interprétation peut difficilement être justifiée par la nécessité de préserver l'indépendance professionnelle (voir considérant (303)).
- (360) L'ONP parvient à ses fins d'une part, en identifiant les actionnaires des SELAFA et SELAS, et plus spécifiquement ceux liés aux groupes (en particulier, "XY", "YZ", et "ZZ"), et d'autre part, en alléguant une infraction à une prétendue obligation légale et en prononçant des sanctions disciplinaires à l'encontre des pharmaciens qui collaborent avec les groupes mentionnés.

Exigence de communication de documents relatifs aux ventes d'actions

- (361) Sur la base de la résolution de l'ONP de janvier 2006, l'ONP a demandé aux pharmaciens biologistes directeurs de LABM ainsi qu'aux SEL dont l'objet social est l'exploitation des LABM de lui communiquer non seulement les documents prévus par la loi, notamment les statuts et leurs avenants et les conventions relatives au fonctionnement des SEL ou aux rapports entre associés, mais aussi **les documents**

⁴¹⁹ [...].

⁴²⁰ Voir article R.4222-3 al. 4 du CSP.

⁴²¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 133 et 134.

⁴²² Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, Windsurfing International Inc. / Commission (Recueil 1986, p. 00611, points 26-27).

relatifs aux ventes d'actions⁴²³ des SELAFA et des SELAS et **la nouvelle répartition du capital social et des droits de vote** dans ces sociétés.⁴²⁴

- (362) Dans les cas où le nouvel associé est devenu une personne morale, par exemple faisant partie du groupe "XY", l'ONP a aussi demandé **la liste nominative des associés de cette personne morale et leurs statuts**.⁴²⁵
- (363) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs soutient que les conventions relatives au financement de la société et à la répartition du capital social peuvent être régulièrement sollicitées par le Conseil Central de la Section G, dès lors qu'elles sont bien relatives « *à son fonctionnement et aux rapports entre associés* » et tombent, dès lors, dans le champ d'application de l'obligation de communication, tel qu'il résulte de l'article L. 4221-19 du CSP⁴²⁶.
- (364) Or aucune disposition légale ne requiert de la part des pharmaciens ou SELAFA et SELAS la communication de tels documents. C'est uniquement par sa propre interprétation de la loi, telle qu'exprimée dans la résolution de janvier 2006, que l'ONP parvient à imposer et sanctionner cette obligation.
- (365) En effet, l'article L 6221-5 du CSP exige la communication des statuts de la SEL. Il faut communiquer à l'ONP les nouveaux statuts à chaque modification. Cependant, la répartition du capital social concerne les statuts de la SELARL parce que la répartition du capital social est indiquée dans les statuts de ce type de société. En revanche, pour les SELAFA et les SELAS le capital social est divisé en actions et les statuts n'indiquent ni les associés (les actionnaires sont anonymes) ni la répartition du capital social. Par conséquent, la vente des actions et la nouvelle répartition du capital social dans les SELAFA et les SELAS n'entraîne aucune modification des statuts de ces sociétés. L'article L 6221-5 du CSP n'est pas applicable, contrairement à ce que prétend l'ONP.
- (366) D'autre part, l'article L 4221-19 du CSP n'exige la communication, outre les statuts de la SEL et leurs avenants, que des conventions et avenants relatifs au fonctionnement des SEL, ou aux rapports entre associés. Or aucun de ces deux types de conventions n'inclut la vente d'actions.
- (367) Le contrôle des professionnels sur le fonctionnement de la société est déjà très largement garanti par les dispositions légales existantes. En effet, selon la loi, plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire d'une SEL, par des professionnels en exercice au sein de la société⁴²⁷. De plus, les gérants, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent tous de par la loi être des associés exerçant leur profession au sein de la société⁴²⁸. Enfin, comme il a déjà été mentionné au considérant (303), les décisions en cause concernent essentiellement des opérations entre professionnels.

⁴²³ Décisions de l'assemblée générale ("AG") donnant son agrément aux cessions des actions, actes de cessions, mouvements de titres – voir par exemple [...] ("BE"); [...] ("AY"); [...] ("AZ"); [...] ("ED"); [...] ("AD").

⁴²⁴ Id., [...] ("CI"/"AQ").

⁴²⁵ [...] ("CI"/"AQ") etc.

⁴²⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 123.

⁴²⁷ Art. 5 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

⁴²⁸ Id., Art. 12. Voir également articles L6212-1 à L6212-4 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

L'ONP ne saurait dès lors se prévaloir de la nécessité de préserver l'indépendance professionnelle pour justifier ses demandes et son utilisation des textes.

- (368) En revanche, les « *conventions relatives aux rapports entre associés* » sont semblables aux pactes d'associés ou d'actionnaires⁴²⁹. Un pacte d'actionnaires ou d'associés est un pacte entre les investisseurs d'une entreprise, qui complète les statuts de la société et a pour but de garantir des droits aux signataires et de définir leurs engagements : par exemple, la gestion sociale, la protection des actionnaires minoritaires etc. L'objet des contrats de vente d'actions ne rentre clairement pas dans le champ de la définition de tels pactes.

Lancement de procédures disciplinaires en cas de refus ou de retard

- (369) En portant plainte, le [...] du CCG a engagé de nombreuses procédures disciplinaires à l'encontre des pharmaciens biologistes qui ne l'avaient pas informé des modifications du capital social, notamment des ventes d'actions entre associés. Toutes les plaintes disciplinaires sont fondées sur une prétendue infraction à l'obligation de communiquer des documents relatifs à la répartition du capital social, et citent comme base légale les articles L 4221-16, L 6221-4 et L 4221-5 du CSP.
- (370) Sur cette base, la chambre de discipline du CCG, composée uniquement des membres du CCG, condamne systématiquement les pharmaciens et les SELAFA/SELAS incriminés et prononce des peines d'interdiction d'exercer la pharmacie comprises entre 1 semaine et 1 mois à l'encontre des SEL, mais de six mois à l'encontre des pharmaciens biologistes incriminés.⁴³⁰ Ce niveau de sanction est l'un des plus sévères envisagés par l'art. L 4234-6 du CSP, et est complètement disproportionné par rapport à la gravité présumée des faits qui sont reprochés aux pharmaciens, comme il est décrit plus en détail au chapitre 5.4. Bien que la Commission ne retienne pas les sanctions disciplinaires parmi les griefs, il n'en reste pas moins que ces sanctions sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des décisions incriminées.

Tentative infructueuse de l'ONP de traduire dans la loi sa propre interprétation de la loi

- (371) L'ONP a tenté et tente toujours de traduire dans la loi son interprétation des textes, sur la base de laquelle de nombreuses procédures disciplinaires ont déjà été engagées et pour beaucoup conclues. Ainsi, un projet de loi formulé par l'ONP en juillet 2008 vise à donner aux Ordres le pouvoir d'exiger la communication de l'identité de « *toute personne morale intermédiaire, jusqu'aux personnes physiques finales. Cette information devra être communiquée aux Ordres professionnels* »⁴³¹.
- (372) Ce type d'initiative de tenter de faire modifier la loi est parfaitement légitime en tant que tel. Cependant, cette proposition reflète le décalage très important entre d'une part les textes et leur interprétation en interne par l'ONP et, d'autre part, l'interprétation qu'utilise l'ONP systématiquement dans ses courriers, qui est la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels.

⁴²⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005, p. 5.

⁴³⁰ [...] ("CI").

⁴³¹ [...], en particulier p 16 proposition 4.9 identification des tiers investisseurs, document daté du 15 juillet 2008.

5.2.2.3. Participation minimale des pharmaciens au capital des SEL

- (373) L'ONP a cherché à imposer, dans le contexte de regroupements de SEL liées à des groupes de laboratoires, que les pharmaciens exerçant au sein des SEL en question détiennent une part minimale des actions d'une SEL. Ce type de décisions vise en fait à ralentir les regroupements en question et freiner le développement des groupes de laboratoires d'analyses.
- (374) Ce comportement de l'ONP se manifeste, d'une part, par le fait que l'ONP soutient, en se fondant sur une interprétation de la loi qui lui est propre, qu'il ne serait pas possible d'attribuer aux associés professionnels extérieurs (c'est-à-dire pas les pharmaciens exerçant dans la SEL) de la SELAS ou SELARL un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions. Cette exigence ne repose sur aucune base légale, mais l'ONP avance un prétendu risque déontologique en cas de dissociation entre droits aux dividendes et droits de vote.
- (375) Or toutes les décisions de l'ONP dont il est question dans le présent chapitre concernent des opérations réalisées exclusivement entre professionnels (personnes physiques ou morales)⁴³². Il n'est pas question de prise de participation de tiers investisseurs au capital des SEL, mais d'échanges de participations entre professionnels. Dès lors, l'ONP ne saurait tirer argument de la nécessité de veiller à la sauvegarde de l'indépendance professionnelle pour justifier ses décisions en cause.
- (376) S'il est vrai que plusieurs interprétations de la loi sont possibles, celle que choisit d'imposer l'ONP contredit systématiquement l'interprétation officielle des mêmes dispositions par l'Etat français. De plus, l'interprétation de l'ONP est la plus favorable aux objectifs décrits au chapitre 5.5.
- (377) D'autre part, l'ONP prétend que la détention d'une part trop faible du capital social par les pharmaciens exerçant dans la structure porterait atteinte aux principes déontologiques applicables à l'exercice de la profession de pharmacien. Or le contrôle des professionnels sur le fonctionnement de la société et donc leur indépendance professionnelle dans ce contexte sont déjà très solidement garantis par les dispositions légales existantes⁴³³.

5.2.2.3.1 Décisions visant à imposer une participation minimale des pharmaciens au capital des SEL

SELARL "AU"

- (378) Le [...], l'ONP enregistre un dossier relatif à la cession de parts sociales de Mme [...], associée professionnelle en exercice dans la SELARL "AU", au profit de la SELAFA "BR", associée extérieure de la SELARL, et à la modification des statuts de la SELARL mis à jour [...] 2004.⁴³⁴
- (379) Les modifications statutaires de la SELARL disposent notamment que les associés professionnels exerçant dans la SEL, dans le cas présent Mme [...], conservent dans tous les cas la majorité des droits de vote (article 8-1 des statuts) conformément aux

⁴³² Voir considérants (378), (391), (401), (405), (410), (416), (421), (424), (427).

⁴³³ Art. 12 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Voir également articles L6212-1 à L6212-4 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010.

⁴³⁴ Courrier du CCG du 13 mai 2004.

dispositions des articles 5 et 5-1 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Après la cession de parts sociales, Mme [...] est minoritaire au capital.

- (380) Dans un courrier du 13 mai 2004 envoyé au préfet et en copie à Mme [...] et à la SELAFA "BR", l'ONP affirme que la répartition du capital social ne serait plus conforme aux dispositions de la loi n° 90-1258 et ajoute qu' *"il conviendra de modifier l'article 10 des statuts, suite aux délibérations du Conseil en date du 18 septembre 2003: Nous informons les intéressées qu'en matière de Droits et obligations attachés aux parts, le Conseil a estimé en premier lieu, que le démembrement des parts ou actions des sociétés exploitant des laboratoires d'analyses de biologie médicale était incompatible avec les dispositions de la Loi du 31 décembre 1990 modifiée et du 11 juillet 1975 et, le cas échéant, de l'article L 6211-6 du Code de la santé publique. En deuxième lieu, le Conseil a estimé qu'un tel démembrement comportait des risques sérieux et incontrôlables d'atteinte à l'indépendance des directeurs et directeurs adjoints de ces laboratoires, que ces derniers ne peuvent "aliéner sous quelque forme que ce soit" (Article R 5015-3 du Code de déontologie). Chaque associé professionnel doit être en conséquence propriétaire de ses parts en pleine propriété, durant son activité."*⁴³⁵
- (381) L'ONP réitère son exigence que la SELARL modifie la répartition du capital au profit de Mme [...] dans ses courriers des [...] 2004⁴³⁶ et [...] 2004, en soutenant qu'étant donné que l'article 223-28⁴³⁷ du Code de commerce dispose, pour les SARL, que chaque associé dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède, l'article 8-1 des statuts de la SELARL serait inopérant. Partant, ces statuts seraient contraires aux dispositions de la loi n° 90-1258.⁴³⁸
- (382) La société répond par plusieurs courriers⁴³⁹ en défendant la légalité⁴⁴⁰ de la transaction et des dispositions pertinentes de ses statuts, et en soulignant en particulier que l'article 1^{er} de la loi n° 90-1258 énonce que les SEL et en particulier les SELARL sont certes régies par les dispositions du Code de commerce, mais sous réserve des dispositions spécifiques prévues par cette loi, et notamment celles des articles 5 et 5-1 de cette même loi qui instaurent un régime spécial en ce qui concerne les droits de vote dans les SEL, dont les SARL.⁴⁴¹

⁴³⁵ [...]. L'article 10 des statuts prévoit la possibilité de démembrement de parts sociales : [...].

⁴³⁶ [...].

⁴³⁷ Article L223-28 du Code de commerce : « Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède. Un associé peut se faire représenter par son conjoint à moins que la société ne comprenne que les deux époux. Sauf si les associés sont au nombre de deux, un associé peut se faire représenter par un autre associé. Il ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent. Un associé ne peut constituer un mandataire pour voter du chef d'une partie de ses parts et voter en personne du chef de l'autre partie. Toute clause contraire aux dispositions des premier, deuxième et quatrième alinéas ci-dessus est réputée non écrite. ».

⁴³⁸ [...].

⁴³⁹ Courrier du [...] 2004, courrier du [...] 2004 (la plainte étant communiquée à la société le [...] 2004.

⁴⁴⁰ La Circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 du 22 septembre 1998 du Ministère de la Santé confirme cette analyse : « Le régime juridique des « SEL » est celui des sociétés commerciales tel que défini par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sous réserve des aménagements particuliers à l'exercice libéral prévus par la loi de 1990 » (soulignement ajouté).

⁴⁴¹ Article 1^{er} de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 : « Il peut être constitué, pour l'exercice d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions régies par la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, sous réserve des dispositions du titre Ier de la présente loi (...) ».

- (383) Le [...] 2004, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de Mme [...], directeur de LABM, et de la SELARL "AU", au motif que "*les modifications intervenues au sein de la société précitée sont incompatibles avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur applicables aux laboratoires d'analyses de biologie médicale et aux sociétés les exploitant...*" et ajoute que les statuts de la société "*ne sont pas conformes aux dispositions applicables aux laboratoires d'analyses de biologie médicale.*"⁴⁴²
- (384) Trois ans et demi après le dépôt de plainte, la chambre de discipline du CCG dans sa séance du [...] 2008 prononce à l'encontre de la SELARL "AU" une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant un mois et à l'encontre de Mme [...] une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant six mois, au motif que Mme [...] aurait perdu son indépendance professionnelle du fait de la cession de ses actions, selon la lecture par l'ONP de la loi n° 90-1258.⁴⁴³
- (385) Cette décision a été confirmée par une décision de la chambre de discipline du CNOP le [...] 2009, soit une semaine après la notification des griefs à l'ONP. La SELARL et la pharmacienne biologiste ont introduit un recours auprès du Conseil d'Etat contre la décision notifiée par le CNOP.
- (386) Dans une décision du 9 avril 2010⁴⁴⁴, le Conseil d'Etat a d'une part ordonné qu'il soit sursis à l'exécution de la décision du [...] 2009 du CNOP jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond. Le Conseil d'Etat estime en outre sérieux les moyens tirés de la requête qui ont trait d'une part au non-respect par le CNOP du principe d'impartialité rappelé à l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et d'autre part celui relatif à l'interprétation par le CNOP des articles 5 et 5-1 de la loi du 31 décembre 1990.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (387) Dans ses observations⁴⁴⁵ l'ONP souligne que les décisions objets de l'enquête relative à cette entreprise et la base légale de la plainte et des décisions concernent uniquement le fait que le directeur du laboratoire ne détient plus la majorité des droits de vote, et note que le cas de la SELARL "AU" est semblable à celui de la SELARL "AT".
- (388) Il est vrai que la plainte du [...] 2004 concerne une infraction à l'article 223-28 du Code de commerce alléguée par l'ONP. Cependant, comme il est démontré plus en détail au chapitre 5.2.2.3.2, il ressort de la lecture combinée des articles 1, 5 et 5-1 de la loi n° 90-1258 et des circulaires ministérielles de 1998 et 2005⁴⁴⁶, que rien n'indique que les statuts de la SELARL, et en particulier l'article 8-1, pouvaient être contraires aux dispositions légales. En particulier, et contrairement à ce que soutient l'ONP, l'article 1er de la loi 90-1258 précise que les SEL sont régies par le code de commerce « *sous réserve des dispositions du titre Ier de la présente loi* », et donc que les dispositions des articles 5 et 5-1 de cette loi (qui figurent au Titre 1^{er}), qui

⁴⁴² Ladite plainte soutient, indépendamment de l'allégation d'illégalité du démembrement, celle d'illégalité de la répartition du capital social de la SELARL (séparation des droits de vote de parts sociales). Aussi cette allégation est légalement non-fondée, voir chapitre 5.1.2.4. et chapitre 5.4.4.

⁴⁴³ [...].

⁴⁴⁴ CE, Section du contentieux, 5^e sous-section, séance du 8 avril 2010 (affaire n° 335699).

⁴⁴⁵ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 126-7.

⁴⁴⁶ La dernière ayant été publiquement remise en question par l'ONP : LNP n°312 du 26 janvier 2006 : cette circulaire « n'a pas pris en compte les observations de l'Ordre et comporte des anomalies notables ».

concernent aussi les SELARL (mentionnées explicitement à l'article 2) priment sur celles du code de commerce.

- (389) En revanche, l'ONP semble avoir bien identifié à la date de la plainte l'appartenance de la SELARL au groupe "XY"⁴⁴⁷.
- (390) L'ONP ajoute que ces deux SEL ne relèveraient pas également d'une problématique liée au démembrement. Cette affirmation n'est pas correcte, dans la mesure où l'ONP formule explicitement dans ses courriers aux deux SEL une exigence de supprimer toute référence au démembrement dans les statuts.

SELARL "AT"

- (391) Le cas de la SELARL "AT" est en principe le même que celui de la SELARL "AU". L'ONP enregistre le [...] 2004 un dossier relatif à la cession de parts sociales de Messieurs [...], [...] et [...], associés professionnels en exercice dans la SELARL au profit de la SELAFA "BR", associée extérieure, y compris les statuts de la SELARL "AT" mis à jour le [...] 2004.⁴⁴⁸ Les modifications statutaires de la SELARL disposent que les associés professionnels exerçant dans la SEL conservent dans tous les cas la majorité des droits de vote (article 7 alinéas 2 et 3 des statuts) conformément aux dispositions des articles 5 et 5-1 de la loi 90-1258 du 31 décembre 1990. Après la cession de parts sociales, les associés professionnels en exercice sont minoritaires au capital.
- (392) L'ONP adresse au préfet un courrier dans lequel il exige une modification de la répartition du capital conformément à ses exigences et fait des remarques identiques à celles mentionnées dans le courrier cité au considérant (380), pour ce qui concerne la possibilité de démembrement de parts sociales mentionnée à l'article 14 des statuts de la SELARL.⁴⁴⁹
- (393) L'ONP réitère son exigence de modifier les statuts de la SELARL dans ses courriers datés des [...] ⁴⁵⁰ et [...] 2004.⁴⁵¹ La société, dans le courrier du [...] 2004, défend la légalité des modifications statutaires effectuées.⁴⁵²
- (394) Le [...] 2004, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de MM. [...], [...] et [...], directeurs de LABM, et de la SELARL "AT". La plainte est très semblable à la plainte précitée au considérant (383).⁴⁵³ l'ONP semble avoir également constaté, à la date de la plainte, l'appartenance de la SELARL AT au groupe "XY"⁴⁵⁴.
- (395) La chambre de discipline du CCG décide le [...] 2008 à l'encontre de la SELARL "AT" d'une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant un mois, et à

⁴⁴⁷ Ce document récapitulatif des plaintes en cours contre les SEL appartenant à des groupes a été créé le [...] 2004.

⁴⁴⁸ Courrier du CCG du [...] 2004. Les statuts de la SELARL "AT".

⁴⁴⁹ [...].

⁴⁵⁰ [...].

⁴⁵¹ Bien que la SELARL "AT" ait modifié ses statuts pendant ce temps, la disposition concernant le démembrement n'a pas été modifiée. Voir le procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire du [...] 2004 et les statuts mis à jour au [...] 2004.

⁴⁵² [...].

⁴⁵³ [...].

⁴⁵⁴ Ce document récapitulatif des plaintes en cours contre les SEL appartenant à des groupes a été créé le [...] 2004.

l'encontre de MM. [...], [...] et [...] d'une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant six mois.⁴⁵⁵ La chambre de discipline du Conseil national de l'ONP réunie le [...] 2009 a confirmé les sanctions à l'encontre des pharmaciens biologistes et la SELARL.⁴⁵⁶ Le Conseil d'Etat a dans un arrêt du 27 novembre 2009 suspendu les sanctions jusqu'à ce qu'il soit statué sur le pourvoi introduit par les pharmaciens biologistes de cette structure et la SELARL dirigé contre la décision du CNOP.

- (396) Dans deux décisions différentes du [...] 2010, le Conseil d'Etat a, d'une part, annulé la décision du CNOP de rejeter la requête introduite par les pharmaciens et la SELARL tendant à l'annulation de la décision de la chambre de discipline du CCG ayant prononcé des interdictions d'exercer la pharmacie à leur encontre⁴⁵⁷ et, d'autre part, annulé la décision du CNOP de rejeter la requête des pharmaciens et de la SELARL tendant au renvoi, pour cause de suspicion légitime, de l'affaire les concernant devant une autre chambre de discipline que celle du CCG⁴⁵⁸.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (397) Dans ses observations sur la communication des griefs⁴⁵⁹, l'ONP avance que ses décisions mentionnées dans la communication des griefs concernant la SELARL "AT" et la base légale de la plainte concernent uniquement le fait que les directeurs du laboratoire ne détiendraient plus la majorité des droits de vote.
- (398) Cependant, comme il est démontré plus en détail au chapitre 5.2.2.3.2 et indiqué au considérant (388), rien n'indique que les statuts de la SELARL et notamment son article 7, deuxième et troisième alinéas, pouvaient être contraires aux dispositions légales, et, partant, que les directeurs du laboratoire n'auraient pas conservé la majorité des droits de vote.

SELAS "AZ"

- (399) Le [...] 2007, la SELAS "AZ" a envoyé à l'ONP un dossier relatif à la démission de Mme [...] de la fonction de présidente de la SELAS et de directeur de LABM et la nomination de Mme [...] en tant que nouvelle présidente et directeur du LABM exploité par la SELAS.⁴⁶⁰
- (400) Dans des courriers du [...] 2007⁴⁶¹ et du [...] 2007⁴⁶², l'ONP demande aux intéressés de lui communiquer, notamment, un document relatif à la nouvelle répartition du capital social de la SELAS. Or, s'agissant de la société déjà existante, l'ONP n'est pas en droit d'exiger ces renseignements relatifs à la répartition de son capital social.⁴⁶³

⁴⁵⁵ [...].

⁴⁵⁶ Voir [...] et [...], [...] (appels) et les différents documents de la procédure d'appel [...].

⁴⁵⁷ CE, Section du contentieux, 5ème sous-section, séance du 16 juillet 2010 (affaire n° 330158).

⁴⁵⁸ CE, Section du contentieux, 5ème sous-section, séance du 16 juillet 2010 (affaire n° 334307).

⁴⁵⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 126-7.

⁴⁶⁰ [...].

⁴⁶¹ [...].

⁴⁶² [...].

⁴⁶³ Art. R6212-75 – R.6212-77 du Code de la santé publique, par application du principe du droit public selon lequel l'autorité publique ne doit pas agir sans une autorisation légale explicite.

- (401) Lorsque l'ONP reçoit le document mentionné, il note que Mme [...], associé intérieur, détient [...] actions (correspondant à [...] droits de vote), Mme [...] , associé intérieur, détient [...] actions (correspondant également à [...] droits de vote) et la SEL "AD", associé extérieur, détient [plus que 99% du nombre total des] actions (correspondant à [...] droits de vote, soit moins de la moitié).
- (402) L'ONP adresse alors au préfet de "T" (en copie la SELAS et Mme [...], directeur général de la SELAS) ses commentaires⁴⁶⁴ dans lesquels il affirme qu'il n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs de la SELAS un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions et il demande aux intéressés de modifier la répartition des droits de vote au sein de la SELAS "*afin de se conformer aux dispositions légales*". L'ONP attire également l'attention du préfet sur le fait que les associés intérieurs détiennent seulement [moins de 1%] actions sur un total de [...], et de conclure que "*la détention d'une telle quotité du capital social ne permet pas de respecter les principes déontologiques...*"
- (403) Le préfet de "T" publie le [...] 2007 les arrêtés modificatifs confirmant la nomination de Mme [...] comme présidente de la SELAS et directeur du LABM exploité par la SELAS.
- (404) Le [...] 2007, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre de Mme [...] et la SELAS.⁴⁶⁵ A cette date, l'ONP a déjà identifié la SEL comme faisant partie du groupe "XY"⁴⁶⁶. La base légale à l'appui de la plainte est la non-communication des documents relatifs à la modification de la détention du capital social⁴⁶⁷.

SELAS "ED"

- (405) L'ONP enregistre, le [...] 2008, un formulaire d'inscription au Tableau de l'ONP de la SELAS "AP". Il ressort de ce formulaire que "AP" détient une participation dans le capital social de la SELAS "ED", [plus que 99% de X] actions sur un total de [X] actions.⁴⁶⁸
- (406) Dans un courrier daté du [...] 2008,⁴⁶⁹ l'ONP demande aux intéressés de lui adresser, inter alia, un exemplaire de l'acte de cession des [...] actions et un document relatif à la nouvelle répartition du capital social et des droits de vote. S'agissant de la société existante, l'ONP ne peut pas s'appuyer sur un texte légal pour exiger ces documents (voir le considérant (400)).
- (407) Dans le même courrier, l'ONP maintient que "*la détention extrêmement minoritaire du capital social par (les associés intérieurs) porte atteinte au principe d'indépendance*" et "*qu'il n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs de la SELAS un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions.*" L'ONP demande aux intéressés "*de bien vouloir prendre en compte*" de sa remarque relative aux participations minoritaires des associés intérieurs au capital.⁴⁷⁰ L'ONP réitère ses

⁴⁶⁴ Courrier du CCG en date du [...] 2007.

⁴⁶⁵ [...].

⁴⁶⁶ Par la prise de participation de la SEL "AD", voir [...]. Voir aussi considérant (326), la SEL "AD" est identifiée comme faisant partie du groupe "XY" dès mai 2007 au moins.

⁴⁶⁷ Art. L.4221-19 et art. L.6221-5 du Code de la santé publique. Voir considérants (399) à (402).

⁴⁶⁸ Courrier du CCG daté du [...] 2008. Voir aussi le formulaire d'inscription daté du [...] 2008.

⁴⁶⁹ [...].

⁴⁷⁰ [...].

remarques dans le courrier du [...] 2008 en concluant "*il conviendrait de modifier la répartition des droits de vote en tenant compte de notre remarque.*"⁴⁷¹

- (408) La SELAS répond aux observations de l'ONP par le courrier du [...] 2008 (en copie aux DDASS et DRASS compétentes) en faisant valoir la légalité de ses statuts.⁴⁷²
- (409) Le [...] 2008, le [...] du CCG porte plainte à l'encontre des pharmaciens qui exercent au sein de la SELAS.⁴⁷³ Cependant, la base légale de la plainte est la non-communication des documents relatifs à la modification de la détention du capital social⁴⁷⁴.

SELAS "BS"

- (410) L'ONP enregistre, le [...] 2008, un dossier relatif à la transformation de la SELARL "BS" en SELAS, y compris le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du [...] 2007 qui a décidé de la transformation. Il ressort de ce document que les associés intérieurs ont cédé la totalité de leurs actions à l'exception d'une au profit de la SELCA "BT".⁴⁷⁵
- (411) Dans ses courriers en date du [...] 2008 et du [...] 2008,⁴⁷⁶ l'ONP demande aux intéressés des précisions quant à la cession par tous les associés professionnels de la société des titres qu'ils détiennent, à l'exception d'un titre, au bénéfice de la SELCA précitée, bien qu'il n'en ait pas le droit (voir le considérant (400)).
- (412) Dans un autre courrier au préfet du [...] 2008⁴⁷⁷, l'ONP réitère sa position et s'oppose à la séparation des droits de vote de la détention du capital social, et exige une modification de la répartition des droits de vote au sein de la société. De plus, l'ONP demande sans pouvoir s'appuyer sur une base légale, les documents relatifs à la cession des titres de la SELAS.⁴⁷⁸ Enfin, dans le courrier au préfet du [...] 2008, l'ONP demande une attestation des associés relative à la répartition du capital social et des droits de vote⁴⁷⁹, bien qu'il n'ait pas le droit de formuler cette exigence (considérant (400)).
- (413) La SELAS répond aux demandes de l'ONP dans le courrier du [...] 2008 et adressé aux différents représentants du CCG (M [...], [...] et M [...]).⁴⁸⁰ La SELAS remarque que: "*Les observations systématiques sont en outre transmises à la Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales (DDASS) ce qui crée toujours un trouble évident vis-à-vis des services publics.*"⁴⁸¹

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

⁴⁷¹ [...].

⁴⁷² [...].

⁴⁷³ [...].

⁴⁷⁴ Voir la référence n° 174.

⁴⁷⁵ Courrier du CCG à la DDASS de "Z" du [...] 2008; le procès-verbal de l'assemblée générale.

⁴⁷⁶ Courrier du CCG à la DDASS de "Z" du [...] 2008.

⁴⁷⁷ [...].

⁴⁷⁸ Aucune disposition légale ou réglementaire n'autorise l'ONP/ CCG à exiger les documents relatifs aux mouvements de titres des SEL.

⁴⁷⁹ [...].

⁴⁸⁰ [...].

⁴⁸¹ [...].

- (414) Dans ses observations sur la communication des griefs l'ONP avance que⁴⁸² (i) la transformation en SELAS est actuellement en cours d'instruction, et (ii) cite l'Ordre des Médecins dont l'avis est identique à celui de l'ONP ("atteinte à l'indépendance des médecins").
- (415) La Commission note que (i) il ressort des dispositions de l'article L 4222-1 du CSP que l'ONP est simplement tenu de mettre à jour le Tableau, notamment en ce qui concerne la transformation notifiée le [...] 2008, et selon une jurisprudence constante ne saurait se regarder comme saisi d'une nouvelle demande d'inscription⁴⁸³ (ii) le fait que l'ONM soit du même avis ne confirme pas que cet avis est légal.

SELAS "BU"

- (416) Ce cas est en principe identique à celui de la SELAS "BS" (considérant (410) et suivants). L'ONP enregistre, le [...] 2008, un dossier relatif à la transformation de la SELARL "BU" en SELAS, y compris le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du [...] 2007 qui décide de la transformation. Il ressort de ce document que les associés intérieurs ont cédé la totalité de leurs actions à l'exception d'une au profit de la SELCA "BT".⁴⁸⁴
- (417) Dans les courriers des [...], [...],⁴⁸⁵[...],⁴⁸⁶[...]⁴⁸⁷ et [...] 2008,⁴⁸⁸ et du [...] 2009,⁴⁸⁹ l'ONP fait les mêmes remarques et formule les mêmes demandes que dans ses courriers cités aux considérants (411) et (412). Dans les courriers des [...] 2008 et [...] 2009, l'ONP réitère son opposition à ce que les associés intérieurs de la SEL soient extrêmement minoritaires au capital social, et son opposition à la séparation des droits de vote de la détention du capital social et demande une modification des droits de vote au sein de la société.
- (418) La SELAS répond aux demandes de l'ONP dans les courriers des [...] 2008⁴⁹⁰ et [...] 2008⁴⁹¹.
- (419) L'ONP⁴⁹² ne répond pas directement aux griefs concernant le capital et soutient uniquement avoir donné, le [...] 2009, un avis favorable à cet égard, et cite par ailleurs l'Ordre des Médecins qui refuse d'inscrire la SELAS au tableau ("atteinte à l'indépendance des médecins"). Dans ce contexte l'ONP cite le cas de la SELAFA "BV" (auprès de l'Ordre national des médecins).
- (420) Il est à noter que la transformation notifiée le [...] 2008 n'a obtenu l'avis favorable de l'ONP que fin septembre 2009, c'est à dire après le début de l'enquête de la Commission contre l'ONP.

⁴⁸² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 138-139.

⁴⁸³ Arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 1971, Sieur Malice, Rec. Lebon p. 486. L'article anciennement L 525 mentionné dans l'arrêt est l'art. L 4222-2 du CSP, et les dispositions pertinentes de l'article anciennement L536 sont reprise à l'art. L4232-16 du CSP.

⁴⁸⁴ Courrier du CCG au préfet de "Z" du [...] 2008; le procès-verbal de l'assemblée générale.

⁴⁸⁵ Courrier du CCG au préfet de "Z" du [...] 2008.

⁴⁸⁶ [...].

⁴⁸⁷ [...].

⁴⁸⁸ [...].

⁴⁸⁹ [...].

⁴⁹⁰ [...].

⁴⁹¹ [...].

⁴⁹² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 140.

SELAS "BW"

- (421) Le [...] 2007, l'ONP enregistre dans ses services les documents relatifs à la modification de la répartition du capital social de la SELAS "BW". Il ressort de ce dossier que M [...], associé professionnel en exercice, détient une action sur un total de [X] actions (mais il dispose de plus de la moitié des droits de vote) de la SELAS et que la SELAFA "BG", associé professionnel extérieur, détient [plus que 99% de X] actions. Dans le courrier du [...] 2007, l'ONP affirme que « *la détention extrêmement minoritaire du capital social par M. [...] porte atteinte au principe d'indépendance* » et qu'il « *n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs de la SELAS un nombre de votes inférieur à leur nombre d'actions* ». ⁴⁹³ L'ONP a identifié la SEL "BG" comme faisant partie du groupe "XY" dès [...] 2005. ⁴⁹⁴
- (422) Dans le courrier du [...] 2007, la SELAS affirme que la répartition du capital social est strictement conforme aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 90-1258 car tous les associés exercent la profession constituant l'objet social et les biologistes en exercice représentent ensemble plus de la moitié des voix dans les assemblées de la SELAS. ⁴⁹⁵
- (423) Dans ses courriers du [...] 2007 et du [...] 2007, l'ONP invoque la violation du principe d'indépendance des pharmaciens en raison de la détention minoritaire du capital social par M. [...]. ⁴⁹⁶ Dans son courrier du [...] 2007, la SELAS insiste sur le fait que la répartition de son capital social est conforme aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 90-1258 en avançant les mêmes arguments que dans son courrier en date du [...] 2007. ⁴⁹⁷

SELAS "BX"

- (424) Suite à la refonte globale des statuts de la SELAS "BX" ⁴⁹⁸ l'ONP invite les intéressés à lui faire parvenir le formulaire de modification d'inscription de la société au Tableau de l'ONP. ⁴⁹⁹ Il ressort du formulaire, que l'ONP reçoit le [...] 2008, que trois associés professionnels en exercice détiennent chacun une action de la SELAS (mais disposent, tous ensemble, de plus de la moitié des droits de vote) alors que la SEL "BY", associé professionnel extérieur, détient [plus que 99% de X] d'actions (sur un total de [X] d'actions de la SELAS). ⁵⁰⁰ L'ONP a identifié la SEL "BY" comme faisant partie du groupe "XY" dès février 2005. ⁵⁰¹
- (425) Dans son courrier du [...] 2008, l'ONP affirme « *qu'il n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs à la SELAS un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions* ». ⁵⁰² Dans ce cas, l'Ordre des Médecins exprime dans un courrier du [...] 2008, une objection similaire: « *Nous vous avons déjà écrit que dans la SEL "BZ", ⁵⁰³ il n'était pas acceptable que deux médecins biologistes ne détiennent qu'une*

⁴⁹³ Le courrier du CCG en date du [...] 2007.

⁴⁹⁴ [...].

⁴⁹⁵ Courrier de la SEL du [...] 2007.

⁴⁹⁶ Le courrier du CCG du [...] 2007 et le courrier du CCG du [...] 2007.

⁴⁹⁷ Courrier de la SEL du [...] 2007.

⁴⁹⁸ Le procès-verbal de l'"AG" du [...] 2008.

⁴⁹⁹ Courrier du CCG du [...] 2008.

⁵⁰⁰ Courrier du CCG du [...] 2008.

⁵⁰¹ [...].

⁵⁰² [...].

⁵⁰³ L'ancienne dénomination sociale de la SELAS "BX".

*seule action. Il est à craindre que dans ce dossier, les médecins biologistes ne disposent que de parts très minoritaires. »*⁵⁰⁴

SELAS "CA"

- (426) Suite à la nomination de M [...] comme directeur général délégué de la SELAS et à une demande de modification d'inscription au Tableau, l'ONP exige, dans son courrier du [...] 2006, la communication de la nouvelle répartition du capital social de la SELAS, ce qu'il n'est légalement pas en droit d'exiger.⁵⁰⁵
- (427) Après que la SELAS lui a communiqué la nouvelle répartition de son capital,⁵⁰⁶ l'ONP, dans ses courriers des [...] 2006, [...] 2007, [...] et [...] 2007 et du [...] 2008, affirme *"qu'il n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs à la SELAS un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions"* et demande à la SELAS de modifier la répartition de son capital social et des droits de vote.⁵⁰⁷ Dans ces courriers, l'ONP exige également à nouveau la communication de la nouvelle répartition du capital social de la société.
- (428) Dans son courrier au préfet de "X" du [...] 2006, le Dr [...] (président de la SELAS) affirme que la répartition du capital social est en conformité avec les dispositions légales applicables.⁵⁰⁸ Dans les lettres en date du [...] 2007 et du [...] 2008, la SELAS soutient qu'en vertu de l'article L.277-9 du Code de commerce elle est libre de prévoir dans ses statuts que les associés professionnels auront la majorité des droits de vote et que la dissociation de la participation dans le capital des droits de vote est légale.⁵⁰⁹
- (429) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁵¹⁰ ne fait pas référence à ce qui constitue le grief (détenion du capital minoritaire) mais avance qu'il ne fait, dans ses communications aux DDASS, que de simples observations et que les services de la DDASS rendront leurs décisions en toute autonomie.
- (430) Le grief exposé par la Commission ne porte pas sur le fait que l'ONP puisse attirer l'attention des DDASS sur les cas contestables, mais sur le fait que le contenu de ses commentaires concernant cette SEL repose clairement sur sa propre interprétation de la loi susceptible d'influencer l'opinion de la DDASS (car il réitère régulièrement ses commentaires) ou, à tout le moins, de ralentir la procédure d'agrément.

5.2.2.3.2 Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques

Cadre légal en vigueur

- (431) Ainsi qu'il a été exposé au chapitre 3.2, la loi sur les sociétés d'exercice libéral précise à son article 1er que les SEL sont, sauf dispositions contraires, régies par les dispositions du Code de commerce : *"Il peut être constitué, pour l'exercice d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est*

⁵⁰⁴ Courrier du CNOM du [...] 2008.

⁵⁰⁵ [...].

⁵⁰⁶ Courrier de la SELAS du [...] 2006.

⁵⁰⁷ Courrier du CCG du [...] 2006 et du [...] 2007, du [...] 2007 et du [...] 2008.

⁵⁰⁸ Courrier de la SEL du [...] 2006.

⁵⁰⁹ Courrier de la SEL du [...] 2007 et du [...] 2008.

⁵¹⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 135.

protégé, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés en commandite par actions régies par les dispositions du livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du titre Ier de la présente loi".

- (432) L'article 5, alinéa 1 de la même loi dispose: *"Plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue... par des professionnels en exercice au sein de la société".* L'article 5-1 de cette loi qui a pris effet le [...] 2001⁵¹¹, permet que *"Par dérogation au premier alinéa de l'article 5, plus de la moitié du capital social des sociétés d'exercice libéral peut aussi être détenue par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social (de la société)..."*. Les personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social de la société, qui n'exercent pas au sein de la société, sont aussi appelées *"les professionnels extérieurs"*. Ce sont typiquement des autres SEL actives sur le marché des analyses de biologie médicale.
- (433) Grâce à l'article 5-1, des groupes tels "XY" ont pu créer des réseaux de SEL. "XY" est associé tiers (minoritaire) dans plusieurs SEL⁵¹² et grâce à l'article 5-1 "XY" devient, par l'intermédiaire des SEL où elle est déjà associée, investisseur indirect d'autres SEL, les SEL "intermédiaires" prenant plus de la moitié du capital social des SEL visées (en qualité de professionnels extérieurs). Les associés exerçant leur activité au sein des SEL visées (les professionnels intérieurs) gardent plus de la moitié des droits de vote. Les droits de vote attachés aux actions dans ces cas ont été séparés des parts au capital social des SEL conformément à l'art. 5-1 et conformément au Code de commerce, en application de l'article 1, premier alinéa, de la loi n° 90-1258. En réalité, dans le "modèle "XY"", les professionnels extérieurs prennent presque 100 pour cent du capital social, les professionnels intérieurs qui gardent la majorité des votes deviennent souvent des actionnaires très minoritaires au capital social.
- (434) Ce développement a été envisagé par l'Etat français: la **circulaire du ministère de la Santé DCIS n° 970019** du 29 janvier 1997 relative aux SEL de laboratoires d'analyses est très claire à cet égard: *"En l'état actuel des textes, la participation du directeur du laboratoire au capital de la société d'exercice libéral peut être minime."*⁵¹³ La circulaire dispose aussi qu'il est essentiel que cette participation soit accompagnée par la gestion d'un professionnel intérieur à la SEL⁵¹⁴.
- (435) De plus, la **circulaire DHOS/05 n° 2005-506** du 14 novembre 2005 relative aux SEL de laboratoires précise: *"L'article 5-1 de la même loi prévoit une dérogation à ce principe... cette disposition s'applique aux SELAFA, aux SELCA et aux SELAS, car, dans ces sociétés, il est possible de modifier le rapport entre les droits de vote et le capital... Cette disposition s'applique également aux SELARL ..."*⁵¹⁵ La circonstance que l'article 5-1 s'applique à tous les types de SEL, confirmée dans cette circulaire,

⁵¹¹ Introduit par la loi n° 2001-1168 dite « loi MURCEF ».

⁵¹² Sur la base de l'art. R.6212-82, qui dispose: "Le quart au plus du capital d'une société d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale peut être détenu par une ou plusieurs personnes ne répondant pas aux conditions du premier alinéa ou des 1° et 5° de l'article 5 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990..." (disposition introduite par l'art. 11 du décret n°92-545 relatif aux sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale).

⁵¹³ Reprise dans la circulaire DGS/SQ n° 98-585 du 22 septembre 1998, p.7

⁵¹⁴ Conformément à l'art. 12 de la loi n°90-1258, voir aussi l'art. R.6212-85 du CSP.

⁵¹⁵ Réunion au Ministère de la santé, dont un représentant précise « les montages qui sont contestés par l'Ordre des pharmaciens ne sont pas contraires à l'esprit de la réglementation en vigueur ».

était nécessairement connue de l'ONP, qui a publié un article en janvier 2006 intitulé « *Une circulaire sujette à commentaires* »⁵¹⁶

- (436) Ainsi, l'interprétation officielle de ces dispositions par l'Etat français dans deux circulaires que l'ONP ne pouvait ignorer est claire : aucune disposition légale ne prévoit de participation minimale au capital des pharmaciens biologistes, hormis le fait qu'ils doivent être actionnaires.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (437) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs avance que « *si ce montage est conforme à la réglementation relative aux SEL, il n'en est pas pour autant nécessairement légal, au regard d'autres dispositions législatives et réglementaires comme le principe d'indépendance professionnelle des pharmaciens biologistes* »⁵¹⁷. D'après l'ONP ce type de montage, qui ne réserve aux professionnels en exercice au sein de la structure que des droits de vote, reviendrait en pratique à les priver des bénéfices réalisés. Or l'ONP ne saurait sérieusement invoquer le principe de l'indépendance professionnelle pour contester ces montages, car les opérations en question concernent exclusivement des professionnels en exercice (personnes physiques ou morales) inscrits au Tableau de l'ONP⁵¹⁸.
- (438) Toujours selon l'ONP, ce montage porterait ainsi atteinte au principe d'indépendance notamment financière du biologiste, qui serait consacré par le législateur. L'ONP soutient⁵¹⁹ que l'article R. 4235-18 du CSP, selon lequel « *le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, (...) susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de sa profession...* » interdirait le montage "XY".
- (439) Cet argument ne saurait être retenu. Comme indiqué ci-dessus, le montage mis en place par le groupe "XY" est tout à fait légal et a été explicitement envisagé par l'Etat français (voir circulaire du ministère de la Santé DCIS n° 970019). De plus, à l'occasion d'une réunion au Ministère de la santé le 15 septembre 2004, au cours de laquelle l'ONP s'est plaint que le montage "XY" ne respecterait pas la législation en vigueur car il met « *en péril l'indépendance du pharmacien* » le représentant du Ministère de la santé a clairement indiqué, concernant le groupe "XY", que « *La conclusion à laquelle il est parvenu avec ses services est la suivante: les montages contestés par l'Ordre des pharmaciens ne sont pas contraires à l'esprit de la réglementation en vigueur* »⁵²⁰
- (440) L'ONP avance que le législateur aurait entendu prohiber les montages capitalistiques tels que ceux mis en œuvre par "XY" et cite des propos du député [...] lors d'un débat parlementaire relatif à la loi n° 2005-882 du 2 août 2005. Mais les prises de position d'un député pendant un débat parlementaire ne sont pas assimilables à une position officielle du législateur français, en particulier lorsque l'amendement soutenu par le député en question n'est pas adopté par le Parlement⁵²¹.

⁵¹⁶ LNP n°312, 26 janvier 2006 pages 10 et 11.

⁵¹⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 91.

⁵¹⁸ Voir considérant (375).

⁵¹⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 93.

⁵²⁰ [...].

⁵²¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 92 et Annexe 27.

- (441) L'ONP invoque aussi la réponse du ministère à la question parlementaire [JOAN n°57554 du 15 février 2005⁵²². Mais, contrairement à ce qu'avance l'ONP, le document cité du Ministère, en réponse à une question concernant la technique du démembrement, ne dit pas que la loi prohibe ce type de montage. S'il est vrai que plusieurs interprétations des dispositions légales en question sont possibles, l'ONP utilise systématiquement une interprétation qui est la plus favorable à son objectif de tenter de freiner le développement des groupes de laboratoires. De plus, comme exposé plus haut, l'interprétation de l'ONP est en contradiction avec celle de l'Etat français et avec l'analyse interne aux services de l'ONP⁵²³.

Décisions de l'ONP fondées sur sa propre interprétation de la loi

- (442) L'analyse interne aux services de l'ONP correspond à l'interprétation officielle de la loi. En effet, une note à la Chancellerie, de janvier 2004 propose de « *prévoir une quotité minimum de capital détenue par chaque associé professionnel* »⁵²⁴.
- (443) De plus, un document interne émanant du service juridique de l'ONP et daté du 14 février 2005⁵²⁵, parmi une liste de propositions de modifications législatives proposées par l'ONP mais non reprises figure la suivante: « *chacun des associés exerçant des fonctions de gérance au sein de la société devra détenir une quotité minimale du capital social et des droits de vote* ». Cependant, dans le but d'entraver le développement sur le marché des groupes de laboratoires, l'utilisation qu'a faite l'ONP des textes est à l'opposé de cette analyse, confirmée par un autre document de fin 2005 émanant du [...] du CCG : « *Il serait souhaitable que cette nécessité de détenir une quote-part minimale de capital social soit étendue à notre profession* »⁵²⁶.
- (444) Dans le but d'entraver le développement sur le marché des groupes de laboratoires, l'ONP a interprété les textes légaux dans un sens contraire à l'interprétation officielle des autorités publiques. En ce qui concerne la séparation entre les droits de vote et le capital social dans les SELAS: "*Par ailleurs, le conseil estime qu'il n'est pas possible d'attribuer aux associés extérieurs de la SELAS un nombre de droits de vote inférieur à leur nombre d'actions (...)* Aussi, nous demandons aux intéressés de modifier la répartition des droits de vote au sein de la SELAS afin de se conformer aux dispositions légales applicables aux SELAS exploitant des laboratoires d'analyses de biologie médicale."⁵²⁷
- (445) L'ONP rejette aussi la séparation de droits de vote dans les SELARL.⁵²⁸

⁵²² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 94.

⁵²³ Note interne de la direction des affaires juridiques du 7 juillet 2008 signée par [...] de l'ONP: «En l'état actuel des textes, des professionnels investisseurs (personnes physiques ou morales), ou des SPFPL peuvent détenir une majorité du capital. En revanche, la majorité des droits de vote devra toujours être détenue par les professionnels en exercice au sein de la SEL, cette dérogation ne portant que sur le capital ».

⁵²⁴ [...].

⁵²⁵ [...].

⁵²⁶ [...].

⁵²⁷ Par exemple le courrier du Conseil central de la section G ("CCG") de l'ONP du [...] 2007 au Préfet de "T" (en copie SELAS "AZ"), ou le courrier du CCG du [...] 2007 au Préfet de "S". Cette appréciation et cette demande, fondées sur l'interprétation propre au CCG des textes légaux (y compris du Code de commerce) figurent régulièrement dans la correspondance entre le CCG et les DDASS/ les SEL.

⁵²⁸ Par exemple le courrier du CCG [...] 2004 au Préfet de "O".

- (446) Pour ce qui a trait à une participation minoritaire des professionnels intérieurs au capital social de la SEL, l'ONP a estimé, en contradiction avec les textes et leur interprétation officielle, que: *"De plus, les associés professionnels en exercice détiennent [moins que 1% de X] actions sur un total de [X]. La détention d'une telle quotité de capital social ne permet pas de respecter les principes déontologiques applicables à l'exercice libéral d'une profession réglementée."*⁵²⁹ ou *"La détention extrêmement minoritaire du capital social par Monsieur...(le professionnel intérieur) porte atteinte au principe d'indépendance."*⁵³⁰
- (447) Dans le but de défendre les intérêts économiques des pharmaciens, l'ONP interprète les dispositions légales dans un sens contraire au contenu de ces textes légaux et à l'interprétation officielle de l'autorité publique, en vue de compliquer ou empêcher la régularisation des dossiers des SEL suite aux modifications intervenues dans les sociétés qui font partie de groupes de laboratoires.

Tentative infructueuse de l'ONP de traduire dans la loi sa propre interprétation de la loi

- (448) Un document du 13 juin 2007 intitulé « *Restructuration de la biologie médicale* » résume les différentes propositions possibles et indique si la Section G est d'accord. Parmi ces propositions figure celle d'une « *participation minimum au capital social de la SEL pour chaque directeur* »⁵³¹. Un autre document préparé à la demande de l'ONP, et datant du 27 juin 2008, indique: « *propositions (...) soit l'option est retenue d'imposer une participation en capital minimum de biologistes en exercice* »⁵³².
- (449) Ce type d'initiative de tenter de faire modifier la loi, parfaitement légitime en tant que tel, reflète la contradiction entre d'une part, l'interprétation utilisée systématiquement par l'ONP dans ses courriers, qui est la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels, et d'autre part, l'interprétation officielle faite par l'Etat français des mêmes dispositions, ainsi que l'analyse interne aux services de l'ONP.

5.2.2.4. Prise d'effet des modifications de statuts et des contrats pour les SEL

- (450) Toujours dans le but d'entraver le développement des groupes de laboratoires, l'ONP invoque l'argument selon lequel les transformations des SEL ainsi que les différents changements au sein des SEL réalisées par les associés ne seraient « *effectives qu'à compter de l'obtention des arrêtés préfectoraux modificatifs et des inscriptions ordinales subséquentes* ». Ainsi, les opérations commerciales et professionnelles qui dépendent de ces transformations et modifications ne pourraient être exécutées qu'à compter de cette date. Cette exigence ne repose sur aucune disposition légale, et la motivation avancée par l'ONP dans ses courriers repose sur une interprétation de la loi contraire à l'interprétation officielle.⁵³³
- (451) De plus, l'ONP tente d'obliger des SEL et leurs associés d'inclure dans les actes de transformation de ces SEL une clause stipulant que ces changements ne deviendraient effectifs qu'après « *l'obtention des arrêtés préfectoraux modificatifs et*

⁵²⁹ Courrier du CCG du [...] 2007 au Préfet de "T" (copie SELAS "AZ").

⁵³⁰ Courrier du CCG daté du [...] 2007 au Préfet de "S". Ces appréciations, fondées sur l'interprétation propre au CCG des textes légaux, figurent régulièrement dans les correspondances entre le CCG et les DDASS/ les SEL.

⁵³¹ [...].

⁵³² [...].

⁵³³ Voir le chapitre 5.2.2.4.2 ci-après.

des inscriptions ordinales subséquentes». Ce comportement qui utilise la loi à des fins anticoncurrentielles a un impact horizontal, dans la mesure où cette exigence affecte potentiellement tous les changements au sein des SEL, quels qu'ils soient. En effet, la formulation par l'ONP de telles exigences assorties de menaces implicites d'user de ses pouvoirs disciplinaires augmente artificiellement pour les acteurs du marché le risque économique lié à la réalisation de ces transformations. L'ONP a cherché à imposer cette exigence à plusieurs reprises. Quelques exemples supplémentaires sont mentionnés dans le chapitre 5.2.2.4.2.

- (452) Dans les cas de transformations de la forme juridique de la société, généralement d'une SELARL en SELAS ou SELAFA, l'ONP joint aux conditions d'agrément préalable et d'inscription au Tableau de l'ONP différentes demandes, notamment concernant des modifications des statuts des sociétés selon ses instructions, ce qu'il n'est pas autorisé à faire, voir considérant (411).

5.2.2.4.1 Décisions visant à imposer que toute modification des statuts soit subordonnée à l'approbation préalable de l'ONP

SELAFA "BB"

- (453) Suite à la transformation de la SELARL en SELAFA, l'ONP exige des modifications des statuts de la SELAFA et la communication de la répartition du capital social et des droits de vote au sein de la SELAFA⁵³⁴, demandes qui ne reposent sur aucune base légale.
- (454) En concluant son courrier, l'ONP invite les intéressés à « *(lui) faire parvenir tous les actes modifiés sous conditions suspensives de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et inscriptions ordinales subséquentes* »⁵³⁵ et leur rappelle « *que toutes modifications, par eux envisagées, ne deviendront effectives qu'à compter de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et inscriptions ordinales subséquentes* »⁵³⁶.
- (455) Par la suite, lorsque la société "BB" réalise une fusion par absorption avec les sociétés "CB" et LABORATOIRE "CC", l'ONP invite les intéressés à établir les projets de traités de fusion et les procès-verbaux d'assemblées générales sous la condition suspensive d'obtention des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales.⁵³⁷

SELAFA "BG"

- (456) Suite à la transformation de la SELARL en SELAFA, l'ONP refuse de se prononcer sur la transformation et demande la communication des documents relatifs à la répartition du capital social et des droits de vote, aux cessions d'actions de la société et les modifications des statuts de la société (demandes dénuées de fondement légal, sauf en ce qui concerne les modifications des statuts).
- (457) Par rapport à cette transformation, l'ONP conclut: "*Nous tenons à rappeler aux intéressés que si cette transformation n'emporte pas création d'une personne morale nouvelle en droit des sociétés, il n'en demeure pas moins que cette SELAFA ne*

⁵³⁴ Courrier du CCG du [...] 2004.

⁵³⁵ [...].

⁵³⁶ [...].

⁵³⁷ [...].

comprend pas exactement les mêmes conditions de fonctionnement qu'au sein d'une SELARL (nouvelle répartition du capital social et nouvelle répartition des organes de direction). Aussi, un nouvel arrêté préfectoral portant agrément de la nouvelle structure devrait être pris."⁵³⁸

- (458) L'ONP a poursuivi la même tactique et pris la même position à l'égard des sociétés SELAS "BE",⁵³⁹ SELAFA "BR",⁵⁴⁰ SELAS "AY" (transformation et augmentation du capital social; l'ONP exige aussi que les documents soient établis sous condition suspensive de l'obtention des arrêtés préfectoraux et des inscriptions ordinales),⁵⁴¹ SELAS "CE",⁵⁴² SELAFA "CF",⁵⁴³ SELAS "CG" (transformation et augmentation du capital social),⁵⁴⁴ SELAS "BF",⁵⁴⁵ SELAS "BW",⁵⁴⁶ SELAS "BH" (transformation, cession des parts sociales et intégration d'un nouvel associé),⁵⁴⁷ SELAFA "AR"⁵⁴⁸, la SELAS "BC" (transformation, augmentation du capital social, radiation de la SEL du Tableau de l'ONP).⁵⁴⁹
- (459) L'ONP a aussi cherché à subordonner l'entrée en vigueur d'autres modifications au sein de SELs que la transformation de leur forme juridique à l'obtention préalable des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales. Quelques exemples sont déjà mentionnés au considérant (458). Parmi les autres sociétés : SELAFA "BY" (cession du fonds libéral),⁵⁵⁰ "BR" (fusion par absorption),⁵⁵¹ SELAS "CA" (nomination d'un directeur général délégué),⁵⁵² SELAS "CF" (l'ONP demande la communication du projet des statuts modifiés "*sous conditions suspensives*"⁵⁵³, acquisition d'un laboratoire et intégration de nouvel associé⁵⁵⁴), SELARL "AU" (l'ONP exige d'établir le procès-verbal d'assemblée générale agréant la cession des parts sociales, l'augmentation du capital social et la modification des statuts sous les conditions suspensives d'obtention des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales)⁵⁵⁵, SELAS "CI" (nomination d'un directeur général et directeur du LABM⁵⁵⁶, intégration des

⁵³⁸ Courrier du CCG du [...] 2006.

⁵³⁹ Courrier du CCG du [...] 2008.

⁵⁴⁰ Courrier du CCG du [...] 2004.

⁵⁴¹ Courrier du CCG du [...] 2005; courrier du CCG du [...] 2005. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁴² Courrier du CCG du [...] 2007. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁴³ Courrier du CCG du [...] 2004.

⁵⁴⁴ Courrier du CCG du [...] 2008. Le CCG a donné un avis favorable. Le CCG maintient, après la demande des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales: "Dès lors, la SELAS... ne pourra débiter son exploitation ainsi modifiée qu'à compter de cette date."

⁵⁴⁵ Courrier du CCG du [...] 2008. Le CCG répète que la SELAS ne pourra débiter l'exploitation qu'à compter de l'obtention des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁴⁶ Courrier du CCG du [...] 2004. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁴⁷ Courrier du CCG du [...] 2009. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁴⁸ Le CCG aussi demande des documents conclus sous condition suspensive de l'obtention des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales.

⁵⁴⁹ Courrier du CCG du [...] 2007. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁵⁰ Courrier du CCG du [...] 2004. Le CCG maintient, après la demande des arrêtés préfectoraux et inscriptions ordinales: "Dès lors, la Société... ne pourra débiter son exploitation ainsi modifiée qu'à compter de cette date."

⁵⁵¹ Courrier du CCG du [...] 2004.

⁵⁵² Courrier du CCG du [...] 2006. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁵³ Courrier du CCG du [...] 2003.

⁵⁵⁴ Courrier du CCG du [...] 2006.

⁵⁵⁵ Courrier du CCG du [...] 2004. Dans le courrier du [...] 2004, le CCG a précisé: "Concernant enfin les conditions suspensives, nous précisons aux intéressés que, sans être obligatoires dans le cas qui nous occupe, elles constituent simplement une mesure de protection pour les biologistes, à l'égard des modifications qu'ils envisagent de réaliser." (Soulignement ajouté).

⁵⁵⁶ Courriers du CCG du [...] 2006, et du [...] 2008. Dans les deux cas, le CCG a donné un avis favorable.

nouveaux associés, changement de dénomination sociale et acquisition d'un laboratoire⁵⁵⁷), SELARL "AT" (l'ONP formule les mêmes demandes que dans le cas de la SELARL "AU" ci-dessus).⁵⁵⁸

5.2.2.4.2 Ces décisions recourent à une interprétation de la loi à des fins économiques

Cadre légal en vigueur

- (460) Les textes et leur interprétation officielle distinguent très clairement les obligations de communication aux Ordres qui incombent aux SEL au moment de leur constitution, et celles auxquelles elles sont soumises lors de modifications statutaires en cours de vie sociale. En particulier, dans le deuxième cas les SEL ne sont soumises qu'à une obligation déclarative, aussi bien vis-à-vis de l'administration que vis-à-vis des ordres professionnels.

Constitution d'une nouvelle SEL

- (461) En ce qui concerne l'autorisation d'un laboratoire, l'article L.6211-2 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 énonce que : "*aucun laboratoire d'analyses de biologie médicale ne peut fonctionner sans une autorisation administrative*".⁵⁵⁹
- (462) D'autre part, en ce qui concerne la constitution d'une nouvelle SEL, l'article R.6212-75 du CSP souligne que : "*La société d'exercice libéral est constituée sous la condition suspensive de son agrément par le préfet du département où est situé son siège social*".
- (463) Et, l'article R.6212-77CSP précise que la demande d'agrément est accompagnée notamment de : "*Toutes pièces justifiant que ces documents ont été communiqués à chacun des ordres dont relèvent les associés. Cette communication est faite... au conseil central de la section G pour les pharmaciens. Ces conseils vérifient, chacun pour ce qui le concerne, la conformité de ces documents aux règles déontologiques et adressent au préfet dans un délai de trois mois leurs observations, dont copie est envoyée dans le même délai aux associés intéressés.*"
- (464) Et enfin, l'article 3 de la loi n° 90-1258 dispose : "*La société ne peut exercer la ou les professions constituant son objet social qu'après son agrément par l'autorité ou les autorités compétentes ou son inscription sur la liste ou les listes ou au tableau de l'ordre ou des ordres professionnels*". D'autres dispositions légales complètent ces dispositions.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Courrier du CCG du [...] 2008. Le CCG a donné un avis favorable.

⁵⁵⁸ Courrier du CCG du [...] 2004. Dans le courrier du [...] 2004, le CCG a précisé : "Concernant enfin les conditions suspensives, nous précisons aux intéressés que, sans être obligatoires dans le cas qui nous occupe, elles constituent simplement une mesure de protection pour les biologistes, à l'égard des modifications qu'ils envisagent de réaliser."

⁵⁵⁹ L'autorisation administrative est l'autorisation préfectorale, voir art. R.6211-1 du CSP.

⁵⁶⁰ Article R.6212-79 du CSP : "La demande d'agrément de la société ne peut être rejetée que pour des motifs tirés du non-respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur (...) La décision du préfet est notifiée au demandeur... Copie en est adressée aux ordres dont relèvent les associés et... Il en est de même pour les décisions de retrait d'agrément." Article R.6212-80 du CSP : "La décision de refus ou de retrait d'agrément est motivée..."

Transformation d'une SEL au cours de sa vie sociale

- (465) En ce qui concerne les modifications, l'article L 6211-2 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010 dispose que «*toute modification survenue postérieurement à la décision d'autorisation soit dans la personne d'un directeur ou d'un directeur adjoint, soit dans les conditions d'exploitation, doit faire l'objet d'une déclaration (...)*».
- (466) Une circulaire du Ministère de la Santé du 14 novembre 2005⁵⁶¹ relative aux SEL distingue de façon extrêmement claire entre la constitution d'une nouvelle SEL et les modifications statutaires en cours de vie sociale: "*Si vous (les préfets des DRASS/DDASS) constatez, dans un dossier qui vous est présenté, des éléments non conformes à la réglementation applicable aux LABM, tels que ceux indiqués notamment ci-dessus, vous serez amené à adopter la conduite suivante :Lors de la constitution d'une SEL: La SEL est constituée sous condition suspensive de son agrément par le préfet du département où est situé le siège social (art. R. 6212-75 du code de la santé publique). Conformément à l'article R. 6212-79, second alinéa, du même code, après avoir mis en mesure la société de présenter ses observations (art. R. 6212-80 du code de la santé publique), si des clauses ne respectant pas les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur sont maintenues, vous devrez rejeter la demande d'agrément. Lors d'une modification statutaire intervenue en cours de vie sociale: Vous devez être informé de telles modifications par la déclaration prévue à l'article L.6211-2 du code de la santé publique. Conformément à l'article R. 6212-79, second alinéa, du même code, après avoir mis en mesure la société de présenter ses observations (art. R. 6212-80 du code de la santé publique), si les modifications irrégulières ne sont pas supprimées, vous devrez retirer l'agrément de la société ainsi que l'autorisation de ses laboratoires.*"⁵⁶²
- (467) Cette interprétation est en particulier reprise dans un courrier de la DDASS de l'Essonne de juillet 2004, qui souligne notamment «*qu'un changement ultérieur dans le personnel exploitant le laboratoire fait l'objet d'une simple déclaration à la préfecture*»⁵⁶³.

Interprétation propre à l'ONP des textes et décisions en ce sens

- (468) La lecture de la loi en interne par les services de l'ONP⁵⁶⁴ est claire dès octobre 2003 au moins: «*L'Ordre ne dispose par conséquent que d'un contrôle a posteriori*». Un document de juin 2004 et intitulé «*Projet "XY"*» confirme cette lecture, à propos des modifications effectuées au sein de SEL qui ont été notifiées à l'ONP: «*conformément aux dispositions du Code de la Santé publique et notamment l'article L 6211-2, le contrôle du Conseil Central G s'effectue a posteriori puisque les intéressés doivent simplement faire une déclaration des modifications intervenues au sein de leur structure*»⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Circulaire DHOS/05 no 2005-506 (soulignement ajouté).

⁵⁶² Le texte de la circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 du 22 septembre 1998, p.3 diffère sur ce point: "La société doit d'abord demander l'agrément en raison des modifications...".

⁵⁶³ [...].

⁵⁶⁴ Note du 14 octobre 2003 rédigée par la Direction des Affaires juridiques.

⁵⁶⁵ Aussi [...], un document qui date du 21 juin 2004.

- (469) En revanche, l'utilisation systématique que fait l'ONP de ces articles de loi pour tenter de ralentir le développement de groupes de laboratoires est totalement à l'opposé de cette lecture interne, cette dernière correspondant à l'interprétation de l'administration publique.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (470) Dans ses observations, l'ONP semble confirmer qu'il avait utilisé la loi contrairement aux dispositions légales. L'ONP note à juste titre que selon la loi *"les modifications d'inscription d'un pharmacien biologiste ne font pas l'objet d'un contrôle à priori mais d'un contrôle a posteriori dans le cadre des développements ultérieurs sur la communication des contrats statuts et conventions à l'occasion de l'exercice professionnel. Le même raisonnement doit être appliqué aux modifications d'inscription de sociétés d'exercice libéral de laboratoires de biologie médicale."*⁵⁶⁶
- (471) En même temps, l'ONP admet avoir systématiquement signalé dans ses courriers que les modifications souhaitées *"n'entreront en vigueur qu'à partir du moment où le Préfet aura modifié les arrêtés en cause et que l'Ordre aura pris acte de ces modifications en procédant à une mise à jour des inscriptions à son tableau"*⁵⁶⁷.
- (472) L'ONP va même jusqu'à tenter d'induire en erreur l'administration publique pour dissimuler ses prises de position : l'ONP a modifié en septembre 2005 un projet de mémoire en défense de l'administration publique française dans une affaire portée devant un tribunal administratif, en supprimant la référence à une exigence formulée par l'ONP dans un de ses courriers, selon laquelle *« les modifications envisagées ne pourraient être effectuées qu'à compter des arrêtés préfectoraux modificatifs et inscriptions ordinales »*⁵⁶⁸.
- (473) Dans tous les cas exposés ci-dessous et ceux mentionnés aux considérants (453) à (459), il s'agit des modifications au sein de SEL déjà constituées.
- (474) A l'occasion de fusions par absorption, l'ONP affirme: *"Nous avons également constaté que les procès verbaux d'assemblées générales n'avaient pas été établis sous la condition suspensive de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et des inscriptions ordinales subséquentes. Ainsi, nous demandons aux intéressés de nous faire parvenir des actes dûment datés et signés, conclus sous la condition suspensive de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et des inscriptions ordinales subséquentes."*⁵⁶⁹
- (475) De même, lors de transformations de SELARL en SELAFA, ou en SELAS, ou lors de modifications de statuts⁵⁷⁰: *"En effet, par cette opération de fusion, il n'y a pas création d'une personne morale en droit des sociétés. Cependant, il convient notamment de vérifier la régularité de la société au regard des conditions d'exercice de l'activité de biologiste. Toute modification interne de la société qui, n'emportent pas modification de la structure juridique mais modification des conditions d'exercice de l'activité doit faire l'objet d'un agrément préfectoral et d'un avis*

⁵⁶⁶ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 115 et 116.

⁵⁶⁷ Id. point 112.

⁵⁶⁸ Projet de mémoire en défense SELAFA "BY" c/ Préfecture "S". Modification p. 41. Note qui accompagne le mémoire en défense modifié par l'ONP pp. 44-47.

⁵⁶⁹ "BB": Courrier du CCG aux services DDASS du [...] 2004. Pour un autre exemple voir [...] ("BR").

⁵⁷⁰ Dans le contexte de la modification des statuts, voir aussi l'exemple de l'augmentation du capital social – [...] ("AU"); [...] (AT), ou la nouvelle dénomination sociale - [...] ("CI").

préalable de l'Ordre des Pharmaciens. Si, en droit des sociétés, la personne morale est un être abstrait, en droit professionnel c'est un être concret, pris tant dans sa dimension juridique que dans sa dimension professionnelle. La substance doit l'emporter sur la forme."⁵⁷¹

- (476) L'interprétation par l'ONP des textes à des fins économiques va jusqu'à exiger des modifications d'actes parfaitement légaux : *"Par ailleurs, conformément aux explications énoncées dans le préambule, nous demandons, aux intéressés, de nous faire parvenir tous les actes modifiés sous conditions suspensives de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et inscriptions ordinales subséquentes.*"⁵⁷²
- (477) En outre, à l'occasion de la transformation de la SELARL en SELAFA, l'ONP affirme: *"Nous tenons à rappeler aux intéressés que si cette transformation n'emporte pas création d'une personne morale nouvelle en droit des sociétés, il n'en demeure pas moins que cette SELAFA ne comprend pas exactement les mêmes conditions de fonctionnement qu'au sein d'une SELARL (nouvelle répartition du capital social et nouvelle répartition des organes de direction). Quasi, un nouvel arrêté préfectoral portant agrément de la nouvelle structure devrait être pris.*"⁵⁷³
- (478) Il affirme encore, dans le cas de cessions partielles de fonds libéraux: *"Pour la complète information des intéressés, nous leur rappelons que les modifications par eux envisagées ne deviendront effectives qu'à compter de l'obtention des arrêtés préfectoraux modificatifs et inscription ordinales subséquentes. Dès lors, la Société d'exercice libéral à forme anonyme "BY" ne pourra débiter son exploitation AINSI modifiée qu'à compter de cette date.*"⁵⁷⁴
- (479) Ou lors de la nomination d'un co-directeur de laboratoire: *"Après examen du dossier, le Conseil Central de la section G décide d'émettre un avis favorable, concernant l'inscription de Monsieur... en qualité de co-directeur du laboratoire (...) Nous rappelons aux intéressés que les modifications par eux envisagées ne deviendront effectives qu'à compter de l'obtention des arrêtés préfectoraux modificatifs et inscription ordinales subséquentes.*"⁵⁷⁵
- (480) Enfin, dans le cas de l'intégration d'un nouvel associé d'une SEL en commandite par actions (SELCA CF), l'ONP demande aux intéressés de lui faire parvenir un projet des statuts modifiés, sous conditions suspensives.⁵⁷⁶

Tentative infructueuse de l'ONP de traduire dans la loi sa propre interprétation de la loi

⁵⁷¹ Courrier du CCG aux services DDASS du [...] 2004. A noter la contradiction avec l'argumentation avancée par le CCG qui, le cas échéant, fait une différence entre les sociétés (personnes morales) commerciales et les sociétés professionnelles. Cependant, dans un autre cas (et dans le cadre d'une autre argumentation, le CCG a affirmé: "Ces sociétés (SEL) sont régies par les dispositions du livre II du Code de commerce, sous réserve des dispositions du titre 1^{er} de la présente loi. Ainsi, les Sociétés d'exercice libéral sont des sociétés commerciales par la forme, qui doivent respecter les principes relatifs à ce type de structures, sauf dérogations posées par la loi du 31 décembre 1990 (la Loi SEL)." Voir [...] – l'argument selon lequel les droits des votes dans une SELARL ne doivent pas être séparés des parts sociales.

⁵⁷² Courrier du CCG aux services DDASS du [...] 2004.

⁵⁷³ Courrier au Préfet de "S" du [...] 2006. Nombreux cas identiques à cet égard; voir aussi [...] ("BE") etc.

⁵⁷⁴ Courrier du CCG au Préfet de Meurthe et Moselle du [...] 2004. Pour d'autres exemples voir [...] ("CF"); [...] ("AU").

⁵⁷⁵ Courrier du CCG au Préfet de "X" du [...] 2006. Pour d'autres exemples voir [...] ("CF"), [...] ["CI").

⁵⁷⁶ Courrier du CCG au Préfet de "Q" du [...] 2003.

- (481) Dans le but de traduire dans la loi sa propre interprétation de la loi, l'ONP a envisagé dès juillet 2008 une proposition de modification de l'article L4221-19 du CSP, qui concerne l'obligation de transmission des contrats entre associés⁵⁷⁷: *«Leurs dispositions prennent effet un mois après cette communication, sauf opposition du conseil de l'Ordre au cas où elles seraient susceptibles de porter atteinte à l'indépendance d'un ou plusieurs associés dans les actes de leur exercice. Un recours contre cette opposition peut être formé dans un délai d'un mois auprès du conseil national de l'ordre des pharmaciens»*.⁵⁷⁸
- (482) Ce type d'initiative de tenter de faire modifier la loi, parfaitement légitime en tant que tel, reflète la contradiction entre d'une part l'interprétation systématiquement retenue par l'ONP dans ses courriers, qui est la plus favorable à ses objectifs anticoncurrentiels, et d'autre part l'interprétation officielle par l'Etat français des mêmes dispositions, ainsi que celle de l'ONP en interne.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (483) Premièrement, selon l'ONP⁵⁷⁹ c'est bien à tort que la Commission affirme que l'ONP aurait exigé que des changements opérés dans des SEL *« ne soient applicables qu'après son accord, alors que la loi n'oblige les SEL qu'à une déclaration, une fois qu'elles sont constituées »*.
- (484) Cette affirmation n'est pas correcte. Dans de très nombreux courriers, l'ONP exige des SEL qu'elles lui fassent parvenir tous les actes concernant la vie sociale des SEL modifiés sous conditions suspensives des inscriptions ordinales et leur rappelle *« que toutes modifications, par eux envisagées, ne deviendront effectives qu'à compter de l'obtention des autorisations préfectorales modificatives et inscriptions ordinales subséquentes»*, ce qui est clairement en contradiction avec ce que l'ONP affirme dans ses observations.
- (485) Deuxièmement, l'ONP avance également n'être en rien l'instigateur de la procédure modificative mise en œuvre par l'Etat et ne faire que se conformer à la volonté de l'Etat en délivrant un avis dans les trois mois de sa saisine par le Préfet, conformément à l'article R 6212-77 du CSP.
- (486) Dans sa réponse l'ONP confond ou cherche à entretenir la confusion entre d'une part les obligations qui incombent aux SEL effectuant des modifications statutaires en cours de vie sociale, qui sont de nature déclarative et relèvent de l'article L 6211-2 du CSP, en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, et d'autre part les dispositions qui s'appliquent à la constitution d'une nouvelle SEL qui sont effectivement codifiées à l'article R 6212-77 du CSP, comme le relève l'ONP à juste titre. Cette distinction claire est précisée ultérieurement dans une circulaire émanant du Ministère de la santé de novembre 2005, à propos de laquelle l'ONP a publié un article en janvier 2006 intitulé *« Une circulaire sujette à commentaires »*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Egalement [...], propositions envoyées par l'ONP à M. Ballereau en juillet 2008, p18 en ce qui concerne la proposition de modification de l'article L 4221-19 du CSP.

⁵⁷⁸ L'ONP s'est plaint à la DHOS en 2004 que des modifications de SEL avaient été enregistrées aux Greffes des tribunaux sans attendre les observations de l'ONP. Or la circulaire DHOS n° 2005-506 précise (page 3) qu'il n'existe qu'un devoir d'information pour les SEL lors de modifications statutaires en cours de vie sociale.

⁵⁷⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 114.

⁵⁸⁰ LNP n°312, 26 janvier 2006 pages 10 et 11.

- (487) Dans le cas de modifications statutaires en cours de vie sociale, il ne saurait échapper à l'ONP qu'il est constant qu'étant donné que les dispositions du code de commerce définissent le cadre légal général pour le fonctionnement des SEL, « *la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* ». ⁵⁸¹
- (488) D'autre part, l'ONP ne saurait ignorer l'arrêt du Conseil d'Etat de 1971 *Sieur Malice* selon lequel « *le changement d'activité professionnelle d'un pharmacien n'entraîne sa radiation du tableau, suivie d'une nouvelle procédure d'inscription, que lorsqu'il oblige à l'inscription à un nouveau tableau (...) dans les autres cas (...) ces conseils doivent se borner à prendre acte de la déclaration de l'intéressé et ne sauraient se regarder comme saisis d'une demande de nouvelle inscription* » ⁵⁸².
- (489) Troisièmement, l'ONP soutient que son avis ne lie pas toujours le Préfet, qui reste seul compétent pour délivrer l'arrêté modificatif, et présente à l'appui de son argument un tableau reprenant les dates d'agrément par le préfet et les dates de plusieurs certificats d'inscription délivrés par l'ONP ⁵⁸³ relatifs à plusieurs SEL. D'après l'ONP, la concordance des dates serait révélatrice du strict respect par l'ONP de la décision prise par l'autorité administrative.
- (490) D'une part, contrairement à l'ONP dans les exemples cités dans la présente Décision, le préfet, conformément à la loi, et prend acte des modifications effectuées au cours de la vie sociale des SEL sans prétendre à chaque modification appliquer les dispositions de l'article R 6212-77 du CSP, qui ne concernent que les SEL nouvellement constituées.
- (491) D'autre part, l'ONP ne cite aucun texte de loi indiquant que les services de l'Etat français seraient compétents en matière d'inscription au Tableau.
- (492) Ensuite, l'autonomie de l'ONP dans la gestion du Tableau est illustrée par exemple, par le cas de la transformation de la SEL "BY", pour laquelle l'ONP décide de ne pas mettre à jour le Tableau suite à la transformation de la SEL de SELARL en SELAFA. En l'absence de mise à jour du tableau de l'ONP, l'administration ne délivre pas d'arrêté modificatif constatant la transformation ⁵⁸⁴. L'ONP communique à deux reprises sa décision de ne pas mettre à jour l'inscription au Tableau d'un des directeurs de la SEL, au motif que celle-ci serait toujours une SELARL et qu'un arrêté modificatif n'a pas constaté la transformation en SELAFA. L'administration établit alors que ce directeur est en situation irrégulière eut égard à son inscription au Tableau, et procède au retrait de l'autorisation d'exercer.
- (493) Cette mesure administrative est annulée par le juge en référé un mois après, que confirme le jugement sur le fond de juin 2007, qui relève qu'aucun des courriers de la DDASS, qui relaient les exigences de l'ONP « *ne comporte l'énoncé des considérations de droit susceptibles de permettre à [la SEL] d'identifier précisément quelles conditions légales ou réglementaires elle a cessé de remplir* » et, partant, la

⁵⁸¹ Art. L210-6 du Code de commerce, précédemment Art.5 de la loi n° 66-537, qui dispose que le régime juridique applicable aux SEL est celui des sociétés commerciales. Cette disposition est rappelée dans la loi n° 90-1258 qui crée le régime des SEL et la Circulaire DGS/SQ No 98-595 relative aux LABM.

⁵⁸² Arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 1971, *Sieur Malice*, Rec. Lebon p. 486. L'article anciennement L 525 mentionné dans l'arrêt est l'art. L 4222-2 du CSP, et les dispositions pertinentes de l'article anciennement L536 sont reprise à l'art. L4232-16 du CSP.

⁵⁸³ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 143.

⁵⁸⁴ Voir également [...].

base légale de la position de l'ONP suite à laquelle la DDASS a adopté le 8 juillet 2005 un arrêté portant radiation de fonctionnement du laboratoire⁵⁸⁵. Cette constatation est cependant sans effet sur l'ONP puisque le tribunal est uniquement compétent pour statuer sur une décision de l'administration.

- (494) Enfin, la circonstance que dans un certain nombre des cas l'ONP a délivré un certificat d'inscription au Tableau après l'agrément du Préfet ne prouve en rien une absence d'autonomie de l'ONP quant à ses décisions d'inscription au Tableau.

5.3. Traitement favorable pour les groupes spécialisés

- (495) L'ONP a donné son accord, pour des laboratoires dits « sous-traitants » et à la condition qu'ils ne soient pas en concurrence avec les autres laboratoires (« *ces laboratoires doivent être fermés au public* »⁵⁸⁶), à des propositions de modifications de loi qui assoupliraient très nettement les conditions de détention de capital pour des investisseurs extérieurs par rapport aux autres LABM.
- (496) L'ONP ne semble pas voir dans ces propositions législatives d'éléments pouvant mettre en péril l'indépendance des pharmaciens biologistes en exercice dans ces structures, bien que la proposition prévoie que dans ces structures seulement « *15% du capital et des droits de vote doivent être détenus directement ou indirectement par des biologistes diplômés* »⁵⁸⁷. Les deux plus importants laboratoires « sous-traitants » en France sont détenus par des fonds d'investissement (voir chapitre 2.2.2.1.4).
- (497) L'ONP, à qui la Commission a demandé des éclaircissements sur cette proposition, n'a pas souhaité s'exprimer sur le décalage significatif entre, d'une part, la part au capital que devraient détenir selon l'ONP les pharmaciens biologistes dans ces laboratoires fermés au public pour garantir leur indépendance (au moins 15%), et d'autre part, la part au capital que l'ONP prétend nécessaire à la garantie de l'indépendance des pharmaciens dans les groupes de laboratoires qui sont en concurrence sur le marché (au moins 50%)⁵⁸⁸.
- (498) L'ONP a eu des discussions avec "BI" en vue de modifier la loi française et exempter les sociétés, qui comme "BJ" et "BI" ne sont pas en concurrence avec les autres LABM actifs sur le marché. Dans une lettre du [...] 2005 adressée à M. [...], Président de "BI", [...] de la section G, précise: « *cher [...], dans le cadre de la réflexion actuelle sur les laboratoires dits sous traitants, voici les éléments qui me semblent incontournables (...) ces laboratoires doivent être fermés au public (...) ils doivent recevoir les prélèvements uniquement des laboratoires d'analyses de biologie médicale* »⁵⁸⁹.
- (499) En décembre 2005 l'ONP et "BI" se sont accordés sur le texte à présenter au Sénat. Le [...] 2005 un consultant M. [...] a envoyé deux courriels à l'ONP et "BI" en y joignant « *le texte modifié conformément à l'accord de ce matin du [...] et de M. [...]* »⁵⁹⁰. Dans sa réponse à une demande de renseignements de la Commission

⁵⁸⁵ Jugement du 19 août 2005 du Tribunal administratif de Nancy; jugement du Tribunal administratif de Nancy du 19 juin 2007. Il est à noter que dans cette affaire l'ONP a tenté de manipuler l'administration publique en supprimant des éléments factuels du mémoire en défense de la DDASS. Voir considérant (472).

⁵⁸⁶ Lettre de M. [...] à M. [...] du [...] 2005.

⁵⁸⁷ [...].

⁵⁸⁸ [...].

⁵⁸⁹ Lettre de M. [...] à M. [...] du [...] 2005.

⁵⁹⁰ Courriels du [...] 2005, "Projet de texte sur les laboratoires de références".

envoyée le 18 juin 2009, l'ONP prétend que le projet d'amendement « *relève de la seule initiative de Mr [...]* »⁵⁹¹, alors que les courriels précités mentionnent explicitement un accord avec l'ONP sur ces propositions qui sont revues par un juriste vraisemblablement payé par l'ONP, et que ces propositions figurent encore dans un document interne de l'ONP daté du 13 juin 2007⁵⁹².

- (500) Selon le texte proposé, "*L'article L.6212-4 du Code de la santé publique (nouvelle partie législative) est complété in fine par six alinéas ainsi rédigés : "Les sociétés qui exploitent un laboratoire n'ayant aucune relation directe avec les patients, non-ouvert au public, ne réalisant pas de prélèvements, exécutant des analyses pour d'autres laboratoires ou recevant des prélèvements non-sanguins de tout autre établissement habilité à en effectuer et rendant, sauf pour les actes de prélèvement, la totalité des services médicaux d'un laboratoire, incluse la remise d'un compte-rendu d'analyses signé par un ou des directeurs du laboratoire, ne sont pas soumises aux règles mentionnées aux 1° à 4°, ni à l'interdiction prévue à la première phase de l'alinéa précédent.*"⁵⁹³
- (501) Selon le procès verbal de la réunion administrative du CCG du 21 décembre 2005, concernant les laboratoires d'analyses de biologie médicale "de référence", M. [...] "*fait part au Conseil de l'amendement qui devrait être déposé au Sénat lors du vote du projet de loi de programme pour la recherche*"⁵⁹⁴. Le projet de loi sur les laboratoires de référence a été voté au Sénat le 21 décembre 2005. Cependant, selon le procès verbal de la réunion administrative du CCG du 18 janvier 2006, « *ce projet de loi a été voté (...) la profession a décidé de demander le retrait du texte (...) [...] (...) a indiqué qu'il serait préférable d'amender le texte que de demander sa suppression (...) des amendements seront proposés sur le nom de ces laboratoires, des précisions à apporter à ce texte sur le fait que les analyses réalisées par ces laboratoires de référence soient des analyses spécifiques (cf. actes réservés, analyses très spécialisées), la suppression de la notion de services médicaux* »⁵⁹⁵.
- (502) Le 28 juin 2006 M. [...] a rencontré M. [...], Conseiller du ministre de la santé et des solidarités et abordé à nouveau le sujet de « *l'instauration d'un statut spécifique des laboratoires dits sous traitants, compte tenu des éléments dont nous (l'ONP) avons eu connaissance quant à la SELAFA "BI" (...) et de la "publication d'un décret relatif aux sociétés d'exercice libéral de biologie, suite à la Loi "DUTREIL" du 2 août 2005* »⁵⁹⁶.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (503) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP⁵⁹⁷ confirme que "BJ" et "BI" ont chacun un actionnariat conforme à la loi.
- (504) En même temps, l'ONP soutient que ces sociétés n'ont fait l'objet d'aucun traitement de faveur, mais reste silencieux tant sur ses tentatives d'agir de concert avec "BI" visant à proposer des modifications législatives que sur la variabilité de son

⁵⁹¹ [...].

⁵⁹² [...].

⁵⁹³ [...].

⁵⁹⁴ Procès verbal de la réunion administrative du CCG du [...] 2005.

⁵⁹⁵ Procès verbal de la réunion administrative du CCG du [...] 2006.

⁵⁹⁶ Procès verbal de la réunion administrative du CCG du [...] 2006.

⁵⁹⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 145-6.

interprétation de la notion d' « indépendance » en fonction du contexte concurrentiel dans lequel évoluent les laboratoires : au moins 15% pour des laboratoires qui ne concurrencent pas la majorité de ses membres, au moins 50% s'ils sont en concurrence avec la majorité de ses membres.

- (505) D'autre part, la Commission note que dans les statuts de la société "BL" enregistrés par l'ONP le [...] 2008 figure, parmi les nombreux objets que cette société s'est donnée, outre celui de réaliser des analyses de biologie médicales celui de « *poursuivre toute activité liée à la production, l'exportation, l'importation, l'achat, la vente ou la distribution ou le négoce de tout produit pharmaceutique, préparations médicales, médicaments, produits pharmaceutiques, et tout accessoire entrant dans les préparations pharmaceutiques, médicales, et industrielles, pièces détachées de toutes sortes, chimiques (...)* »⁵⁹⁸.
- (506) L'éventuelle incompatibilité de l'objet social de "BL" avec les dispositions de l'article R6212-83 du CSP, qui interdit la détention d'actions dans des SEL sur le territoire français par des sociétés exerçant sous quelque forme que ce soit « *une activité de fournisseur, distributeur ou fabricant de matériel ou de réactifs d'analyse de biologie médicale* », ne semble donc pas avoir posé de problème à l'ONP. En revanche, l'ONP a très rapidement constaté la détention par la holding financière du groupe "ZZ" de participations dans des laboratoires qui sont en concurrence avec la majorité des membres de l'ONP, participations que l'ONP a promptement dénoncées comme étant contraires aux dispositions de l'article R6212-83 du CSP.

5.4. Dépôt systématique de plaintes disciplinaires

- (507) Comme il a été décrit aux chapitres 5.1 et 5.2, l'ONP a presque systématiquement porté plainte puis engagé des poursuites disciplinaires et dans de nombreux cas prononcé des sanctions disciplinaires contre les pharmaciens qui ne se pliaient pas à ses injonctions. Ainsi, l'ONP a mis en œuvre des mesures visant à renforcer les effets potentiels ou réels de ses décisions anticoncurrentielles.

Plaintes déposées par l'ONP

- (508) En ce qui concerne les plaintes pour violations présumées des règles déontologiques qui visent des pharmaciens ou SEL liés à des groupes de laboratoires, d'une part le dépôt d'une plainte se distingue de la procédure disciplinaire en tant que telle. La procédure disciplinaire ne démarre qu'après la décision du CCG d'ouvrir une procédure. D'autre part, il est remarquable que toutes les plaintes mentionnées dans la présente décision aient été déposées par le [...] du CCG. Pourtant, ce type d'action peut être introduit par n'importe qui, notamment les préfets, d'autres pharmaciens ou des particuliers⁵⁹⁹. Or, pour les SEL mentionnées dans la présente décision, aucune plainte n'a été déposée à l'initiative de préfets, bien que ceux-ci aient été tenus au courant de toutes les transformations effectuées par les SEL.
- (509) Le dépôt systématique de plaintes visant des acteurs du marché associés à des groupes de laboratoires et qui refusent de se plier aux injonctions de l'ONP contraste avec la pratique de l'ONP concernant, par exemple, les manquements aux obligations légales de mettre en œuvre certaines pratiques professionnelles destinées à assurer la qualité.

⁵⁹⁸ "BL". « [...] ». Observations de l'ONP sur la communication des griefs, Annexe 49 citée au point 146.

⁵⁹⁹ Article R 4234-1 du CSP.

- (510) L'ONP ne semble notamment pas avoir pris de mesures particulières contre les pharmaciens biologistes qui ne suivent pas l'obligation légale de formation continue (61% des biologistes en 2003) ou qui ne se soumettent pas au contrôle national de qualité (entre 5 et 13% des biologistes)⁶⁰⁰, ou qui ne mettent pas en œuvre le Guide de Bonne Exécution des Analyses (GBEA) obligatoire depuis 1994 (30% des LABM)⁶⁰¹.
- (511) Depuis 2002, le [...] du conseil central de la section G a porté plainte dans seulement 9 cas de non respect du GBEA, dont 1 plainte en 2006 et 8 plaintes en 2008⁶⁰², alors que le Ministère de la santé estimait en 2006 que 30% des LABM ne respectaient pas cette loi, soit environ 1200⁶⁰³.
- (512) L'ONP observe à cet égard au point 159 de ses observations sur la communication des griefs que « *le contrôle de la qualité des analyses relève d'une compétence exclusive des autorités de l'Etat* ». L'Ordre ne pourrait donc pas s'autosaisir et ne pourrait agir que sur la base d'une plainte préalablement déposée par les services de l'Etat qui feraient connaître à la chambre de discipline les manquements susceptibles d'être à l'origine d'une sanction disciplinaire⁶⁰⁴.
- (513) Cet argument est peu convaincant dans la mesure où le GBEA concerne non pas la qualité des analyses en tant que telles, mais des pratiques professionnelles obligatoires, dont le non-respect devrait poser un problème déontologique évident aux dirigeants de l'ONP.

A titre subsidiaire : renforcement des effets des décisions en cause

- (514) Le comportement ici en cause est constitué de l'ensemble des décisions de l'ONP qui visent à exiger des acteurs du marché qu'ils adoptent certains comportements de marché, ce qui inclut notamment le dépôt de plaintes visant des pharmaciens ou des SEL par des dirigeants de l'ONP.
- (515) En revanche, les activités d'organes de l'ONP qui consistent à instruire des procédures disciplinaires pouvant déboucher sur des sanctions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les griefs.
- (516) La circonstance que l'ONP dispose de pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché par le biais des pouvoirs disciplinaires délégués par l'Etat est de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des décisions en cause, mais ne modifie en rien les éléments constitutifs de l'infraction et la nature des décisions en cause.
- (517) A titre subsidiaire donc, la Commission constate que dans tous les cas ayant trait à des démembrements de parts, de propriété du capital ou de modifications de statuts des sociétés la Chambre de discipline de la section G impose **systématiquement des sanctions d'interdiction d'exercice de la pharmacie d'un mois pour une SEL et de 6 mois pour le ou les associé(e)s professionnel(le)s en exercice dans les SEL.**

⁶⁰⁰ « S'agissant de la formation continue, 39% des biologistes libéraux y ont participé en 2003, bien qu'il s'agisse d'une obligation déontologique et conventionnelle financée par l'assurance maladie » Rapport IGAS 2006 045, p6. Voir aussi p.77 du rapport sur les plaintes concernant les manquements sérieux à la qualité.

⁶⁰¹ Cf. considérant (34).

⁶⁰² [...].

⁶⁰³ Voir considérant (34).

⁶⁰⁴ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 159.

- (518) Ainsi en 2008, dans au moins 8 cas concernant des laboratoires de "XY", la Chambre de discipline de la section G a condamné au moins 19 pharmaciens à une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant 6 mois, 3 SEL à une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant 1 mois et une SEL à une sanction d'interdiction d'exercer la pharmacie pendant 1 semaine⁶⁰⁵.
- (519) En même temps, dans des cas contre des pharmaciens n'appartenant pas au groupe "XY", l'ONP a prononcé des condamnations pour des raisons graves de santé publique (où la faute du pharmacien ne pouvait pas être mise en doute) avec des peines d'interdiction d'exercice de la pharmacie bien inférieures⁶⁰⁶.
- (520) Pour 60% des plaintes qui lui ont été transmises entre 2000 et 2005 par l'administration pour manquement sérieux à la qualité de LABM, l'ONP n'a prononcé que des avertissements, blâmes ou peines d'interdiction d'exercice inférieures à un mois⁶⁰⁷.

5.5. Objectifs économiques poursuivis par l'ONP

5.5.1. Deux objectifs économiques complémentaires

- (521) Les deux objectifs économiques poursuivis par l'ONP concernent le même marché, les mêmes acteurs et sont très complémentaires. D'une part, l'ONP vise à empêcher les groupes de laboratoires apparus sur le marché dès 2001 de se développer et de concurrencer les nombreux petits et moyens laboratoires actifs sur le marché (voir notamment chapitre 5.2).
- (522) D'autre part l'ONP vise à empêcher les laboratoires actifs sur le marché, par exemple ceux liés à ces groupes⁶⁰⁸, de proposer des ristournes dans le cadre des conventions conclues notamment avec des structures hospitalières privées, dont il est estimé qu'elles fournissent environ 15 à 20% du chiffre d'affaires des LABM privés⁶⁰⁹ (voir en particulier chapitre 5.1.2).

⁶⁰⁵ Décision du [...] 2008 contre SELARL "AU", considérants (384) et (385); Décision du [...] 2008 contre SELAS "CI", considérants (315) et (316); Décision du [...] 2008 contre SELAFA "AR", considérant (251); Décision du [...] 2008 contre SELARL "AT", considérant (395); Décision du [...] 2008 contre SELAFA "CK"; Décision du [...] 2008 contre SELAFA "BB", considérant (320); Décision du [...] 2008 contre SELAFA "BR"; Décision du [...] 2008 contre SELAS "CL".

⁶⁰⁶ Exemples de condamnations pour des raisons de fautes graves:

- une interdiction d'exercer durant un mois alors que le pharmacien avait délivré sans ordonnance à une mineure des médicaments anxiolytiques relevant de la liste I des substances vénéneuses, la jeune fille ayant été hospitalisée en urgence après en avoir absorbé plusieurs (CNOP Aff. Mme L, n° AD2337, Bulletin de l'Ordre n°399 juin 2008 p.103);
- une interdiction d'exercer pour une durée de trois mois entre autres pour : activité de déconditionnement de produits pharmaceutiques destinés à des établissements de santé dans des conditions non-conformes et délivrance de médicaments sur prescriptions non-conformes (CNOP 10 MARS 2008 M.M. G. et T., n° AD 2892 et 2893, Bulletin de l'Ordre n°400 Octobre 2008, p.220);
- une interdiction d'exercer de 15 jours avec sursis pour délivrance de Zyban sans ordonnance et activité de soins esthétiques au nom de l'officine (CNOP 29 janvier 2008, Mme S, n° AD 2778, Bulletin de l'Ordre n°400 octobre 2008 p.217);
- une interdiction d'exercer durant un mois pour l'exploitation d'un plateau technique non autorisé dans une polyclinique (CNOP 27 septembre 2004, Bulletin de l'Ordre décembre 2004, n°385, p.465).

⁶⁰⁷ Rapport IGAS, p68.

⁶⁰⁸ Voir par exemple courriers adressés à la SEL "AB", repérée dans le cadre de la traque systématique des groupes, et "AC" liée à "AB"; [...], procès-verbal de la réunion Conseil central Section G, en particulier p.32.

⁶⁰⁹ [...]; Hors chiffre d'affaires réalisé par les laboratoires situés dans des structures hospitalières publiques.

- (523) En effet, comme il a été exposé au chapitre 2.2.2.2, l'investissement dans des plateaux techniques de laboratoires avancés, permet de fortement baisser les coûts tout en assurant un niveau de qualité optimale⁶¹⁰, d'élargir la palette d'analyses proposées aux patients et de réduire les temps d'attente pour les résultats des analyses.
- (524) Face à un tel niveau de compétitivité, de nombreux petits laboratoires qui n'emploient qu'un ou deux biologistes pourraient avoir plus de difficulté à concurrencer les groupes intégrés, même si le modèle de répartition territoriale dit « de proximité » n'est pas affecté par l'arrivée des groupes sur le marché. Cependant, ces nombreux petits laboratoires⁶¹¹ représentent une forte base électorale pour les instances dirigeantes de l'ONP⁶¹², en particulier le Conseil central de la Section G qui a mis clairement, comme indiqué au chapitre précédent, au centre de ses promesses électorales de 2003, 2005, 2007 et 2009⁶¹³ la défense des intérêts économiques des pharmaciens biologistes contre les groupes de laboratoires.

5.5.2. Objectifs annoncés

5.5.2.1. Objectifs annoncés par des dirigeants de l'ONP lors des élections

- (525) A l'occasion de chaque élection des instances ordinales (voir chapitre 2.2.3.5) les listes de candidats à des mandats de conseillers ordinaux font circuler leur programme électoral sous forme de « circulaires » d'une page⁶¹⁴. Par ailleurs, compte tenu de la structure très fragmentée du marché, le mode de scrutin pour l'élection des instances dirigeantes de l'ONP, par lequel chaque pharmacien dispose d'une voix, reflète nécessairement les intérêts économiques de la majorité qui est composée de petites structures. Ainsi, en 2004 près de 68% des LABM avaient un chiffre d'affaires inférieur à un million d'euro, qui correspondait au chiffre d'affaires moyen pour un LABM cette année-là⁶¹⁵.
- (526) Le bureau du Conseil de la section G semble avoir été élu en juin 2003 « *sur une idée forte : préserver l'indépendance du biologiste (...) un certain nombre de règles ont permis à la biologie de prospérer dans le monde de la santé. Quelques-uns de nos confrères n'hésitent pas à détruire le système le jour de leur départ, au détriment des générations futures! Cela n'est pas acceptable* »⁶¹⁶. Ceci ressort du tract électoral pour les élections en 2003, dans lequel les candidats qui ont gagné annoncent que « *l'ordre des pharmaciens aura pour devoir de s'opposer à l'introduction de groupes financiers dans notre profession (...) l'ordre conscient des évolutions naturelles devra faire face avec force et détermination aux dérives purement capitalistes* ».⁶¹⁷

⁶¹⁰ Voir chapitre 2.2.2.2. à ce sujet.

⁶¹¹ 3900 contre 200 en Allemagne, par exemple.

⁶¹² Les pharmaciens associés aux groupes votent également, mais compte tenu de la très forte fragmentation du marché français ils sont en minorité: moins de 10 groupes comptant quelques centaines de pharmaciens, à comparer à un total de 3900 laboratoires et 10500 pharmaciens biologistes au total (voir chapitre 2.2.2.2).

⁶¹³ Programmes électoraux des listes de conseillers ordinaux pour le Conseil central de la Section G de l'ONP.

⁶¹⁴ [...].

⁶¹⁵ Rapport IGAS, op. cit. p. 6.

⁶¹⁶ Voir [...], 1 octobre 2004.

⁶¹⁷ [...].

- (527) Le [...] du Conseil central de la Section G a en outre à maintes reprises réitéré sa volonté de « *déranger les ambitions capitalistiques de groupes financiers et la stratégie patrimoniale de certains biologistes* »⁶¹⁸.
- (528) Cet objectif de défendre les intérêts économiques des pharmaciens biologistes contre la menace d'une concurrence des groupes de laboratoires est clairement résumé dans une interview du [...] de la Section G de l'ONP en septembre 2003 : « *Notre idée-force est que le laboratoire est un outil de travail avant d'être un patrimoine. Ce patrimoine n'a pu exister qu'autant qu'il a pu se développer dans un secteur extrêmement protégé et non ouvert à la concurrence. Pour cette raison, le patrimoine appartient en partie à la profession. Le départ de certains biologistes à la retraite ne doit pas être l'occasion de la remise en cause de l'outil de travail* »⁶¹⁹.
- (529) Les mandats de la quasi-totalité des membres de ce bureau ont été renouvelés en 2005 en particulier parce que « *les objectifs annoncés ont été respectés : défendre les valeurs essentielles du métier afin de permettre aux professionnels libéraux et hospitaliers de continuer à exercer en toute indépendance* ». En outre, « *les dossiers de démembrement du capital de certaines sociétés, les montages financiers avec prises de participations en cascade et constitution de sociétés holding ont mobilisé beaucoup d'énergie* »⁶²⁰.
- (530) Dans une version d'un tract électoral pour les élections de 2005, la liste élue en juin 2003 affirme, parlant des groupes de laboratoires "YZ", "YY" et "XY" en particulier, « *Nul doute, nous avons atteint notre cible, il faut l'abattre* »⁶²¹.
- (531) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁶²² souligne que cette citation provient d'une version préliminaire d'un tract électoral de 2005 qui n'a jamais été publié. Cependant, la rédaction finale du tract électoral qui lui a été publié est très proche : « *le bilan de nos actions est évocateur, la cible est atteinte* »⁶²³. En tout état de cause, la circonstance que la version préliminaire du document n'ait jamais été publiée ne modifie en rien le caractère manifestement anticoncurrentiel de l'objet que ce document préliminaire révèle.
- (532) De plus, dans la version publique du même document l'équipe sortante proclame que « *par une action déterminée, nous avons arrêté in extremis une situation laissée suicidaire pour notre profession (...) vous nous aviez élus sur une idée forte: préserver, en toutes circonstances, l'indépendance du biologiste (...) nous avons clairement posé et appliqué nos principes (...) défendre la biologie libérale et hospitalière des grands groupes financiers. Ces principes sont partagés avec l'Ordre des Médecins et le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens* ».⁶²⁴
- (533) Dans la « circulaire » ou tract électoral pour les élections en 2007 les candidats affirment que « *l'équipe de la Section G a respecté le mandat que vous lui aviez confié (...) Même si le paysage demeure inquiétant, la pression doit être maintenue (...) la volonté reste entière de faire respecter les principes fondamentaux de notre*

⁶¹⁸ [...], 1 octobre 2004. Voir également Les Nouvelles Pharmaceutiques (« LNP ») No 283, 1 Oct. 2004, LNP No 288, 10 déc. 2004, ID21.

⁶¹⁹ Interview de [...], 18 septembre 2003.

⁶²⁰ ONP, Rapport d'activité 2005, p43.

⁶²¹ [...] (soulignement ajouté).

⁶²² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 75.

⁶²³ [...].

⁶²⁴ [...].

exercice. Ne baissons pas les bras! (...) NON: à l'appétit des financiers et à la dérive capitalistique »⁶²⁵.

- (534) Dans le tract électoral pour les élections en 2009 l'équipe sortante affirme que « *le Conseil Central de la Section G fait face à des attaques d'une rare violence (...) de grands groupes internationaux ont engagé des actions contre notre Institution. Jusqu'à ce jour, toutes leurs demandes ont été rejetées. (...) Plus que jamais, il est indispensable que chacun d'entre vous exprime son soutien par un vote massif envers l'équipe sortante. Merci à tous de légitimer notre équipe dans ses actions et ses choix »⁶²⁶.*

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (535) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁶²⁷ soutient que les «*circulaires*» pour les élections de 2003 à 2009 dont la Commission fait état ont toutes été validées par le président du bureau de vote, représentant du ministre chargé de la santé, ce qui attesterait de leur parfaite régularité⁶²⁸.
- (536) La circonstance qu'un représentant de l'Etat ait validé les «*circulaires*» comme étant conformes aux textes qui régissent le déroulement des élections ordinales ne saurait préjuger de l'appréciation qui peut être faite du contenu de ces mêmes textes au regard des règles européennes de concurrence.

5.5.2.2. Objectifs économiques annoncés par tous les organes de l'ONP

- (537) Dès mars 2003, un accord se dégage au sein de l'ONP sur l'opportunité de s'opposer au démembrement de parts sociales de SEL⁶²⁹. A partir de septembre ou octobre 2003 un accord semble avoir été formalisé au sein de l'ONP autour de la stratégie d'opposition à tout montage permettant à des groupes de laboratoires de se développer et ainsi de concurrencer les LABM actifs sur le marché.
- (538) En effet, l'ONP craint que l'ouverture du capital des SEL de LABM puisse avoir un impact sur les conditions de détention du capital des pharmacies d'officine⁶³⁰. « *Les conseils centraux des sections A, E et G ainsi que le Conseil national ont récemment pris une position de principe, visant à s'opposer à tout démembrement de parts sociales dans les sociétés constituées pour l'exploitation d'une officine ou d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale. Il s'agit désormais de tirer les conséquences juridiques de cette situation, au regard de l'inscription au tableau (...) La nature des actions susceptibles d'être mises en œuvre par l'Ordre diffère selon chaque situation et s'apprécie donc au cas par cas. Une typologie des hypothèses connues permet de cerner avec une plus grande précision les moyens dont dispose l'Ordre pour s'y opposer »⁶³¹.*
- (539) Ainsi, en janvier 2004 le [...] de l'ONP peut prendre officiellement la position suivante en interne: « *[...] s'associe pleinement aux actions menées par la Section G*

⁶²⁵ [...].

⁶²⁶ [...].

⁶²⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 75.

⁶²⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs point 75, Annexe 23.

⁶²⁹ [...].

⁶³⁰ Voir également [...], lettre concernant les laboratoires de biologie médicale cosignée par [...] de la Section A (pharmacies d'officine) de l'ONP.

⁶³¹ Note de la Direction des affaires juridiques de l'ONP signée par [...] ONP.

dans les dossiers : A, B, F et E. [...] précise également que la Section G a été pleinement associée à tous les projets de modifications de textes qui seront présentés par le Conseil national »⁶³².

- (540) Le but poursuivi est clair pour l'ensemble des instances dirigeantes de l'ONP : s'opposer à toute entrée de capitaux extérieurs à ceux des pharmaciens, quels que soient les moyens employés. Le procès-verbal de la séance administrative du CNOP du 26 janvier 2004, est très explicite : « *Les sections A, D, E et G ont des souhaits largement convergents. Elles ne souhaitent pas de holding au dessus, pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens ou directeurs et directeurs adjoints de LABM qui exercent dans la SEL, pas de démembrement des parts ou actions, sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels de cette société* » et conclut « *Il nous faut trouver des instruments juridiques pour limiter les dérives* »⁶³³.
- (541) Ce consensus en interne sur le comportement à adopter à l'égard des groupes de LABM se traduit par des tentatives parfaitement légales, qui n'ont pas abouti, mais qui illustrent bien le consensus interne à l'ONP sur la stratégie à suivre, visant à obtenir des autorités publiques des modifications législatives ou des interprétations de la loi qui justifieraient a posteriori l'interprétation retenue par l'ONP à des fins anticoncurrentielles et serviraient ainsi les intérêts économiques des membres de l'ONP.
- (542) Ainsi, dans un courrier du 29 juin 2004 adressé au Ministre délégué aux PME et cosigné par [...] de l'ONP et [...] des Sections A et G, l'ONP souligne que « *la biologie clinique française est actuellement assiégée par des investisseurs français ou étrangers, notamment les groupes "XY" et "YZ" (...) Ils procèdent à des montages juridiques, de pure ingénierie financière, qui sont incompatibles avec l'esprit du Code de la Santé publique. La même évolution semble se faire jour dans le domaine de la pharmacie d'officine* »⁶³⁴.
- (543) Dans une lettre du 27 juillet 2004 au Ministre de la Santé et cosignée par [...] de l'ONP et par [...] du Conseil central de la section G: « *Il est impératif d'arrêter la progression de ce projet ["XY"], ou d'autres analogues (...) les promoteurs de tels projets, non contents de tirer parti des failles malencontreuses créées dans le droit des SEL par la loi MURCEF du 11 décembre 2001, introduisent dans leurs montages juridiques des éléments qui contreviennent gravement au droit des SEL ou au code de la santé publique* »⁶³⁵.
- (544) Dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie d'opposition au développement des groupes de laboratoires, l'ONP tente également (sans succès) par le biais de son [...] de rallier à son plan d'action l'Ordre des médecins, qui exerce également une tutelle déontologique sur les médecins biologistes⁶³⁶. Dans une lettre adressée au [...] de l'Ordre des médecins en décembre 2004, M. [...] souligne que « *Par des positions*

⁶³² Compte-rendu d'une réunion à laquelle ont participé: [...] de l'ONP; [...] de la Section G; [...] de l'ONP ; [...] de la Section G ; [...] de l'ONP. Procès-verbal de la réunion administrative du Conseil Central de la Section G du 22 janvier 2004.

⁶³³ 26 janvier 2004, 275^e Séance administrative Conseil National de l'ONP.

⁶³⁴ Lettre à Ministre délégué aux PME, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions Libérales et à la Consommation.

⁶³⁵ Lettre de l'ONP au ministre de la santé, du 27 juillet 2004.

⁶³⁶ Qui représentent entre 25% et 30% des professionnels actifs sur le marché des analyses de biologie médicale en France, voir considérant (11).

communes à nos deux institutions, nous avons montré notre volonté de mettre un terme à tous ces assauts, notamment au projet "XY" (...) [l'Ordre des médecins] a accepté d'inscrire des structures du groupe «XY» sans émettre aucune réserve sur les documents qui lui ont été présentés. (...) Cette situation ne peut perdurer (...) il me paraît urgent que nous puissions arrêter ce processus »⁶³⁷.

- (545) Ce courrier de décembre 2004 se distingue cependant du courrier de juillet 2004 (qui est cosigné par [...] de l'Ordre des médecins) dans la mesure où l'ONP annonce son objectif, au demeurant déjà mis en œuvre à cette date, de « *mettre un terme* » au développement de groupes tels "XY". Ce type de comportement, que l'Ordre des médecins s'est refusé à adopter⁶³⁸, se distingue nettement des tentatives parfaitement légales d'influencer les autorités publiques dans le but d'obtenir des modifications législatives.
- (546) Le 20 mai 2005, dans une lettre à un sénateur, le [...] de l'ONP résume ainsi la position de l'association qu'il préside: « *Des intérêts financiers très importants s'efforcent actuellement de s'assurer le contrôle de nombreux laboratoires (...). Ils le font par le biais de montages juridiques complexes, qui tirent parti de diverses brèches dans la loi relative aux sociétés d'exercice libéral. Les Ordres nationaux des pharmaciens et des médecins, légalement chargés de défendre l'indépendance professionnelle, s'efforcent de s'opposer à ces tentatives* »⁶³⁹.
- (547) En conclusion, de nombreuses pièces du dossier permettent d'affirmer qu'il existe un consensus au sein de l'ONP dès début 2003 sur la stratégie qui consiste à chercher par tous les moyens à entraver le développement des groupes de laboratoires sur le marché des analyses de biologie médicale. Le comportement anticoncurrentiel qui se manifeste par les très nombreuses décisions décrites ci-dessus n'est pas attribuable au seul Conseil central de la Section G, ou uniquement à certains de ses dirigeants. Les objectifs annoncés et la ligne d'action à suivre ont recueilli une large approbation au sein des différentes composantes de l'ONP (voir considérants (537) à (543)), et auprès de la majorité des pharmaciens biologistes qui ont reconduit depuis juin 2003 l'équipe de conseillers ordinaires les plus agressifs dans la défense de leurs intérêts économiques⁶⁴⁰.

5.5.3. Les décisions en cause rentrent dans le champ d'application du droit européen de la concurrence

- (548) La Cour de justice a eu l'occasion à plusieurs reprises⁶⁴¹ d'apprécier l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne aux comportements d'entités

⁶³⁷ Lettre du 8 décembre 2004 du [...] de l'ONP au [...] de l'Ordre des Médecins. Pourtant, l'ONP écrit en octobre 2004 à propos du projet "XY" « en décembre 2003, le Conseil national de l'Ordre des médecins et le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens avaient adopté une position commune contre ce type de projet » LNP N°283, 1 octobre 2004.

⁶³⁸ En particulier dans la mesure où l'Ordre des médecins n'a lancé aucune procédure disciplinaire à l'encontre de médecins biologistes actifs dans des laboratoires faisant partie du groupe "XY", alors que dans le même temps l'ONP sanctionnait durement des pharmaciens biologistes actifs dans les mêmes laboratoires.

⁶³⁹ Lettre du [...] 2005 du [...] de l'ONP au sénateur M. [...].

⁶⁴⁰ Voir chapitre 2.2.3.5 sur les élections des dirigeants de l'ONP; [...] pour les programmes politiques. En particulier, à propos des groupes de laboratoires en janvier 2005, la liste sortante ne craint pas d'affirmer que: « le bilan de nos actions est évocateur, la cible est atteinte ». Voir également chapitre 5.5.2.1.

⁶⁴¹ Arrêt du 26 mars 2009 dans l'affaire C-113/07 P, SELEX Sistemi Integrati SpA / Commission et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) (Recueil 2009, p. I-2207, point 69-70 et la jurisprudence citée) et arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol (Recueil 1994, p. I-00043, point 19-30).

exerçant à la fois des activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique et des activités économiques⁶⁴², au sens des règles de concurrence, en opérant une distinction entre les deux «natures d'activités». La présente affaire se distingue de cette jurisprudence en ce que les décisions ici en cause prennent l'*apparence*, mais seulement l'apparence, de décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique délégué par l'État à l'ONP.

- (549) L'ONP est investi d'une mission de service public assortie de prérogatives de puissance publique, selon des critères définis par la loi. L'objet du présent chapitre est de montrer qu'en ce qui concerne les décisions de l'ONP ici en cause, les pièces du dossier et le contexte légal démontrent que l'ONP, de façon consciente et systématique défend exclusivement les intérêts économiques de la majorité de ses membres.⁶⁴³
- (550) Les décisions en cause relèvent d'une utilisation à des fins économiques de la loi par l'ONP. Les éléments de preuve rassemblés illustrent que l'ONP donne à ses décisions une justification légale qui lui est propre, et dont il peut être démontré qu'elle est presque systématiquement en contradiction avec les textes et leur interprétation officielle⁶⁴⁴, et même l'analyse interne des services juridiques de l'ONP⁶⁴⁵. Ce faisant, l'ONP place ses décisions pleinement dans le champ d'application du droit de la concurrence.
- (551) D'ailleurs, l'ONP, conscient que ses décisions ne sont pas compatibles avec la loi, a tenté à plusieurs reprises mais sans succès de proposer des modifications de la loi qui iraient dans le sens de ses interprétations des textes qui ont servi de justification à ses décisions anticoncurrentielles. Les démarches visant à proposer des modifications de la législation en vigueur sont parfaitement légales en soi. Cependant, les modifications proposées illustrent parfaitement la contradiction entre l'utilisation à des fins économiques de la loi par l'ONP d'une part, et la lecture de ces mêmes dispositions légales par l'ONP en interne d'autre part.
- (552) En effet, si l'utilisation que fait l'ONP de dispositions légales était conforme aux textes et à leur interprétation officielle par l'Etat français, l'ONP n'aurait pas eu besoin de proposer des modifications de ces mêmes textes pour les rendre plus conformes à l'utilisation qu'il en fait dans le but de ralentir le développement des groupes de laboratoires.

⁶⁴² Exercées dans un contexte de marché, au sens défini dans l'arrêt du 23 avril 1991 dans l'affaire C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser / Macrotron GmbH (Recueil 1991 p. I-01979, point 22).

⁶⁴³ [...] «La section G réfute le montage qui permet la prise de participation par des capitaux extérieurs à la profession d'un réseau de laboratoires». [...] «Il y a là une question de principe qui doit entraîner le rejet (...) de tout projet dans lequel il y a une captation d'une partie du résultat de l'activité professionnelle libérale du biologiste au bénéfice d'un tiers de la profession». [...] «Les sections (...) ont des souhaits largement convergents. Elles ne souhaitent (...) pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens». Voir également commentaire de l'ONP à propos du projet de réponse de l'Etat français à l'avis motivé dans la procédure d'infraction 2005/4038: « Il faut prouver qu'une restriction s'impose pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Cela est peut-être regrettable, mais la charge de la preuve nous incombe».

⁶⁴⁴ Par exemple, les circulaires ministérielles de 1997, 1998 et 2005 (voir détails au chapitre 3.2).

⁶⁴⁵ Concernant le démembrement: considérants (270), (271), (277), (282), (283) ; pour la communication des mouvements d'actions: considérants (371), (372); relative à la participation minimale au capital: considérants (437), (442), (443), (448); concernant la prise d'effet des transformations: considérants (468), (470), (481).

5.5.3.1. L'objectif poursuivi est anticoncurrentiel

- (553) Un article publié au bulletin officiel de l'ONP en juillet 2003, peu après l'élection du nouveau bureau du Conseil central de la Section G (biologistes), exprime clairement le projet de défense des intérêts économiques particuliers des pharmaciens biologistes actifs sur le marché par l'ONP: «*Nous entendons défendre une doctrine: « l'indépendance professionnelle n'est pas séparable de l'indépendance économique » (...) nous publierons rapidement une doctrine qui guidera nos décisions futures. Voilà la priorité fondamentale »*⁶⁴⁶. Dans un document interne de l'ONP datant probablement de 2005, une juriste de l'ONP, consciente du risque que comportent ces déclarations pour l'ONP, tente de minimiser la portée de l'article précité. Elle propose ainsi de: « *reprendre l'article de [...] pour limiter sa portée* » et, arguant du fait que les propos de [...] ont été déformés, suggère de préciser qu'« *en aucun cas il n'a laissé apparaître l'idée d'une nouvelle doctrine sachant très bien que le Conseil de l'Ordre des Pharmaciens n'a pas de pouvoir réglementaire* »⁶⁴⁷.
- (554) Une autre communication de juillet 2004 exprime clairement l'obstacle que le contexte légal peut constituer à la défense des intérêts économiques de membres de l'ONP, et les moyens que l'ONP compte mettre en œuvre pour parvenir à ses fins : «*La section G réfute le montage qui permet la prise de participation par des capitaux extérieurs à la profession d'un réseau de laboratoires (...) Notre action : un certain nombre de SEL ont déjà modifié leur statut afin de promouvoir le projet. Nous ne laisserons pas se développer de telles combinaisons, elles sont contraires à notre éthique (...) une série de plaintes disciplinaires ont déjà été déposées à l'encontre des biologistes exerçant dans de telles structures que nous jugeons illégales* »⁶⁴⁸.
- (555) Lors d'une réunion au Ministère de la santé le 15 septembre 2004, l'ONP réitère, à propos du groupe "XY" en particulier que, ce montage ne respecterait pas la législation en vigueur car il met « *en péril l'indépendance du pharmacien ainsi que le principe d'indivisibilité de la propriété et il dépouill[e] totalement le pharmacien biologiste de son outil de travail* ». A cette même réunion, le représentant du Ministère de la santé délivre un message clair : « *La conclusion à laquelle il est parvenu avec ses services est la suivante: les montages contestés par l'Ordre des pharmaciens ne sont pas contraires à l'esprit de la réglementation en vigueur* »⁶⁴⁹. Le comportement de l'ONP par la suite démontre qu'ils ont fait abstraction de la position du Ministère.
- (556) Cette mise en œuvre de la défense d'intérêts économiques particuliers par l'ONP risque, selon l'ONP, d'être compromise par des prises de position différentes de l'Ordre des médecins, qui exerce également une tutelle sur des professionnels actifs dans le marché de la biologie médicale⁶⁵⁰ et pourrait ainsi laisser se développer les SEL appartenant à des groupes de laboratoires. Le [...] de l'ONP écrit alors en décembre 2004 au [...] de l'Ordre des médecins, pour tenter de le rallier à ses objectifs de supprimer la concurrence des groupes de laboratoires : « *Par des*

⁶⁴⁶ Lettre des Nouvelles Pharmaceutiques (Bulletin officiel de l'ONP).

⁶⁴⁷ « Note sur le mémoire récapitulatif [...] contre Ordre des Pharmaciens ».

⁶⁴⁸ Projet de [...] de la Section G de l'ONP.

⁶⁴⁹ Compte-rendu de la réunion du 15 mars 2004 au Ministère de la Santé.

⁶⁵⁰ Environ 25 à 30% des biologistes actifs sur le marché sont des médecins biologistes, voir considérant (11).

*positions communes à nos deux institutions*⁶⁵¹, nous avons montré notre volonté de mettre un terme à tous ces assauts, notamment au projet "XY" (...) [l'Ordre des médecins] a accepté d'inscrire des structures du groupe « XY » sans émettre aucune réserve sur les documents qui lui ont été présentés. (...) Cette situation ne peut perdurer (...) il me paraît urgent que nous puissions arrêter ce processus »⁶⁵².

- (557) Le projet électoral des pharmaciens biologistes candidats à leur réélection au Conseil central de la Section G début 2005 est, quant à lui, très explicite quant à la défense d'intérêts économiques : *«Vous devez tous voter, la biologie est en danger. Les dernières élections [juin 2003] sont remises en question [annulées par Tribunal administratif de Paris pour irrégularités dans le dépouillement du scrutin*⁶⁵³ (...) *En dix-huit mois, par une action déterminée, nous avons arrêté in extremis une situation laissée suicidaire pour notre profession. En effet, elle glissait de façon irréversible et rapide vers une logique strictement capitalistique (...) Nous avons clairement posé et appliqué nos principes conformes aux textes et à la déontologie: interdire tout montage qui tenterait de priver le biologiste de son indépendance et de son outil de travail (...) Le bilan de nos actions est évocateur, la cible est atteinte »*⁶⁵⁴. Une première version de ce tract électoral est plus explicite: *«Nous avons atteint notre cible, il faut l'abattre»*⁶⁵⁵. Le caractère récurrent de ces objectifs économiques dans les programmes électoraux de l'équipe dirigeante du CCG est illustré plus en détail au chapitre.5.5.2.1.
- (558) Comme certains groupes, en particulier "XY", continuent de se développer, l'ONP rappelle dans un courrier daté de mai 2005 ses actions pour tenter de bloquer ces groupes: *«Des intérêts financiers très importants s'efforcent actuellement de s'assurer le contrôle de nombreux laboratoires (...). Ils le font par le biais de montages juridiques complexes, qui tirent parti de diverses brèches dans la loi relative aux sociétés d'exercice libéral. Les Ordres nationaux des pharmaciens et des médecins, légalement chargés de défendre l'indépendance professionnelle, s'efforcent de s'opposer à ces tentatives.»*⁶⁵⁶. Comme les actions de l'ONP, décrites plus en détail au chapitre.5.2.2, ne parviennent pas à bloquer le développement des groupes de laboratoires dont "XY", l'ONP propose des modifications de la loi pour défendre les intérêts économiques de la majorité des pharmaciens biologistes *« il convient de la supprimer si nous voulons limiter les prises de participation des tiers dans les sociétés d'exercice libéral. En l'absence de la suppression des mots « exerçant celle-ci », nous ne pourrions pas bloquer le groupe "XY" »*⁶⁵⁷.
- (559) L'ONP affirme même dans un document intitulé *« Une responsabilité historique »*, que *« (...) des investisseurs français et étrangers deviennent propriétaires des laboratoires (...) Aujourd'hui, ce n'est plus un risque, c'est une réalité. Une société*

⁶⁵¹ Voir considérants (130) et (544). Contrairement à l'ONP, l'Ordre national des médecins n'a engagé aucune procédure disciplinaire à l'encontre de biologistes du groupe "XY".

⁶⁵² Lettre du [...] de l'ONP au [...] de l'Ordre des Médecins du 8 décembre 2004.

⁶⁵³ Réunion administrative du CCG qui constate cette décision du TA de Paris du 25 juin 2004.

⁶⁵⁴ Novembre/décembre 2004, tract élections Section G, liste [...].

⁶⁵⁵ Novembre / décembre 2004, projet du tract élections Section G, liste [...].

⁶⁵⁶ Lettre du [...] de l'ONP au sénateur M. [...] du [...] 2005.

⁶⁵⁷ [...].

de biologie [...] s'est porté acquéreur d'une société d'exercice libéral installée en France. Cette transaction a été effectuée en toute légalité (...)»⁶⁵⁸.

- (560) Et à la mi-2006, dans une lettre aux biologistes, l'ONP écrit: « *Le biologiste en exercice doit en toute circonstance rester propriétaire de son laboratoire. Cependant, ces principes inaliénables de l'exercice de notre libéralisme professionnel libéral sont aujourd'hui compromis. Des investisseurs financiers français et étrangers deviennent propriétaires des laboratoires et font disparaître la biologie libérale praticienne au profit d'une biologie industrielle déshumanisée. Comment y parviennent-ils ? Ils rachètent la majorité des parts ou actions qui composent le capital social des sociétés d'exercice libéral de biologie. Ainsi, les biologistes ne sont plus propriétaires de leurs laboratoires, ne conservent plus la maîtrise de leur outil de travail mais ils y demeurent responsables aux yeux de la loi (risque). Est-ce légal ? Malheureusement Oui, à cause de l'article 5-1 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1990 modifiée*»⁶⁵⁹.
- (561) Un rapport d'avril 2006 du Ministère de la santé français rappelle clairement que les arguments avancés par l'ONP au soutien de la défense des intérêts économiques de ses membres ne peuvent être justifiés par des raisons relevant de la santé publique: « *Dans les autres cas, en revanche, les autres questions d'indépendance financière, qui répondent au désir (au demeurant non illégitime) d'une corporation de défendre ses intérêts, ne relèvent pas de la santé publique. Ce motif ne doit pas être utilisé comme argument dérogatoire aux règles européennes. Les problèmes de traçabilité et de stabilité des capitaux dans un but de contrôle des flux financiers, ainsi que les questions de gouvernance, d'investissement, de démembrement, d'usufruit ou de cessions patrimoniales – dont la mission ne mésestime pas l'intérêt – relèvent d'autres domaines de compétence que ceux du ministre chargé de la santé ou de la protection sociale* »⁶⁶⁰.
- (562) Plusieurs documents permettent d'illustrer la formalisation d'un accord en juillet 2003 au sein de l'ONP sur ces objectifs de défense d'intérêts économiques: article de M. [...] dans le bulletin de l'Ordre (voir considérant (526)), lettres signées par M. [...] mentionnées ci-dessus (voir considérants (544) et (546)), et un document interne préparé par le service juridique de l'ONP daté d'octobre 2003 : « *Les conseils centraux des sections A, E et G ainsi que le Conseil national ont récemment pris une position de principe, visant à s'opposer à tout démembrement de parts sociales dans les sociétés constituées pour l'exploitation d'une officine ou d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale. Il s'agit désormais de tirer les conséquences juridiques de cette situation, au regard de l'inscription au tableau (...) La nature des actions susceptibles d'être mises en œuvre par l'Ordre diffère selon chaque situation et s'apprécie donc au cas par cas. Une typologie des hypothèses connues permet de cerner avec une plus grande précision les moyens dont dispose l'Ordre pour s'y opposer* »⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Le « risque » que constitue l'acquisition d'une SEL par une société de biologie espagnole est aussi mentionné dans un article paru dans Les Nouvelles Pharmaceutiques n°325 du 5 octobre 2006 « SEL de biologie: un compromis détourné ».

⁶⁵⁹ Lettre du CCG aux pharmaciens biologistes, 28 juin 2006, voir également courrier semblable d'octobre 2006, intitulé « Plate-forme syndicale, l'alinéa 1^{er} de l'article 5-1 : un suicide collectif ».

⁶⁶⁰ Rapport IGAS 2006 045 op. cit. p. 47. Le cas auquel il est fait référence dans la première phrase est une interprétation de l'article R 6212-83 du CSP.

⁶⁶¹ Note de la Direction des Affaires Juridiques du 14 octobre 2003, signée [...] ONP.

- (563) L'objectif de défense d'intérêts économiques est clairement exprimé dans une séance administrative du CNOP de janvier 2004: « *Les sections A, D, E et G ont des souhaits largement convergents. Elles ne souhaitent pas de holding au dessus, pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens ou directeurs et directeurs adjoints de LABM qui exercent dans la SEL, pas de démembrement des parts ou actions, sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels de cette société* »⁶⁶².

5.5.3.2. Interprétations de la loi par l'ONP contraires à l'interprétation officielle

- (564) Les principales interprétations de la loi que l'ONP invoque à l'appui des décisions ici en cause sont résumées ci-dessous.
- (565) Un compte-rendu de la réunion administrative du CCG de janvier 2006 illustre la contradiction entre, d'une part, l'interprétation de la loi systématiquement utilisée par l'ONP vis-à-vis des acteurs du marché et, d'autre part, l'interprétation officielle des mêmes dispositions par les autorités françaises. Ainsi le compte-rendu précise à propos d'une circulaire ministérielle⁶⁶³ : « *son contenu est bien différent de celui proposé par l'Ordre des pharmaciens en août 2004, et qu'il a été décidé de publier dans les Nouvelles Pharmaceutiques un commentaire sur cette circulaire* »⁶⁶⁴.
- (a) Intervention sur les prix de marché
- (566) D'après l'ONP, les ristournes accordées dans le cadre de contrats de collaboration entre laboratoires et avec des hôpitaux ne doivent pas excéder 10%⁶⁶⁵, au motif qu'une ristourne supérieure pourrait traduire une intention de concurrence déloyale au sens de l'article R4235-75 du CSP, et que ceci « *n'honorerait pas [la] profession et pourrait révéler un comportement anti-confraternel* »⁶⁶⁶.
- (567) Les pièces du dossier permettent d'établir qu'après avoir décidé, notamment en décembre 2003, de définir « *certaines règles concernant les conditions financières devant figurer dans les contrats de collaboration entre les laboratoires* »⁶⁶⁷, une attribution de l'ONP qui n'est nullement inscrite dans la loi, l'ONP a envoyé de nombreux courriers visant à imposer des prix minimum entre fin 2004 et fin 2007, visiblement sans avoir conduit une enquête ou une étude permettant d'établir le présumé caractère « *déloyal* » de telles réductions⁶⁶⁸.
- (568) Des baisses de prix sur ce type de contrats peuvent avoir un impact élevé sur le marché: environ 20% des analyses de biologie médicale est réalisé pour le compte

⁶⁶² 275^e Séance administrative Conseil National de l'ONP, 26 janvier 2004.

⁶⁶³ Circulaire DHOS/05 n° 2005-506 du 14 novembre 2005 relative aux sociétés d'exercice libéral de directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale.

⁶⁶⁴ Extrait du procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 18 janvier 2006.

⁶⁶⁵ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 14 septembre 2005

⁶⁶⁶ Par exemple : [...], [...], [...], [...].

⁶⁶⁷ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 11 décembre 2003.

⁶⁶⁸ Par exemple, en établissant qu'un laboratoire pratiquerait une politique de prix prédateurs, ce qui est difficile à concevoir eu égard au fait que les prix officiels en France sont le double ou le triple de ceux pratiqués à l'étranger.

d'hôpitaux privés⁶⁶⁹, qui sont légalement obligés de confier leurs analyses à un laboratoire privé⁶⁷⁰.

(b) Démembrement de parts sociales de SEL

(569) L'ONP décide en 2003 d'interdire ce type d'opération, après l'avoir d'abord acceptée⁶⁷¹, bien que la loi de 1990 qui crée les SEL le rende possible⁶⁷² et qu'une circulaire ministérielle de 1998 l'envisage de façon explicite⁶⁷³. La motivation donnée à cette décision est que l'ONP ne souhaite «*pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens (...) sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels*»⁶⁷⁴.

(570) L'ONP a ensuite proposé à plusieurs reprises, et au moins en 2004 et en juillet 2005, sans succès, des projets de loi visant à interdire le démembrement pour les SEL, sauf pour les retraités ou les héritiers de pharmaciens biologistes. Cependant, les pièces du dossier illustrent que l'ONP a pendant toute cette période continué les procédures disciplinaires à l'encontre de SEL ayant procédé à des démembrements⁶⁷⁵.

(c) Communication de documents liés aux mouvements d'actions

(571) D'après l'interprétation de l'article L4221-19 du CSP que fait l'ONP, même pour les SEL par actions simplifiées ("SELAS") ou à forme anonyme ("SELAFA"), dont la répartition du capital n'est pas inscrite dans les statuts, les ventes d'actions devraient lui être notifiées dans le mois suivant leur conclusion.

(572) De plus, l'ONP a décidé en janvier 2006 d'élargir le champ d'application de l'article L4221-19 pour inclure «*les conventions relatives au mode de financement de la société et à la détention du capital social*»⁶⁷⁶. Sur la base de cette interprétation de la loi, l'ONP a lancé systématiquement des procédures disciplinaires à l'encontre de SEL du groupe "XY", identifiées comme telles grâce à des informations recueillies dans ce cadre⁶⁷⁷.

⁶⁶⁹ [...].

⁶⁷⁰ L'article R 6212-83 du CSP (ex-Art. 12 du décret n° 92-545) prohibe la détention du capital d'un LABM à tout fournisseur ou personne physique ou morale exerçant une autre profession de santé, notamment les hôpitaux privés, afin d'éviter de possibles conflits d'intérêts. En revanche, la participation de laboratoires d'analyses au capital d'hôpitaux privés n'est pas interdite. L'interprétation par l'ONP de l'article R 6212-83 du CSP dans le cas de LABM dont l'actionnaire est la holding financière "ZZ" a fait l'objet d'un jugement du Tribunal administratif de Paris le 15 juillet 2008. "ZZ" a fait appel de ce jugement, qui qualifiait la holding financière d'établissement de santé au sens de cet article du CSP, devant la Cour Administrative d'Appel de Paris. L'appel est pendant.

⁶⁷¹ Note interne à l'ONP résumant l'historique de ses prises de position de juin 2001 à mai 2003. Voir également [...], démembrement de la SELAFA "DD" au profit de la SELAFA « AV » autorisé par l'ONP le 7 décembre 2001.

⁶⁷² Loi n°90-1258, Art. 1er: Les SEL sont «régies par la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales».

⁶⁷³ Circulaire DGS/SQ 3 n° 98-585 (Direction Générale de la Santé), page 4.

⁶⁷⁴ 275^e Séance administrative Conseil National de l'ONP, 26 janvier 2004.

⁶⁷⁵ Voir considérants (252) à (255).

⁶⁷⁶ En février 2008, l'ONP envoie une circulaire qui demande la communication d'informations sur le capital, une exigence qui ne repose sur aucun texte légal.

⁶⁷⁷ Note interne ONP [...] 2008 « certains indices nous permettent d'identifier des structures appartenant au groupe "XY": modèles de statuts, commissaires aux comptes (...), commissaire à la transformation (...) ». Voir aussi [...] « tous ces points nous conduisent à penser que le laboratoire (...) a été vendu au groupe "XY" » Réunion administrative CCG, [...] 2007.

- (d) Participation minimale des pharmaciens biologistes au capital
- (573) La loi et son interprétation officielle prévoient explicitement que les pharmaciens exerçant dans les SEL détiennent la majorité des droits de vote, et que leur participation au capital peut être minime compte tenu de la possibilité de dissocier droits de vote et parts au capital⁶⁷⁸.
- (574) Les documents rassemblés lors de l'enquête démontrent que l'ONP s'est à plusieurs reprises opposé à l'attribution de différents droits de vote à deux catégories d'actions et a cherché à imposer des changements au capital au bénéfice de pharmaciens biologistes exerçant dans les structures. A ces fins, l'ONP a adressé des courriers à des préfets, et a demandé des transformations en ce sens de la part des SEL destinataires de ses courriers. Cette interprétation de la loi par l'ONP est en contradiction avec l'interprétation officielle des textes par l'Etat français. La motivation économique de l'ONP est son opposition à tout projet « *dans lequel il y a une captation d'une partie du résultat de l'activité professionnelle libérale du biologiste au bénéfice d'un tiers à la profession* »⁶⁷⁹.
- (e) Prise d'effet des modifications de statuts et des contrats pour des SEL
- (575) L'ONP a exigé que des changements opérés dans les SEL et contrats ne soient applicables qu'après son accord, alors que la loi impose uniquement aux SEL une déclaration une fois qu'elles sont constituées, ce qui est clairement établi par la jurisprudence⁶⁸⁰ et les communications officielles de l'Etat français.
- (576) Ces décisions de l'ONP reposent donc sur une interprétation de la loi systématiquement contraire à l'interprétation officielle⁶⁸¹ et même à l'analyse interne du service juridique de l'ONP en 2003⁶⁸². Ces demandes ont eu pour effet de retarder à de nombreuses reprises les mises à jour du Tableau de l'Ordre. Dans un cas, une telle demande et le refus de l'ONP d'avaliser des changements statutaires ont conduit à la fermeture d'un laboratoire⁶⁸³.

5.6. Conclusion

- (577) L'ensemble des décisions et des actions de l'ONP faisant l'objet de la présente décision, par lesquelles l'objectif anticoncurrentiel de l'ONP se manifeste et prend effet, illustrent les deux formes de comportement complémentaires de l'ONP, d'une part les actions pour imposer un prix minimum sur le marché des analyses de biologie médicale, et d'autre part les actions pour empêcher les groupes de laboratoires de se développer sur ce même marché.⁶⁸⁴

⁶⁷⁸ Deux circulaires ministérielles: n° 970019 du 29 janvier 1997, DHOS n° 2005-506 du 14 novembre 2005.

⁶⁷⁹ Note interne de l'ONP « Le réseau "XY" », 20 juillet 2006.

⁶⁸⁰ Arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 1971, Sieur Malice, Rec. Lebon p. 486. L'article anciennement L 525 mentionné dans l'arrêt est l'art. L4222-2 du CSP, et les dispositions pertinentes de l'article anciennement L536 sont reprise à l'art. L4232-16 du CSP.

⁶⁸¹ Article L 6211-2 du CSP en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, repris tel quel dans la circulaire DHOS n° 2005-506 du 14 novembre 2005.

⁶⁸² Note du 14 octobre 2003 rédigée par la Direction des Affaires juridiques, signée par [...] de l'ONP: «L'Ordre ne dispose par conséquent que d'un contrôle a posteriori». [...]

⁶⁸³ SEL "BY", jugement du Tribunal Administratif du 19/8/2005.

⁶⁸⁴ Pour la relation entre les deux formes de comportement et l'objectif anticoncurrentiel complexe de l'ONP voir le chapitre 7.1.4.2 de la présente décision.

(578) Si plusieurs interprétations de la loi peuvent être possibles, l'ONP a utilisé systématiquement dans ses courriers des interprétations des textes favorables à son objectif anticoncurrentiel et qui contredisent l'interprétation officielle de l'Etat français et même celle exprimée par les services de l'ONP en interne.

6. DECISIONS DISCIPLINAIRES PRISES PAR L'ONP

(579) Comme il a été indiqué au chapitre 5.4, les activités d'organes de l'ONP qui consistent à instruire des procédures disciplinaires ne sont pas retenues parmi les comportements incriminés. La Commission constate simplement et à titre subsidiaire que les sanctions disciplinaires de l'ONP qui visent des pharmaciens et des SEL de groupes qui ne se sont pas pliés à ses décisions anticoncurrentielles sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels de ces décisions.

(580) Comme il est indiqué au considérant (508), des plaintes mentionnées dans la présente décision ont été déposées systématiquement par le [...] du CCG, et non par exemple par des préfets qui disposaient des mêmes informations concernant les comportements invoqués dans ces plaintes.

(581) Ainsi, dans un projet du [...] de la Section G, il est indiqué que « *La Section G réfute le montage qui permet la prise de participation par des capitaux extérieurs à la profession d'un réseau de laboratoires...nous ne laisserons pas se développer de telles combinaisons...une série de plaintes disciplinaires ont déjà été déposées à l'encontre des biologistes exerçant dans de telles structures que nous jugeons illégales* »⁶⁸⁵.

(582) Par ailleurs, l'ONP conclut dans un premier temps à l'absence de base légale permettant de s'opposer à certains montages juridiques, et décide ensuite d'avoir recours à ses pouvoirs disciplinaires : les conseils de l'ONP ont pris une « *position de principe, visant à s'opposer à tout démembrement... il s'agit de tirer les conséquences juridiques de cette situation, au regard de l'inscription au tableau* »⁶⁸⁶ et « *Sur le plan strictement légal, il paraît impossible de s'opposer au démembrement de parts ou d'actions au sein d'une SEL (...) le Conseil décide qu'il soit procédé à la préparation d'un avis circonstancié suivant lequel le démembrement...refusé pour des raisons déontologiques* »⁶⁸⁷.

(583) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs soutient aux points 195 à 199 et 199bis que les décisions de ses chambres de discipline échapperaient dans tous les cas au champ d'application de l'article 101 du TFUE parce qu'elles seraient de nature juridictionnelle.

(584) Cet argument est sans portée dans la mesure où les décisions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les griefs. Pour cette raison, la question de la nature des pouvoirs disciplinaires de l'ONP peut être laissée ouverte. En tout état de cause, et à titre subsidiaire, la Commission constate que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger dans deux affaires récentes que la procédure disciplinaire devant l'ONP n'offrait pas les garanties d'impartialité requises d'une juridiction aux termes de l'article 6,

⁶⁸⁵ Projet du [...] de la Section G de l'ONP du 22 juillet 2004 (soulignement ajouté).

⁶⁸⁶ Note de la Direction des affaires juridiques signée par [...] de l'ONP du 14 octobre 2003.

⁶⁸⁷ [...].

paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.⁶⁸⁸

7. APPRECIATION JURIDIQUE

(585) Dans la présente affaire, l'article 101, paragraphe 1, du TFUE est applicable.

7.1. Article 101, paragraphe 1, du TFUE

7.1.1. Entreprises et associations d'entreprises

7.1.1.1. Entreprises

(586) Selon 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 financement⁶⁸⁹. À cet égard, il ressort également d'une jurisprudence constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné⁶⁹⁰.

(587) Or, les pharmaciens qui exercent une activité professionnelle libérale offrent, contre rémunération⁶⁹¹, des services dans un contexte de marché, consistant par exemple à prélever et analyser des échantillons biologiques ou à distribuer au détail des médicaments. Il est vrai que certains pharmaciens sont fonctionnaires des hôpitaux publics, universitaires, scientifiques ou salariés. Cependant, les pharmaciens exerçant une activité sous forme libérale, qui constituent la majorité des membres de l'ONP, assument des risques financiers inhérents à l'exercice de ces activités puisque, en cas de déséquilibre entre les dépenses et les recettes, ils sont appelés à supporter eux-mêmes les déficits.

(588) Dans ces conditions, il ne saurait être nié que les pharmaciens exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens de l'article 101 du TFUE, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la

⁶⁸⁸ Conseil d'Etat, Section du contentieux, 5ème sous-section, séance du 9 avril 2010 (affaire n° 335699). Conseil d'Etat, Section du contentieux, 5ème sous-section, séance du 16 juillet 2010 (affaires n° 330158 et 334307).

⁶⁸⁹ Arrêt du 23 avril 1991 dans l'affaire C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser / Macrotron GmbH (Recueil 1991 p. I-01979, point 21), arrêt du 16 novembre 1995 dans l'affaire C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (Recueil 1995, p. I-04013, point 14) et arrêt du 11 décembre 1997, Job Centre dans l'affaire C-55/96, Job Centre coop. arl. (Recueil 1997, p. I-07119, point 21).

⁶⁹⁰ Arrêt du 16 juin 1987 dans l'affaire 118/85, Commission / République italienne (Recueil 1987, p. 02599, point 7) et arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, Commission / République italienne (Recueil 1998, p. I-03851, point 36).

⁶⁹¹ Arrêt du 19 mai 2009 dans les affaires jointes C-171/07 et C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes et autres (C-171/07) et Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) / Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Recueil 2009, p. 00000, point 37) « En ce qui concerne l'exploitant ayant la qualité de pharmacien, il ne saurait être nié qu'il poursuit, à l'instar d'autres personnes, l'objectif de la recherche de bénéfices ».

circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion⁶⁹².

7.1.1.2. Association d'entreprises

- (589) Il convient ensuite d'examiner dans quelle mesure une organisation professionnelle telle que l'ONP doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de l'article 101 du TFUE. Une association d'entreprises, au sens de l'article 101 du TFUE est un groupement d'entreprises basé sur un acte fondateur visant à poursuivre un but commun⁶⁹³.
- (590) Premièrement, l'ONP a été mis en place par le législateur et regroupe tous les pharmaciens qui exercent une activité professionnelle sur le marché français. A cet égard, il y a lieu de rappeler tout d'abord que le statut particulier d'un organisme tel que l'ONP ne fait pas obstacle à l'application de l'article 101 du TFUE. Selon les termes de cet article, cette disposition s'applique à des accords entre entreprises et à des décisions d'associations d'entreprises, dont les définitions relèvent du droit européen de la concurrence
- (591) Deuxièmement, les membres de l'ONP sont des pharmaciens exerçant une activité sous forme libérale, et des pharmaciens fonctionnaires des hôpitaux publics, universitaires, scientifiques ou salariés. Cependant, il suffit que certains des membres d'une association soient des entreprises pour pouvoir qualifier une association comme association d'entreprises: *« la seule circonstance qu'une association d'entreprises puisse regrouper également des personnes ou des entités qui ne peuvent pas être qualifiées d'entreprises ne suffit pas à enlever un tel caractère à l'association au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE. (...) »*⁶⁹⁴.
- (592) Troisièmement, la Commission considère que l'ONP ne peut pas être distingué de ses sections, en particulier la Section G, ainsi que de leurs organes dirigeants respectifs, en particulier le Conseil national et le Conseil central de la Section G. Par conséquent, les membres de l'ONP constituent une seule et même association.
- (593) En effet, même s'il existe des répartitions de compétences à l'intérieur de l'ONP, qui se manifestent par des décisions émanant de chacun des deux organes précités, ces différences résultent de l'organisation interne de l'ONP. Et même si les sections de l'ONP jouissent d'une certaine autonomie, il est matériellement impossible de distinguer l'ONP de ses organes pour plusieurs raisons.
- (594) D'une part, les missions de service public pour lesquelles l'Etat a délégué à l'ONP des pouvoirs de contrôle sur les acteurs du marché par le biais des pouvoirs disciplinaires, pouvoirs grâce auxquels les effets potentiels ou réels des décisions de

⁶⁹² Voir, en ce sens, à propos des médecins, arrêt du 12 septembre 2000 dans les affaires jointes C-180/98 à C-184/98, Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Recueil 2000, p. I-06451, point 77).

⁶⁹³ Arrêt de la Cour du 27 janvier 1987 dans l'affaire 45/85, Verband der Sachversicherer/Commission (Recueil 1987, p. 00405, point 3).

⁶⁹⁴ Arrêt du 13 décembre 2006 dans les affaires jointes T-217/03 et T-245/03, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres (T-245/03) / Commission (Recueil 2006, p. II-04987, point 55).

l'ONP qui font l'objet de la présente procédure sont renforcés, sont confiées à l'ONP, non au CNOP ni aux différentes sections de l'ONP⁶⁹⁵.

- (595) D'autre part, pour exercer les pharmaciens sont obligés par la loi à être membres de l'ONP, et non des sections⁶⁹⁶. Ensuite, la chambre de discipline du CNOP, peut valider ou invalider en appel les décisions prises par les chambres de discipline des différentes sections de l'ONP. En effet, l'appel devant la chambre de discipline du CNOP est suspensif⁶⁹⁷.

7.1.2. Décisions d'associations d'entreprises

7.1.2.1. Nature des décisions de l'ONP

- (596) En premier lieu, les décisions en cause sont une manifestation de la volonté de la majorité des membres de l'ONP, par le biais de ses instances dirigeantes, de poursuivre un comportement économique anticoncurrentiel qui consiste à s'opposer au développement des groupes de laboratoires. Ceci est illustré par de nombreuses pièces du dossier qui montrent que cet objectif était au centre des promesses électorales des candidats aux instances dirigeantes de l'ONP lors de plusieurs élections, et sur la base desquelles ces représentants ont été élus. D'autres pièces du dossier montrent que les décisions en cause poursuivaient la mise en place de ces objectifs annoncés.
- (597) La Cour de justice a dans sa jurisprudence constante considéré qu'un acte émanant d'une association d'entreprises et qui constitue, indépendamment de son régime juridique, une manifestation fidèle de la volonté d'une telle association de coordonner le comportement de ses membres sur le marché, constitue une décision d'une association d'entreprises, au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE⁶⁹⁸. Le caractère non contraignant de l'acte en cause pour les membres de ladite association ne modifie en rien cette conclusion.
- (598) Deuxièmement, le fait que les membres d'une association d'entreprises ne seraient pas obligés de se conformer aux décisions formulées par l'association en question et ses organes ne saurait faire obstacle à la qualification de celles-ci comme décisions d'association d'entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE⁶⁹⁹.
- (599) Néanmoins, dans ce cas, comme il a été décrit en particulier au chapitre 3.1, l'ONP dispose de la capacité de rendre ses décisions contraignantes pour ses membres, et l'ONP n'a pas hésité à utiliser cette possibilité en portant plainte et en prononçant des sanctions disciplinaires contre des SEL et des pharmaciens appartenant à des

⁶⁹⁵ Article L 4231-1 du CSP : « L'ordre national des pharmaciens a pour objet ... (...) ».

⁶⁹⁶ Article L 4221-1 du CSP : « nul ne peut exercer la profession de pharmacien (...) s'il ne réunit les conditions suivantes : (...) 3° Etre inscrit à l'ordre des pharmaciens ».

⁶⁹⁷ Articles L 4234-7 et L4234-8 du CSP.

⁶⁹⁸ Arrêt du 27 janvier 1987 dans l'affaire 45/85, Verband der Sachversicherer e.V. / Commission (Recueil 1987, p. 00405, point 32) et arrêt du 29 octobre 1980 dans les affaires jointes 209 à 215 et 218/78, Heintz van Landewyck SARL et autres / Commission (Recueil 1980, p. 03125, point 86). Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a. (Recueil 2002, p. I-01577, point 64).

⁶⁹⁹ Arrêt du 27 janvier 1987 dans l'affaire 45/85, Verband der Sachversicherer e.V. / Commission (Recueil 1987, p. 00405, point 32) et arrêt du 29 octobre 1980 dans les affaires jointes 209 à 215 et 218/78, Heintz van Landewyck SARL et autres / Commission (Recueil 1980, p. 03125, point 86).

groupes. Ceci est de nature à renforcer les effets anticoncurrentiels potentiels ou réels de ces décisions.

- (600) Enfin, l'ONP est certes investi de missions de service public et de prérogatives de puissance publique⁷⁰⁰. Selon une jurisprudence constante, les activités qui, par leur nature, les règles auxquelles elles sont soumises et leur objet, sont étrangères à la sphère des échanges économiques⁷⁰¹ ou se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique⁷⁰² échappent à l'application des règles de concurrence du TFUE.
- (601) Cependant, comme il a été décrit au chapitre 2.2.3.2, les activités de l'ONP ne sont pas limitées au champ défini par ces prérogatives de puissance publique. De plus, aucune disposition légale n'oblige l'ONP à agir en toute circonstance dans l'intérêt général. La loi prévoit même explicitement que l'instance dirigeante de l'ONP, le CNOP, peut poursuivre des objectifs qui concernent exclusivement la collectivité de ses membres: « *le conseil national gère les biens de l'ordre et peut créer ou subventionner des œuvres intéressant la profession pharmaceutique*⁷⁰³ » et « *peut s'occuper sur le plan national de toutes les questions d'entraide et de solidarité professionnelle et notamment des sinistres et des retraites*⁷⁰⁴ ».
- (602) De plus, les dispositions du TFUE en matière de concurrence sont applicables aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique⁷⁰⁵. Il s'ensuit que les différentes activités d'une entité sont à examiner individuellement et on ne saurait déduire de l'assimilation de certaines d'entre elles à des prérogatives de puissance publique que les autres activités ne puissent avoir un caractère économique⁷⁰⁶.

En tout état de cause, les décisions qui font l'objet de la présente décision ne sont pas une manifestation de l'autorité publique comme il a été démontré au chapitre 5, même si elles en ont l'apparence et qu'elles prennent effet dans ce contexte. Il s'agit de principes et décisions de l'ONP "**imputables à lui seul**" (voir point 69 de l'arrêt *Wouters*, précité).

Par conséquent, ces décisions sont soumises aux dispositions de l'article 101 du TFUE.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (603) En ce qui concerne le grief relatif à la fixation d'un prix minimum, l'ONP soutient dans ses observations sur la communication des griefs⁷⁰⁷, que son comportement

⁷⁰⁰ Voir chapitre 4.2.2., missions définies à l'article L 4231-1 du CSP. Les pouvoirs délégués à l'ONP sont l'inscription au tableau et les pouvoirs disciplinaires.

⁷⁰¹ Arrêt du 17 février 1993 dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91, *Christian Poucet / Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale de W* (Recueil 1993, p. I-00637, points 18 et 19), concernant la gestion du service public de la sécurité sociale.

⁷⁰² Arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol* (Recueil 1994, p. I-00043, point 30) et arrêt du 18 mars 1997 dans l'affaire C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl / Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* (Recueil 1997, p. I-01547, points 22 et 23).

⁷⁰³ Article L 4233-4 du CSP.

⁷⁰⁴ Article L 4231-2 du CSP.

⁷⁰⁵ Arrêt du 11 juillet 1985 dans l'affaire 107/84, *Commission / République fédérale d'Allemagne* (Recueil 1985, p. 02655, points 14 et 15) et arrêt du 12 décembre 2000 dans l'affaire T-128/98, *Aéroports de Paris / Commission* (Recueil 2000, p. II-03929, point 108).

⁷⁰⁶ Arrêt *Aéroports de Paris/Commission*, précité, point 109.

⁷⁰⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 213

serait imputable à l'Etat français. L'ONP étant tenu de poursuivre ses missions légales, l'ONP aurait été obligé par la législation française de prendre les décisions qu'il a prises. Selon l'ONP, on ne saurait donc lui reprocher d'avoir agi de manière autonome, les décisions critiquées s'imposant en réalité à l'ONP du fait du système légal français.

- (604) Cependant, comme il est démontré aux considérants (190) à (218), l'ONP n'était en aucune façon tenu par la législation française de prendre les décisions d'imposer des prix minimums, et s'est comporté de façon totalement autonome par rapport à l'Etat français. D'ailleurs, comme il est rappelé au considérant (146), les deux courriers qui ont été portés à la connaissance de la DGCCRF ont valu à un représentant de l'ONP un rappel à la loi.
- (605) En ce qui concerne les décisions de faire pression sur les SEL et les pharmaciens appartenant à des groupes et de porter plainte contre ceux qui ne se plient pas aux exigences de l'ONP, l'ONP avance que quand il engage une procédure disciplinaire il serait une juridiction administrative spécialisée et indépendante⁷⁰⁸. A ce titre, selon l'ONP, la Commission européenne n'aurait ni le droit ni la compétence d'apprécier la proportionnalité d'une sanction disciplinaire prononcée par l'ONP.
- (606) Or d'une part la Commission n'a pas retenu parmi les griefs les décisions disciplinaires, comme il a été décrit au chapitre 5. En revanche, l'analyse du point de vue du droit européen des décisions ici en cause, y compris le dépôt systématique de plaintes contre des pharmaciens ou des SEL liés à des groupes de laboratoires, porte à la conclusion inverse : les décisions en question tombent bien dans le champ d'application des règles européennes de concurrence (voir chapitre 7.1.3). En tout état de cause, et à titre subsidiaire, la Commission nourrit certains doutes quant à la nature juridictionnelle de la procédure disciplinaire en question (chapitre 6)⁷⁰⁹.

7.1.2.2. *Autonomie décisionnelle de l'ONP*

- (607) En l'espèce, les décisions en cause constituent une manifestation fidèle de la volonté de l'ONP. En effet, les instances dirigeantes de cette association prennent leurs décisions de façon autonome par rapport à l'Etat français. D'autre part, rien dans la réglementation nationale applicable n'empêche l'ONP d'agir dans l'intérêt exclusif de la profession⁷¹⁰ et aucun texte légal ne contraint l'ONP à agir en toute circonstance en tenant compte de l'intérêt général.
- (608) Certains des membres du CNOP, qui est l'instance dirigeante et le représentant légal de l'ONP, sont certes nommés par l'Etat. Cependant, une très large majorité des membres du CNOP (26 sur 33) est élue par les conseils des sections et parmi eux une majorité représente des entreprises⁷¹¹ tandis que les représentants du monde académique ou des hôpitaux publics sont largement minoritaires⁷¹². Quant aux représentants des pouvoirs publics, ils n'ont qu'une voix consultative⁷¹³ et, en

⁷⁰⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 157.

⁷⁰⁹ Dans deux affaires récentes, le Conseil d'Etat français a annulé des sanctions confirmées par le CNOP et conclu que la chambre de discipline du CCG ne répondait pas aux critères du principe d'impartialité (voir considérants (385) et (395)).

⁷¹⁰ Voir considérant (47).

⁷¹¹ Les 12 ou 13 pharmaciens titulaires ou titulaires adjoints d'officines, les 6 pharmaciens de l'industrie et de la distribution, et les pharmaciens biologistes non-hospitaliers.

⁷¹² Art. L.-4231-4, paragraphe 1 du CSP.

⁷¹³ Art. L.-4231-4, paragraphe 2 du CSP.

pratique, leurs noms sont même proposés par l'ONP à l'Etat⁷¹⁴. Par conséquent, au sein du CNOP la représentation des entreprises du secteur est clairement prédominante. Il découle de ce qui précède que la majorité des membres de l'instance dirigeante de l'ONP, le CNOP, ne saurait être qualifiés d'experts indépendants⁷¹⁵.

- (609) D'autre part, l'ONP n'est astreint par aucun texte de loi à agir en toute circonstance dans le respect d'un certain nombre de critères d'intérêt public spécifiques, indépendamment de et même en rapport avec les missions de service public qui lui sont confiées par l'Etat. En effet, l'article L4231-1 du CSP, qui définit les missions de l'ordre, indique seulement qu'il a pour objet de: «*assurer le respect des devoirs professionnels*», «*assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession*», «*veiller à la compétence des pharmaciens*» et «*contribuer à promouvoir la santé publique et la qualité des soins, notamment la sécurité des actes professionnels*». Ces formulations ne posent, en elles-mêmes, aucun critère d'intérêt public spécifique à suivre dans le cadre de l'accomplissement de ces missions⁷¹⁶.

Arguments avancés par l'ONP et commentaires de la Commission

- (610) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁷¹⁷ soutient que «*la Commission semble vouloir limiter la portée de l'arrêt Arduino aux hypothèses dans lesquelles un ordre serait contraint par la loi de tenir compte de critères d'intérêt général en toutes circonstances et avoir des activités limitées à des missions de service public. Un ordre ne pourrait ainsi échapper à l'application de l'article 81 CE que si toutes ses activités, sans exception, consistent en l'exercice de prérogatives de puissance publique suivant des critères fixés par la loi. L'arrêt Arduino n'a pas une portée limitée aux cas dans lesquels l'ordre considéré n'agit que dans le cadre d'activités ayant pour objectif l'intérêt général. Il suffit que l'activité considérée soit poursuivie en fonction de l'intérêt général et suivant des critères fixés par la loi, pour que la doctrine de l'arrêt Arduino puisse s'appliquer à cette activité*».
- (611) Cette conclusion de l'ONP repose sur une lecture manifestement erronée des griefs formulés par la Commission dans la communication des griefs et de l'arrêt Arduino. D'une part, dans la communication des griefs il est seulement affirmé que l'ONP est une association d'entreprises parce que les différentes activités d'une entité sont à examiner individuellement, et qu'on ne saurait déduire de l'assimilation de certaines d'entre elles à des prérogatives de puissance publique que les autres activités ne puissent avoir un caractère économique, par exemple, celles liées à la subvention des «*œuvres intéressant la profession pharmaceutique*» (voir considérant (47)), ce qui recouvre un large champ d'activités économiques potentielles.

⁷¹⁴ Voir note de bas de page no 72.

⁷¹⁵ Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-35-99, Procédure pénale contre Manuele Arduino, en présence de Diego Dessi, Giovanni Bertolotto et Compagnia Assicuratrice RAS SpA (Recueil 2002, p. I-01529, point 37), arrêt du 9 juin 1994 dans l'affaire C-153/93, Bundesrepublik Deutschland / Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH (Recueil 1994, p. I-02517, points 16 à 18 et 23), et arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, Commission / République italienne (Recueil 1998, p. I-03851, point 44).

⁷¹⁶ Arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, Commission / République italienne (Recueil 1998, p. I-03851, point 43) et arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a. (Recueil 2002, p. I-01577, point 62).

⁷¹⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point I70.

(612) D'autre part, l'arrêt Arduino traite de l'imputabilité des actions d'un ordre à l'Etat. Selon la Cour de justice (point 37 de l'arrêt), une mesure a un caractère de réglementation étatique *"lorsque les membres de l'organisation professionnelle peuvent être qualifiés d'experts indépendants des opérateurs économiques concernés et qu'ils sont tenus, de par la loi, de fixer les tarifs en prenant en considération non pas seulement les intérêts des entreprises ou des associations d'entreprises du secteur qui les a désignés, mais aussi l'intérêt général et les intérêts des entreprises des autres secteurs ou des usagers des services en question"*.

(613) Or tel n'est pas le cas ici. D'une part, comme il est démontré au chapitre 5.5, l'ONP poursuit indéniablement, au travers des décisions en cause, l'objectif de défendre les intérêts économiques de la majorité de ses membres⁷¹⁸. D'autre part, il est également démontré aux chapitres 5.1 et 5.2 que non seulement l'ONP n'était pas tenu par la loi de prendre les décisions en cause, mais qu'en outre l'ONP a utilisé systématiquement une interprétation de la loi qui contredit l'interprétation officielle de l'Etat français, et même celle de ses propres services. L'ONP ne saurait dès lors affirmer que ses activités ici en cause ont été poursuivies suivant des critères fixés par la loi.

7.1.2.3. *Les décisions en cause ne sont pas une manifestation de l'exercice de prérogatives de puissance publique*

(614) Dans la présente affaire, les décisions en cause prennent l'apparence de décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique déléguées par l'Etat à l'ONP dans le cadre de ses missions. Elles prennent également effet dans le cadre de l'exercice de ces prérogatives.

(615) Or la Cour de justice a dans sa jurisprudence constante⁷¹⁹ apprécié l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne aux comportements d'entités exerçant à la fois des activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique et des activités d'entreprises⁷²⁰, au sens des règles de concurrence, en opérant une distinction entre les deux «natures d'activités» : d'une part les activités dites « économiques », et d'autre part celles relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

(616) La présente affaire se distingue de cette jurisprudence en ce que les décisions ici en cause prennent l'apparence, et *seulement l'apparence* de décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique déléguées par l'Etat à l'ONP.

(617) L'ONP est certes investi d'une mission de service public assortie de prérogatives de puissance publique, mais selon des critères et dans les limites définis par la loi.

(618) Cependant, comme il a été démontré en détail au chapitre 5.6., les décisions ici en cause s'appuient sur des interprétations de la loi propres à l'ONP. Ces interprétations sont les plus favorables à l'objectif anticoncurrentiel poursuivi par l'ONP et sont en contradiction avec les textes et leur interprétation officielle⁷²¹ et même avec l'analyse

⁷¹⁸ Voir notamment chapitres 2.2.3.2, 5.1.3, 5.2.2.1.2, 5.2.2.3.2, 5.2.2.4.2, 5.5.

⁷¹⁹ Arrêt du 26 mars 2009 dans l'affaire C-113/07 P., SELEX Sistemi Integrati SpA / Commission et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) (Recueil 2009, p. 00000, point 69-70 et la jurisprudence citée) et arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol (Recueil 1994, p. I-00043, point 19-30).

⁷²⁰ Exercées dans un contexte de marché, au sens défini dans l'arrêt du 23 avril 1991 dans l'affaire C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser / Macrotron GmbH (Recueil 1991 p. I-01979, point 22).

⁷²¹ Par exemple, des circulaires ministérielles de 1997, 1998 et 2005 (note de bas de page 110).

interne des services de l'ONP. D'ailleurs, l'ONP, conscient de ce problème, a tenté à plusieurs reprises, mais sans succès, de traduire dans la loi ses propres interprétations. Ce faisant, les décisions ici en cause peuvent constituer des infractions à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE⁷²².

- (619) Les documents examinés lors de l'enquête permettent d'autre part de démontrer clairement que l'ONP vise en fait par ses décisions à 1) maintenir un niveau de prix élevé par des interventions directes sur les prix de marché; 2) empêcher les groupes de laboratoires de se développer et de prendre des parts de marché [en volume] aux acteurs actuels du marché, en particulier aux nombreux petits laboratoires d'analyses qui pourraient souffrir de la concurrence de groupes mieux structurés, et dont les propriétaires (pharmaciens) élisent les instances dirigeantes de l'ONP⁷²³. Aucune mission de service public d'une telle nature n'est déléguée par l'État à l'ONP⁷²⁴. Au surplus, l'argument tiré de la nécessité de défendre l'indépendance professionnelle est inopérant pour l'essentiel des décisions en cause, dans la mesure où l'essentiel des opérations que l'ONP vise à empêcher par ses décisions sont conclues exclusivement entre professionnels.⁷²⁵
- (620) En outre, le fait que la loi nationale confère à un organisme certaines missions de service public n'exclut pas de le considérer comme association d'entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, lorsque la mesure prise par lui déborde le cadre des tâches confiées et des compétences conférées par la loi⁷²⁶, voire même les contredit. Lorsque la mesure d'une entité ayant le pouvoir d'engager ses membres, qui ne peuvent exécuter d'opération commerciale en ignorant les règles qu'elle fixe, dépasse le but visé par la loi, une telle décision n'a pas été imposée par les pouvoirs publics et ne repose pas non plus sur une autre intervention des pouvoirs publics⁷²⁷.
- (621) Il est patent à cet égard que l'ONP s'est engagé dans une politique délibérée de contrôle des prix en limitant le montant des rabais dans des cas où la loi les autorisait expressément. En fixant unilatéralement une limite générale et arbitraire de 10% à ces rabais, tout en soutenant que ces rabais sont en fait la rémunération de services effectivement rendus par le client du laboratoire, l'ONP donne une justification incohérente à sa décision (voir les développements aux considérants (199) et suivants). A tout le moins, la décision prise par l'ONP exclut toute prise en compte de l'intérêt général ou d'un quelconque intérêt supérieur de la profession. De plus, et surtout, cette limitation est directement contraire aux règles en vigueur en matière de tarification et d'octroi de rabais auxquelles l'ONP n'avait pas le pouvoir de déroger. En adoptant une position générale, indistincte et **quasi réglementaire** de limitation des rabais, l'ONP ne s'est en tout cas nullement limité à la détection de manquements à l'éthique constitutifs d'une faute disciplinaire relevant de son pouvoir disciplinaire.

⁷²² Arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, *Windsurfing International Inc / Commission* (Recueil 1986, p. 00611) points 26 et 27.

⁷²³ Les pharmaciens associés aux groupes votent aussi, mais compte tenu de la très forte fragmentation du marché français ils sont en minorité : moins de 10 groupes comptant quelques centaines de pharmaciens, à comparer à un total de 3900 laboratoires et 10500 pharmaciens au total (voir chapitre 2.2.2.2.2).

⁷²⁴ Les missions de l'ONP sont définies à l'article L 4331-1 du CSP, voir chapitre 4.2.1.1.

⁷²⁵ Voir notamment considérants (248), (303), (375).

⁷²⁶ Décision de la Commission du 26 juillet 1976, BNIA, 76/684/CEE, point II/1 ; Arrêt du 30 janvier 1985, BNIC/Clair, 123/83, Rec. p. 391, point 22.

⁷²⁷ Décision de la Commission du 26 juillet 1976, BNIA, 76/684/CEE, point II/1 ; Décision de la Commission du 15 décembre 1982, UGAL/BNIC, 82/896/CEE, point 53.

- (622) Malgré un cadre législatif et réglementaire extrêmement complet, détaillé et précis, l'ONP s'est engagé dans une politique délibérée de refus de **tout type** de démembrements d'actions de SEL à un moment où la réglementation française ne s'y opposait pas. La loi n° 90-258 du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libéral prévoit que, dans certains cas, des dispositions plus restrictives peuvent être adoptées par décret compte tenu des nécessités propres à chaque profession et pour tenir compte de l'indépendance de ses membres ou de ses règles déontologiques propres. Compte tenu du cadre strictement défini par cette loi, le pouvoir réglementaire n'a pas jugé bon d'interdire le démembrement d'actions. Il est là aussi patent que l'ONP a, sans en avoir le pouvoir, substitué sa propre appréciation à celle du législateur et du pouvoir réglementaire.
- (623) De la même manière, l'ONP a substitué son appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la communication de documents liés aux mouvements d'actions (voir considérants 565 et 566), la participation minimale des pharmaciens biologistes au capital (voir considérants 567 et 568), et la prise d'effet des modifications des statuts et des contrats pour les SEL (voir considérants 569 et 570).

7.1.2.4. *Décisions des organes de l'ONP*

- (624) Enfin, le fait que les décisions de l'ONP puissent prendre la forme de décisions des différents organes de l'ONP, en particulier du Conseil national et du Conseil central de la Section G, ne fait pas obstacle à leur qualification de décisions d'une seule et même association d'entreprises, l'ONP. Ces organes représentent l'association d'entreprises, et sont eux-mêmes responsables au nom des entreprises qu'ils représentent⁷²⁸.
- (625) Les décisions ici en cause sont prises par les organes dirigeants de l'ONP et de sa Section G. Cependant, il est constant que des décisions d'association d'entreprises peuvent être prises aussi bien par l'assemblée générale de l'association d'entreprises que par ses organes exécutifs ou administratifs comme le comité directeur ou un conseil national⁷²⁹.

7.1.3. **Nature des décisions en cause**

- (626) Comme il est indiqué au chapitre 5.4, le comportement ici en cause est constitué de l'ensemble des décisions de l'ONP qui visent à exiger des acteurs du marché qu'ils adoptent certains comportements de marché, ce qui inclut notamment le dépôt de plaintes visant des pharmaciens ou des SEL par des dirigeants de l'ONP. Les décisions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les griefs, cependant la Commission constate qu'elles sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des décisions incriminées.
- (627) L'ONP soutient dans ses observations sur la communication des griefs qu'il aurait été contraint par la loi de prendre les décisions en cause. Comme il a été démontré en particulier aux chapitres 5.1, 5.2 et 5.4, rien dans la loi n'obligeait l'ONP à prendre les décisions en cause. Bien au contraire l'interprétation officielle de la loi aurait dû conduire l'ONP à ne pas prendre les décisions ici en cause et il est démontré que

⁷²⁸ Décision de la Commission du 30 janvier 1995, COAPI, 95/188/CEE, point 35 ; décision UGAL/BNIC, précitée, point 53 ; et décision BNIA, précitée, point II/1.

⁷²⁹ Décision de la Commission du 30 juin 1993, CNSD, 93/438/CEE, points 7-11, 41 ; décision COAPI, précitée, point 35.

l'interprétation avancée par l'ONP pour justifier ses décisions est presque systématiquement en contradiction avec les textes légaux et leur interprétation officielle, et même avec l'analyse interne des services juridiques de l'ONP⁷³⁰.

- (628) En ce qui concerne les décisions de porter plainte contre les SEL et les pharmaciens qui ne se plient pas aux exigences de l'ONP, les décisions de lancer des procédures disciplinaires et celles de prononcer des sanctions disciplinaires, l'ONP avance que, quand il engage une procédure disciplinaire à l'encontre de l'un de ses membres, il serait une juridiction administrative spécialisée et indépendante⁷³¹. A ce titre, selon l'ONP, la Commission n'aurait ni le droit ni la compétence d'apprécier la proportionnalité d'une sanction disciplinaire prononcée par l'ONP.
- (629) Cependant, les sanctions disciplinaires en cause ne sont pas de nature à modifier le caractère anticoncurrentiel des décisions de l'ONP - qui sont distinctes des sanctions - mais ces sanctions en renforcent les effets. Comme il a été indiqué au chapitre 5.4, les sanctions disciplinaires ne sont pas retenues parmi les comportements incriminés. La Commission constate simplement que celles-ci sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des décisions anticoncurrentielles en cause. En outre, et à titre subsidiaire, comme il est démontré au chapitre 6, la Commission nourrit certains doutes quant à la nature juridictionnelle de la procédure disciplinaire en question⁷³².
- (630) En ce qui concerne les décisions ici en cause, le simple fait que, dans ses courriers, l'ONP exige des acteurs du marché, dans un but anticoncurrentiel, qu'ils adoptent certains comportements de marché constitue en soi un comportement susceptible d'être qualifié d'anticoncurrentiel au sens de l'article 101 du TFUE.
- (631) Le fait que l'ONP dispose de pouvoirs de contrôle dont il fait usage sur les acteurs du marché est de nature à renforcer les effets de telles exigences, mais ne modifie en rien leur nature anticoncurrentielle.
- (632) Il en est de même pour le recours à des menaces de sanctions disciplinaires et, le cas échéant, le dépôt de plaintes disciplinaires, qui font partie des comportements incriminés comme indiqué au chapitre 5.4. En ce qui concerne les sanctions disciplinaires, celles-ci ne sont pas retenues parmi les griefs mais sont de nature à renforcer les effets potentiels ou réels des décisions en cause. Cependant, l'activité disciplinaire de l'ONP n'est pas de nature à modifier les éléments constitutifs de l'infraction et la nature des décisions en cause.
- (633) D'autre part, la circonstance que les exigences formulées par l'ONP dans ses courriers puissent à un stade ultérieur éventuellement être confirmées ou infirmées par des juridictions nationales ne modifie en rien leur caractère anticoncurrentiel⁷³³.
- (634) En ce sens, l'argument de l'ONP selon lequel ses chambres de discipline seraient des juridictions est sans portée. D'une part, les sanctions disciplinaires ne sont pas

⁷³⁰ Concernant le démembrement: considérants (270), (271), (277), (282), (283) ; pour la communication des mouvements d'actions: considérants (371), (372); relative à la participation minimale au capital: considérants (437), (442), (443), (448); concernant la prise d'effet des transformations: considérants (468), (470), (481).

⁷³¹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 157.

⁷³² Dans le cas d'affaires concernant les SEL Isle et AT (considérants (378) à (398)) le Conseil d'Etat a exprimé des doutes sur l'impartialité de la chambre de discipline du CCG (CE, Section du contentieux, 5è sous-section, (affaires n° 335699, n° 330158 et n°334307).

⁷³³ Arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, Windsurfing International Inc / Commission (Recueil 1986, p. 00611) points 26 et 27.

retenues parmi les griefs. D'autre part, ces sanctions renforcent les effets potentiels ou réels des décisions en cause, mais ne modifient en rien leur nature anticoncurrentielle au sens de l'article 101 du TFUE.

7.1.4. La notion d'infraction unique et continue

7.1.4.1. Principes

- (635) Un comportement qui se manifeste par de nombreuses décisions ayant un objet commun anticoncurrentiel peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il existe. Le Tribunal a souligné, notamment dans l'affaire *Ciment*, que la notion d'«accord unique» ou d'«infraction unique» suppose un ensemble de comportements adoptés par différentes parties poursuivant un même but économique anticoncurrentiel.⁷³⁴ Dans le cadre de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, cette constatation est également applicable à un comportement adopté par une association d'entreprises⁷³⁵.
- (636) Une violation de l'article 101 du TFUE peut résulter non seulement d'un acte isolé, mais également d'une série d'actes ou bien encore d'un comportement continu, lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un «plan d'ensemble», en raison de leur objet identique d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur.⁷³⁶
- (637) La validité de l'appréciation n'est en rien affectée par la possibilité qu'un ou plusieurs éléments d'une série d'actes ou d'un comportement continu puissent, individuellement et intrinsèquement, constituer une infraction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Le comportement peut très bien être modifié de temps à autre, et ses mécanismes peuvent être adaptés ou renforcés pour tenir compte de l'évolution de la situation.
- (638) De plus, comme l'a souligné le Tribunal dans l'arrêt *BASF et UCB*⁷³⁷, « le régime de concurrence instauré par les articles 81 et 82 CE s'intéresse aux résultats économiques des accords, ou de toute forme comparable de concertation ou de coordination, plutôt qu'à leur forme juridique ». ⁷³⁸
- (639) Par conséquent, il serait artificiel de séparer une conduite continue, caractérisée par un seul objectif, en la traitant comme si elle consistait en plusieurs infractions séparées, lorsque ce qui est impliqué est une seule infraction qui se manifeste progressivement par le comportement anticoncurrentiel. Ce comportement peut prendre des formes différentes selon, notamment, les caractéristiques du marché

⁷³⁴ Arrêt du 15 mars 2000 dans les affaires jointes T-25/95 et autres, *Cimenteries CBR e.a. / Commission* (Recueil 2000, p. II-00491, point 3699).

⁷³⁵ Arrêt du 4 juin 2009 dans l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV / Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Recueil 2009, p. I-4529, point 23) et arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-49/92 P., *Commission / Anic Participazioni SpA* (Recueil 1999, p. I-4125, point 131).

⁷³⁶ Arrêt du 7 janvier 2004 dans les affaires jointes C 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a. / Commission* (Recueil 2004, p. I-00123, point 258). Voir aussi l'arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-49/92 P, *Commission / Anic Participazioni SpA* (Recueil 1999, p. I-4125, points 78 à 81, 83 à 85 et 203).

⁷³⁷ Arrêt du 12 décembre 2007 dans les affaires jointes T-101/05 et T-111/05, *BASF AG (T-101/05) et UCB SA (T-111/05) / Commission* (Recueil 2007, p. II-04949, point 187).

⁷³⁸ Arrêt du 12 décembre 2007 dans les affaires jointes T-101/05 et T-111/05, *BASF AG (T-101/05) et UCB SA (T-111/05) / Commission* (Recueil 2007, p. II-04949, point 187).

pertinent, la position des entreprises ou des associations d'entreprises sur le marché, les moyens dont les entreprises ou les associations d'entreprises disposent ou le mode d'agissement des concurrents sur le marché.

7.1.4.2. Application au cas d'espèce

- (640) La Commission considère que le comportement ici en cause constitue une infraction unique et continue à l'article 101 du TFUE, qui a débuté au moins dès octobre 2003 et n'a vraisemblablement pas pris fin même après la notification de la communication des griefs.
- (641) En effet, en l'espèce, l'ensemble des décisions en cause émanent de la même association, concernent le même marché et visent un même et unique objectif, qui est la défense des intérêts économiques de la majorité des membres de l'ONP **et tout particulièrement des opérateurs en place sur le marché**, notamment face à la concurrence des groupes intégrés de laboratoires. En outre, comme indiqué au considérant (123), les deux manifestations du comportement ici en cause sont complémentaires et au moins deux SEL appartenant à des groupes ont été l'objet de ces deux types de manifestations du comportement de l'ONP⁷³⁹.
- (642) Compte tenu de la réglementation très stricte en vigueur (prix réglementés en partie, conditions restrictives d'entrée dans le capital des SEL), l'ONP a entrepris d'entraver le développement des groupes de laboratoires sur le marché des LABM en tentant de mettre fin à la liberté d'action des opérateurs sur le marché dans deux domaines où cette liberté subsistait:
- a) la liberté des prix et la possibilité de consentir des ristournes pour les analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail, entre laboratoires et avec des établissements hospitaliers ou organismes de sécurité sociale;
 - b) la possibilité, dans certaines limites, de démembrer les actions de SEL et donc de faciliter la prise de participation par des groupes de laboratoires.
- (643) La mise en place d'une politique délibérée de contrôle des prix (décision du conseil central de la section G, observations sur la communication des griefs point 160) et l'adoption d'une "**position de principe**" (voir considérants (285) et (286) et (292) à (294)) de refus de tout type de démembrement même là où la loi française ne s'y opposait pas sont **les deux vecteurs d'un seul et même objectif**: protéger les biologistes en place et faire obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux entrants constitués en groupe de laboratoires. Ces deux politiques poursuivent si clairement un même objectif qu'il serait artificiel de les scinder⁷⁴⁰.
- (644) L'ONP a ainsi tenté d'entraver le développement des groupes de laboratoires en tentant de supprimer **deux leviers très importants**, à savoir (i) la concurrence par les prix et (ii) les prises de participations dans les SEL. Ces deux aspects, qui ont un impact sur les coûts de fonctionnement et l'organisation interne des laboratoires, sont de nature à renforcer la concurrence exercée par la majorité des membres de l'ONP.

⁷³⁹ Voir considérants (123) et (153).

⁷⁴⁰ Arrêt du 10 mars 1992 dans l'affaire T-15/89, Chemie Linz AG/Commission, Rec. 1992, p.II-1275, points 307 et 308.

- (645) L'unité et la cohérence dans la durée de cette politique délibérément hostile à l'entrée des groupes sur le marché des LABM a été renforcée par le fait que les positions de principe visées ont été prises et mises en application par l'ONP qui a **seul** vocation à représenter l'ensemble de la profession et constituait donc une voix puissante, influente et efficace pour imposer ses vues.
- (646) En ce qui concerne le grief tiré de l'intervention sur les prix de marché, pour les contrats concernant des analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail, rien n'indique que le comportement ici en cause ait pris fin. En revanche, pour les contrats entre laboratoires, avec des établissements hospitaliers ou des organismes d'assurance maladie, ce grief est nécessairement devenu sans objet le 15 janvier 2010 en raison d'une modification réglementaire qui interdit désormais toute ristourne sur les prix des analyses de biologie médicale remboursés (voir considérants (106) à (109)).
- (647) Sur la base des éléments de preuve du dossier, la Commission constate que l'ONP a adopté au moins dès octobre 2003, après les élections des Conseils centraux de l'ONP (y compris le CCG) de juin 2003, un comportement ayant pour objet de protéger les intérêts économiques de la majorité de ses membres contre le risque d'une concurrence accrue sur le marché. Le risque se matérialise tant par le développement de groupes de laboratoires sur le marché que par la menace de baisse des prix de marché. Cet objectif économique poursuivi par l'ONP est resté constant depuis mars 2003, comme démontré au chapitre 5.5⁷⁴¹.
- (648) Plus précisément ce risque consiste, d'une part, pour les très nombreux petits laboratoires actifs sur le marché français, en une concurrence accrue, en partie du fait du développement des groupes de laboratoires, sur les prix des services à destination des établissements hospitaliers privés. Ces services représentent environ 15 à 20% du chiffre d'affaires du marché français des analyses de biologie médicale.
- (649) D'autre part, le risque porte aussi sur les volumes d'affaires car les laboratoires de groupes peuvent, grâce à leur capacité d'investissement, offrir une gamme de services plus large, de meilleure qualité, à des prix plus compétitifs et dans des délais plus courts, au bénéfice des patients et des professionnels de santé⁷⁴². Ces groupes de laboratoires sont pour la plupart présents dans plusieurs autres Etats membres⁷⁴³.
- (650) Comme il a été démontré au chapitre 5.1, l'ONP est intervenu systématiquement sur les prix de marché pour les contrats commerciaux qui lui ont été communiqués par les acteurs du marché, sur la période comprise entre septembre 2004 et septembre 2007. De plus, comme exposé au chapitre 5.2, les preuves en l'espèce démontrent que, au moins depuis octobre 2003, l'ONP a, dans le but d'entraver le développement des groupes de laboratoires, adopté un comportement systématique visant les SEL et les pharmaciens biologistes qui exploitent les laboratoires liés à ces groupes.
- (651) Par conséquent, la Commission considère toutes les actions et mesures objets de la présente décision, dans leur ensemble, comme un comportement caractérisant une infraction unique et continue à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, qui a débuté en octobre 2003 et n'a toujours pas pris fin.

⁷⁴¹ Voir également programmes politiques des conseillers ordinaires pour les élections du CCG.

⁷⁴² Voir à ce propos chapitre 2.2.2.2.

⁷⁴³ Voir chapitre 2.2.2.1.

7.1.5. Restrictions de concurrence

(652) Le comportement de l'ONP et de ses organes dans la présente affaire a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur.

7.1.5.1. Principes

(653) Selon une jurisprudence constante, les notions «d'accord», de «pratique concertée» et de «décisions d'associations d'entreprises» «*appréhendent, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent*»⁷⁴⁴. Dès lors, les critères dégagés par la jurisprudence aux fins d'apprécier si un comportement a pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sont applicables quelles que soient les trois notions précitées⁷⁴⁵.

(654) Pour être frappé par l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, un comportement d'entreprise ou d'association d'entreprises doit avoir pour objet ou alternativement pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence au sein du Marché intérieur. Il est de jurisprudence constante que cette condition présente un caractère non cumulatif⁷⁴⁶. La nécessité d'apporter la preuve des effets concrets d'un comportement anticoncurrentiel est ainsi superflue, dès lors qu'il peut être établi que celui-ci a pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur⁷⁴⁷.

(655) Certains types de comportements sont mentionnés explicitement dans le TFUE comme restrictifs de la concurrence, tels ceux qui consistent à «*fixer de façon directe ou indirecte les prix*», «*répartir les marchés*» et «*appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes*» ou «*limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements*». Ainsi, la fixation d'un prix même indicatif affecte le jeu de la concurrence en ce qu'il permet aux acteurs du marché de prévoir quelle sera la politique de prix de leurs concurrents, en particulier si une possibilité de contrôle et de sanctions existe parallèlement aux dispositions relatives aux prix indicatifs⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Arrêt du 4 juin 2009 dans l'affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV / Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Recueil 2009, p. I-4529, point 23) et arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-49/92 P., Commission / Anic Partecipazioni SpA (Recueil 1999, p. I-4125, point 131).

⁷⁴⁵ Arrêt T-Mobile précité, point 24.

⁷⁴⁶ Arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) / Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) (Recueil 1966, édition française p. 337, page 359); arrêt du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH / Commission (Recueil 1966, édition française p. 429, page 496).

⁷⁴⁷ Arrêt du 7 janvier 2004 dans les affaires jointes C 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) et Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) / Commission (Recueil 2004, p. I-00123, point 261), arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire C-209/07, Competition Authority / Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. (Recueil 2008, p. I-08637, point 16) et arrêt du 18 décembre 2008 dans les affaires jointes C-101/07 P et C-110/07 P, Coop de France bétail et viande (C-101/07 P) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres (C-110/07 P) / Commission (Recueil 2008, p. I-10193, point 87).

⁷⁴⁸ Arrêt du 17 octobre 1972 dans l'affaire 8/72, Vereniging van Cementhandelaren / Commission (Recueil 1972, p. 00977, points 19 à 22). Voir encore récemment l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008 dans l'affaire 53/03, BPB/Commission (Recueil 2009, p. II-1333, point 310).

- (656) Toutefois, la notion de restriction de la concurrence par l'objet ne se limite pas à une liste définie de certains types de comportements. L'objet anticoncurrentiel d'un comportement peut être déduit de son contenu, des buts poursuivis, du contexte juridique et économique et du comportement des parties⁷⁴⁹.
- (657) La jurisprudence récente précise même qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101 du TFUE lorsque, « *en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité, et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché intérieur. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix* »⁷⁵⁰.

7.1.5.2. Application au cas d'espèce

Objectifs poursuivis par les actions de l'ONP

- (658) L'objectif poursuivi par l'ONP et ses organes, ainsi qu'il a été démontré au chapitre 5.5, est de protéger les intérêts économiques des pharmaciens biologistes actifs sur le marché des analyses de biologie médicale, au détriment de la concurrence et des patients. L'ONP vise à éviter une concurrence sur les prix en ce qui concerne le volume d'affaires apporté par les établissements hospitaliers privés, et à éviter le renforcement de la concurrence par les volumes en empêchant les groupes de laboratoires de se développer.
- (659) Cet objectif est annoncé à de nombreuses reprises par l'ONP à ses membres, notamment en septembre 2003: « *Notre idée-force est que le laboratoire est un outil de travail avant d'être un patrimoine. Ce patrimoine n'a pu exister qu'autant qu'il a pu se développer dans un secteur extrêmement protégé et non ouvert à la concurrence. Pour cette raison, le patrimoine appartient en partie à la profession. Le départ de certains biologistes à la retraite ne doit pas être l'occasion de la remise en cause de l'outil de travail* »⁷⁵¹. Les éléments de preuve mentionnés au chapitre 5 montrent que l'ONP a continué de poursuivre cet objectif au moins jusqu'à la notification de la communication des griefs le 21 octobre 2009.
- (660) D'autre part, cet objectif est partagé par tous les organes de l'ONP : « *Les sections A, D, E et G ont des souhaits largement convergents. Elles ne souhaitent pas de holding au dessus, pas de capitaux extérieurs aux pharmaciens ou directeurs et directeurs adjoints de LABM qui exercent dans la SEL, pas de démembrement des parts ou actions, sauf dans les cas particuliers et transitoires des retraités de la SEL ou des héritiers d'anciens professionnels de cette société (...). Il nous faut trouver des instruments juridiques pour limiter les dérives* »⁷⁵².

⁷⁴⁹ Arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) / Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) (Recueil 1966, édition française p. 00337); arrêt du 8 novembre 1983 dans les affaires jointes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82, NV IAZ International Belgium et autres / Commission (Recueil 1983, p. 03369, point 25); arrêt du 1^{er} février 1978 dans l'affaire 19/77, Miller International Schallplatten GmbH / Commission (Recueil 1978, p. 00131, point 7); arrêt du 28 mars 1984 dans les affaires jointes 29/83 et 30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH / Commission Recueil 1984, p. 01679, point 26) et arrêt du 6 avril 2006 dans l'affaire C-551/03 P, General Motors BV / Commission (Recueil 2006, p. I-03173, points 66, 77 et 78).

⁷⁵⁰ Arrêt T-Mobile précité, point 43.

⁷⁵¹ Interview de [...], 18 septembre 2003.

⁷⁵² 275^e Séance administrative Conseil National de l'ONP, 26 janvier 2004.

(661) Enfin, les éléments du dossier démontrent amplement que l'ONP a adopté le comportement ici en cause de façon active et délibérée. De la sorte, les décisions qui manifestent ce comportement ne sauraient être imputées à une quelconque négligence de l'ONP ou de ses organes (voir chapitre 10.2.1).

Prix minimum⁷⁵³

(662) En ce qui concerne les décisions de l'ONP visant à imposer un prix minimum de marché, il a été démontré au chapitre 5.1 que la première d'entre elles, qui remonte à décembre 2003, avait pour objet de définir « *certaines règles concernant les conditions financières devant figurer dans les contrats de collaboration* »⁷⁵⁴.

(663) Les éléments du dossier permettent en outre d'établir que l'ONP a tenté entre septembre 2004 et septembre 2007 d'imposer avec une insistance croissante un prix minimum de marché, au motif que tout écart par rapport à ce minimum « *n'honore pas la profession et pourrait révéler un comportement anti-confraternel* »⁷⁵⁵. Deux de ces lettres sont parvenues à la DGCCRF⁷⁵⁶, qui ne semble pas avoir été mise au courant par l'ONP que cette pratique était largement répandue. Après une enquête préliminaire et compte tenu de la portée limitée des deux lettres en question, la DGCCRF s'est bornée à rappeler au [...] de la Section G de l'ONP, lors d'une réunion le 11 mars 2009, que de telles pratiques sont susceptibles d'être analysées sous l'angle des règles de concurrence et, d'autre part, que la réitération de telles pratiques pouvait être analysée comme circonstance aggravante du point de vue du droit national, de même que l'utilisation du pouvoir disciplinaire de l'ordre dans de tels cas⁷⁵⁷.

(664) L'ONP a, dans le but d'imposer un prix minimum de marché, envoyé des courriers à de très nombreux laboratoires ayant notifié, comme la loi les y oblige, des contrats de collaboration avec d'autres laboratoires ou avec des établissements hospitaliers, contrats qui comportaient des ristournes jugées trop importantes par l'ONP. Dans tous les courriers, l'ONP fait explicitement référence au Code de déontologie et donc, indirectement, à ses pouvoirs de sanction disciplinaire. Dans plusieurs cas, l'ONP a même mis en copie de ses courriers les services décentralisés de l'Etat.

(665) L'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁷⁵⁸ rappelle correctement qu'il n'a pas engagé de procédure disciplinaire relative aux ristournes sur le fondement d'un manquement disciplinaire à l'article R 4235-75 du CSP. Cependant, selon une jurisprudence constante, la mise en place de mesures de rétorsion n'est pas une condition nécessaire pour constater un comportement visant à la fixation des prix de marché. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE mentionne expressément comme restrictifs de la concurrence les décisions d'associations d'entreprises qui consistent à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix* ».

(666) Par conséquent, l'objet anticoncurrentiel de ce type de manifestations de l'infraction ne saurait être remis en question, et ce d'autant plus que cet objet est formalisé le 14

⁷⁵³ Les décisions d'imposer un prix minimum résultent des décisions d'imposer un niveau de ristourne maximum sur des prix fixés par l'Etat.

⁷⁵⁴ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 11 décembre 2003.

⁷⁵⁵ Voir chapitre 5.1.

⁷⁵⁶ Voir considérants (145) et (146) .

⁷⁵⁷ Lettre du 17 mars 2009 de la DGCCRF au [...] de la Section G de l'ONP.

⁷⁵⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 164.

septembre 2005 par une décision de l'ONP qui dispose qu'« *une remise supérieure à 10% n'honore pas notre profession. Il ne saurait y avoir d'usages dans le domaine des remises* »⁷⁵⁹.

Empêcher le développement des groupes de laboratoires

- (667) En ce qui concerne les manifestations du comportement ici en cause visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer sur le marché, les preuves en l'espèce démontrent, comme il est exposé au chapitre 5.2, que les décisions visant des laboratoires liés à des groupes ont pour objectif de ralentir et, si possible, d'arrêter le développement de ces groupes et, par là même, visent à limiter ou à contrôler la production, le développement technique et les investissements.
- (668) Cet objectif est notamment illustré par le compte-rendu de réunion d'un organe de l'ONP du 27 mars 2003 « *Sur le plan strictement légal, il paraît impossible de s'opposer au démembrement de parts ou d'actions au sein d'une SEL (...) le Conseil décide qu'il soit procédé à la préparation d'un avis circonstancié suivant lequel le démembrement qui a profité aux Stés B soit refusé pour des raisons déontologiques* »⁷⁶⁰. Il est également illustré par le projet de tract électoral de 2005 de l'équipe dirigeante de la Section G, qui fait référence aux groupes financiers : « *Nul doute, nous avons atteint notre cible, il faut l'abattre* »⁷⁶¹.
- (669) Les décisions en cause se manifestent dès mars 2003, lorsqu'une ligne d'action se dégage au sein de l'ONP pour développer « *une nouvelle doctrine* »⁷⁶² selon laquelle « *le démembrement qui a profité aux Stés "YZ" soit refusé* »⁷⁶³ et au plus tard dès octobre 2003⁷⁶⁴, puis à partir de 2004 sous forme de courriers envoyés par l'ONP aux laboratoires liés à des groupes. Ces manifestations du comportement de l'ONP n'ont pas, à la connaissance de la Commission, cessé à ce jour.
- (670) Plusieurs éléments permettent de caractériser l'objectif économique de restreindre la concurrence sur le marché poursuivi par l'ONP à travers ce deuxième type de manifestations. Le risque concurrentiel que constitue le développement de groupes de laboratoires pour les nombreux petits laboratoires actifs sur le marché a été rapidement constaté par l'ONP, qui a concentré ses actions sur un élément, à savoir le contrôle du capital. L'ONP a ainsi sanctionné des manquements à de prétendues obligations liées à la propriété du capital et à la communication de documents liés à la vie sociale des SEL, dans le but d'entraver et/ou de ralentir le développement de ces groupes de laboratoires.
- (671) A ces fins, l'ONP a mis en place, comme l'attestent les nombreuses pièces du dossier mentionnées au chapitre 5.2, telles les notes « *La biologie médicale et les financiers* »⁷⁶⁵ ou « *Liste des plaintes "XY" par SEL* »⁷⁶⁶, une traque systématique des laboratoires liés à des groupes. Parallèlement, l'ONP a engagé tout aussi systématiquement des poursuites disciplinaires à l'encontre des laboratoires en question et des pharmaciens y exerçant (voir chapitre 5). Le point commun à tous les

⁷⁵⁹ Procès-verbal de la réunion administrative du CCG du 14 septembre 2005.

⁷⁶⁰ [...].

⁷⁶¹ [...].

⁷⁶² Voir considérant (553).

⁷⁶³ [...].

⁷⁶⁴ Voir considérant (284).

⁷⁶⁵ [...].

⁷⁶⁶ [...].

laboratoires et pharmaciens visés par les documents et décisions mentionnés au chapitre 5.2 est leur appartenance à des groupes de laboratoires (en particulier "XY", "YZ" et "YY") qui, selon l'ONP, représentent un risque concurrentiel pour la majorité de ses membres.

- (672) En effet, la participation de groupes au capital des laboratoires permettent à ceux-ci d'investir dans du matériel très performant, pour réaliser des économies d'échelle, développer la gamme d'analyses proposées, et rendre les résultats plus rapidement, comme indiqué au chapitre 2.2.2.2. L'ONP, et en particulier les instances dirigeantes de la Section G, ne peuvent ignorer les gains de qualité, de rapidité et de productivité que le matériel de laboratoire le plus récent permettent de réaliser, en particulier parce que deux biologistes hospitaliers siègent au Conseil central de la Section G.
- (673) D'autre part, quand bien même les sanctions disciplinaires prononcées par l'ONP à l'encontre de laboratoires d'un des groupes visés par ses décisions⁷⁶⁷, seraient légalement justifiées, ces sanctions sont objectivement disproportionnées, notamment par rapport à celles prononcées pour non-respect d'une norme de qualité (norme obligatoire depuis 1994) par environ un tiers des laboratoires actifs sur le marché⁷⁶⁸, et à celles prononcées en général par l'ONP à l'encontre de SEL ou pharmaciens biologistes pour des raisons graves de santé publique, comme indiqué au chapitre 5.4.
- (674) Enfin, il a été démontré au chapitre 5.2 que les justifications avancées par l'ONP au soutien de ses décisions visant à restreindre le développement des groupes de laboratoires sur le marché, sont en contradiction avec celles qu'il a avancées au soutien de ses positions concernant les laboratoires dits de référence, qui ne sont pas en concurrence directe avec l'immense majorité des laboratoires actifs sur le marché.
- (675) Ainsi, la défense de « *l'indépendance des professionnels en exercice* » peut selon l'ONP s'appuyer sur d'autres critères lorsque les laboratoires dans lesquels ces professionnels exercent ne sont pas en concurrence avec ceux dont l'ONP défend les intérêts économiques. Et, de surcroît, la légalité des montages juridiques contestés par l'ONP a été clairement affirmée par l'Etat français à de nombreuses reprises⁷⁶⁹. En outre, l'ONP ne peut prétendre prendre la défense des professionnels alors même que l'Etat français n'a pas considéré nécessaire d'imposer des restrictions aux transactions réalisées exclusivement entre professionnels (biologistes personnes physiques ou morales (SEL)) pour des raisons d'atteinte à l'indépendance professionnelle.⁷⁷⁰ Dans ce cas, l'ONP, qui n'a pas de pouvoir réglementaire, ne peut pas se substituer au pouvoir législatif pour imposer ces restrictions.
- (676) Dès lors, en entravant les activités économiques des professionnels actifs sur le marché ou en empêchant les capitaux extérieurs d'investir sur le marché, l'ONP vise à limiter ou à contrôler la production, le développement technique et les investissements.

Implication des autorités nationales par l'ONP

⁷⁶⁷ Le groupe "XY".

⁷⁶⁸ Voir chapitre 2.2.2.2., en particulier considérants (33) à (37). Voir aussi Rapport IGAS, précité.

⁷⁶⁹ Voir notamment considérants.(555) et (561).

⁷⁷⁰ Voir considérants (248), (303), (375).

- (677) En ce qui concerne la circonstance que le comportement de l'ONP ait été connu par les autorités nationales, les préfets ont en effet été presque systématiquement mis en copie ou destinataires des courriers de l'ONP ici en cause⁷⁷¹, même ceux concernant les interventions sur les prix. De plus, deux interventions sur les prix⁷⁷² ont été portées à la connaissance de la DGCCRF.
- (678) Cependant, l'ONP n'a semble-t-il informé les autorités publiques que d'une manière partielle de ses agissements⁷⁷³, et a dans un cas même tenté d'induire en erreur les services décentralisés de l'Etat⁷⁷⁴.
- (679) D'autre part, il est de jurisprudence constante que la connaissance préalable par les autorités nationales d'un comportement anticoncurrentiel est sans influence sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE: « *la circonstance que le comportement des entreprises a été connu, autorisé ou même encouragé par des autorités nationales est, en tout état de cause, sans influence sur l'applicabilité de l'article 81 CE* »⁷⁷⁵. L'entreprise ou l'association d'entreprises ne peut avancer une justification objective à une infraction aux règles de concurrence que dans les cas où elle pourrait démontrer qu'elle est obligée par l'autorité nationale à participer à l'infraction en question.

7.1.6. Affectation du commerce entre Etats membres

- (680) Les décisions de l'ONP ayant pour objet d'imposer des prix minimums et celles visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer peuvent être appliquées sur tout le territoire français et à toute entreprise active sur le marché des services d'analyses de biologie médicale, y compris les pharmaciens biologistes. En outre, les décisions citées dans la présente décision concernent des LABM et des pharmaciens exerçant dans plusieurs régions de France.
- (681) Il est de jurisprudence constante qu'une décision visant à restreindre la concurrence et ayant une portée qui couvre tout le territoire d'un Etat membre a, par sa nature même, pour effet de contribuer à cloisonner un marché national, ce qui entrave ainsi le développement des échanges au sein du marché intérieur voulu par le TFUE⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ Voir chapitre 4.

⁷⁷² Voir considérants. (146) et (663).

⁷⁷³ Voir considérant. (663).

⁷⁷⁴ Voir considérant(472).

⁷⁷⁵ Arrêt du 13 décembre 2006 dans les affaires jointes T-217/03 et T-245/03, Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) (T-217/03) et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) et autres (T-245/03) / Commission (Recueil 2006, p. II-04987, point 92); arrêt du 29 juin 1993 dans l'affaire T-7/92, Asia Motor France SA, Jean-Michel Cesbron, Monin Automobiles SA, Europe Auto Service SA et SOMACO SA / Commission (Recueil 1993, p. II-00669, point 71), arrêt de la Cour du 6 avril 1995 dans l'affaire T-148/89, Tréfilunion SA contre Commission (Recueil 1995 page II-01063, point 118).

⁷⁷⁶ Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a. (Recueil 2002, p. I-01577, point 95); arrêt de la Cour du 18 juin 1998, Commission/Italie, Affaire C-35/96 (Rec. 1998 p. I-0385, point 48); arrêt du 11 juillet 1985 dans l'affaire 42/84, Remia BV et autres / Commission (Recueil 1985, p. 02545, point 22); arrêt du 17 octobre 1972 dans l'affaire 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren / Commission (Recueil 1972, p. 00977, points 29) et arrêt du 6 juillet 2000 dans l'affaire T-62/98, Volkswagen AG / Commission (Recueil 2000, p. II-02707, point 231).

- (682) A titre subsidiaire, plusieurs des groupes de laboratoires visés par le comportement de l'ONP exercent une activité commerciale dans plusieurs Etats membres⁷⁷⁷.
- (683) Dans ces circonstances, les effets réels et potentiels des décisions en cause sur le commerce entre Etats membres sont très importants⁷⁷⁸.

7.1.7. L'exception établie par l'arrêt "Wouters" ne s'applique pas

- (684) L'ONP relève que, dans l'arrêt Wouters⁷⁷⁹, la Cour de justice a, pour la première fois, considéré que des raisons d'intérêt général pouvaient justifier certaines restrictions de la concurrence qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 3, (voir observations de l'ONP sur la communication des griefs, points 217, 218, 220, 225, 226). Selon l'ONP, les restrictions liées à son comportement sont justifiées par la protection de la santé publique et cette raison d'intérêt général ferait échapper le comportement de l'ONP au champ d'application de l'article 101 du TFUE⁷⁸⁰. Selon l'ONP, l'exception prévue par la jurisprudence *Wouters* lorsqu'un ordre professionnel agit dans l'intérêt du bon exercice de la profession, s'applique au cas d'espèce⁷⁸¹.
- (685) Selon l'arrêt Wouters, et comme le souligne l'ONP dans ses observations sur la communication des griefs⁷⁸², "*il y a lieu de tenir compte du **contexte global dans lequel la décision est prise, plus particulièrement de ses objectifs et d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence sont inhérents à la poursuite desdits objectifs***" (voir point 97 dudit arrêt).
- (686) Dans l'arrêt Wouters, la Cour de justice a donné une justification non économique d'ordre éthique et déontologique à l'interdiction par l'ordre des avocats néerlandais des associations entre avocats et experts comptables: les deux professions sont soumises à des exigences incompatibles et antagonistes. Alors que l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, d'autres opérateurs et des tiers et prend en considération l'intérêt exclusif de son client, l'expert comptable est tenu à des obligations de transparence et de communication (incompatibilité entre des fonctions de conseil et des fonctions de supervision) (voir les points 101 à 103 dudit arrêt).
- (687) Rien de tel en ce qui concerne les laboratoires de biologie médicale. Pour justifier les restrictions de concurrence qu'il impose, l'ONP s'appuie sur le principe de l'indépendance professionnelle du biologiste "comme moyen d'atteindre l'objectif de protection de la santé publique" (points 214 et suivants des observations de l'ONP sur la communication des griefs) et donne de ce principe une interprétation extensive et contestable en ce que (i) elle est systématiquement défavorable aux apports de capitaux extérieurs à la profession même quand ils n'affectent pas la liberté de décision du biologiste comme il est montré au chapitre 7.1.9 et (ii) elle ajoute des

⁷⁷⁷ Voir chapitre 2.2.2.1 à ce sujet.

⁷⁷⁸ Voir également Communication de la Commission « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité » (JO C 101 du 27.4.2004).

⁷⁷⁹ Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a. (Recueil 2002, p. I-01577).

⁷⁸⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 214.

⁷⁸¹ Id., point 216.

⁷⁸² Id., point 217.

restrictions de concurrence à celles imposées par le législateur national alors même que l'ONP ne dispose pas du pouvoir réglementaire pour ce faire.

- (688) En outre, l'ONP ne saurait tirer argument de la nécessité de défendre l'indépendance professionnelle, dans la mesure où l'essentiel des décisions en cause concernent des opérations conclues exclusivement entre professionnels en exercice et que l'Etat français n'a pas considéré nécessaire de restreindre ces opérations pour des raisons liées à l'indépendance professionnelle.⁷⁸³ De plus, le contrôle des professionnels sur le fonctionnement des sociétés actives sur le marché, et donc leur indépendance professionnelle dans ce contexte, sont déjà solidement garantis par les dispositions légales existantes⁷⁸⁴.
- (689) Il ressort clairement des pièces du dossier que l'objectif poursuivi par l'ONP à travers les décisions incriminées est de défendre exclusivement les intérêts économiques de la majorité des petites et moyennes entreprises actives sur le marché en cause et des opérateurs en place au détriment d'éventuels nouveaux entrants. Comme il est démontré au chapitre 5 et plus particulièrement aux sections 5.1.3 et 5.5, l'objectif des décisions de l'ONP visant à imposer des prix minimums sur le marché français et à empêcher les groupes de laboratoires de se développer n'est pas la défense de l'intérêt général ni de l'indépendance de la profession, mais de protéger les intérêts économiques des pharmaciens biologistes actifs sur le marché des analyses de biologie médicale, au détriment de la concurrence et des patients.
- (690) En ce qui concerne la justification légale que l'ONP donne aux décisions incriminées, il convient de relever que l'ONP a utilisé systématiquement dans ses courriers les interprétations des textes les plus favorables à son objectif anticoncurrentiel, comme exposé au chapitre 5.5. Ces interprétations contredisent l'interprétation officielle de l'Etat français et même celle exprimée par les services de l'ONP en interne⁷⁸⁵. Il convient en outre de préciser que l'ONP n'a pas de pouvoir réglementaire, contrairement à l'ordre néerlandais des avocats en cause dans l'arrêt *Wouters*⁷⁸⁶. L'ONP a confirmé ce point dans ses observations sur la communication des griefs.⁷⁸⁷
- (691) Par conséquent, les restrictions imposées par l'ONP à l'organisation des professionnels sur le marché concerné n'étaient pas nécessaires à la poursuite de l'intérêt général, compte tenu du cadre législatif applicable à la profession en France et de l'absence de restrictions pour des raisons d'atteinte à l'indépendance professionnelle dans le cas des opérations entre biologistes (personnes physiques ou morales). Dès lors, l'exception établie par la Cour de justice dans l'affaire *Wouters* ne s'applique pas à la présente affaire.

⁷⁸³ Voir considérants (248), (303), (375).

⁷⁸⁴ Art. 12 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Voir également articles L6212-1 à L6212-4 du CSP, version en vigueur jusqu'au 15 janvier 2010, et art. 11 du décret n° 92-545 du 17 juin 1992, qui limite à 25% la part du capital qui peut être détenue par un non-professionnel.

⁷⁸⁵ Voir notamment considérants (180) à (221) ; (263) à (276) ; (291) à (295) ; (352) à (358) ; (371) à (372) ; (431) à (441) ; (448), (449) ; (460) à (494) de la présente Décision.

⁷⁸⁶ Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99 *Wouters*, précité, points 9 et 51.

⁷⁸⁷ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 95.

7.1.8. L'articulation entre l'arrêt *Commission/Italie*, dans l'affaire C-531/06, et la présente décision

- (692) Dans ses observations sur la communication des griefs (points 220 et suivants), l'ONP fait grand cas de la jurisprudence récente de la Cour.
- (693) Dans un arrêt du 19 mai 2009, *Commission/Italie*, rendu dans l'affaire C-531/06⁷⁸⁸, la Cour de justice a rappelé qu'il appartient aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint (point 36). Dans le cadre de cette marge d'appréciation, un Etat membre ne contrevient pas aux principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux en maintenant en vigueur une législation qui réserve le droit d'exploiter une pharmacie de détail privée aux seules personnes physiques titulaires d'un diplôme de pharmacien et aux sociétés d'exploitation composées exclusivement d'associés qui sont pharmaciens. Il en est de même de l'impossibilité, pour les entreprises de distribution de produits pharmaceutiques, de prendre des participations dans les sociétés d'exploitation de pharmacies communales.
- (694) Cet arrêt vient confirmer la thèse de la Commission dans la présente affaire. La politique de santé publique et les modalités de sa mise en œuvre sont déterminées par les Etats membres dans le respect du droit de l'Union. Les entreprises du secteur de la santé - ou les organismes qui les représentent et défendent leurs intérêts - **ne peuvent pas substituer leur appréciation à celle de l'Etat et se substituer à l'Etat pour poser leurs propres règles**, en particulier lorsque celles-ci ont pour effet de restreindre la concurrence entre elles (i) en limitant la concurrence par les prix là où l'Etat a entendu la maintenir, et (i) en créant des barrières à l'entrée ou des restrictions au développement sur le marché en imposant des modalités d'exercice de la profession qui vont au-delà de ce qui a été voulu par le législateur lui-même.
- (695) La procédure en manquement pendante devant la Cour de justice (*Commission/France*, C-89/09) concernant le régime français des laboratoires d'analyse de biologie médicale vient confirmer ce point. Il appartiendra à la Cour de déterminer si les restrictions relatives à la détention du capital par des non biologistes sont compatibles avec l'article 49 du TFUE (ex article 43 du traité CE).
- (696) La reconnaissance par la Cour de justice – pour autant que les conclusions de l'avocat général soient entérinées – du pouvoir des Etats membres d'apporter des restrictions à la liberté d'établissement au nom de la protection de la santé n'autorise pas les entreprises à s'affranchir des règles du TFUE en imposant des restrictions de concurrence que l'Etat lui-même ne prévoit pas.

7.1.9. La justification tirée du "principe de l'indépendance professionnelle" du biologiste

- (697) L'ONP justifie les mesures prises au nom du principe de l'indépendance professionnelle du biologiste (voir points 44 et suivants des observations de l'ONP sur la communication des griefs et considérants (217), (218) et chapitre 5.2.2 de la présente décision). Pour l'ONP "l'indépendance professionnelle **n'est pas séparable de l'indépendance économique**" (voir considérant (553)) et la pratique décisionnelle de l'ONP démontre que, pour cet organisme, toute prise de participation extérieure est suspecte.

⁷⁸⁸ Non encore publié au Recueil.

- (698) **Cette interprétation de la notion d'indépendance professionnelle du biologiste n'est pas celle du législateur français.**
- (699) Dans ses conclusions dans l'affaire Commission/France (C-89/09), pendante devant la Cour de justice et qui porte spécifiquement sur le statut des laboratoires de biologie médicale français, l'avocat général relève que: *“Le fait d'avoir admis la possibilité qu'une société d'exploitation d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale soit constituée sous forme de société de capitaux et qu'à celle-ci puisse participer aussi des personnes n'ayant pas cette qualification professionnelle spécifique implique que la présence d'une participation financière par des "personnes extérieures" à la catégorie professionnelle en question n'a pas été considérée par la République française comme une circonstance en elle-même de nature à empêcher une protection adéquate de l'indépendance du biologiste exploitant l'activité et, par voie de conséquence, de la santé publique”* (point 211 des conclusions).
- (700) Le législateur a cherché à **concilier l'ouverture du capital aux associés simples investisseurs avec la protection de l'indépendance des associés biologistes** (voir point 216 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-89/09). L'indépendance du biologiste est comprise comme étant **"l'indépendance décisionnelle de l'associé biologiste"** (point 214 desdites conclusions). C'est ainsi que le législateur a considéré que, jusqu'à la limite de 25%, une prise de participation extérieure à la profession ne pose pas de problème d'atteinte à l'indépendance décisionnelle des professionnels biologistes de la société. De plus, la participation extérieure peut être encore plus importante pour autant que l'indépendance décisionnelle de l'associé biologiste soit garantie (voir le régime particulier des sociétés en commandite par actions, points 213 à 215 desdites conclusions).
- (701) La position du législateur français est donc marquée par l'exigence d'un équilibre entre la nécessité de doter les laboratoires de biologie médicale de capitaux suffisants et la nécessaire indépendance décisionnelle des dirigeants leur permettant de prendre en compte les impératifs de santé publique.
- (702) Cette recherche d'équilibre et de proportionnalité entre ces deux types d'exigences ne se retrouve pas dans la position de l'ONP ni dans les pratiques de l'ONP qui s'est engagé dans un contrôle des prix, et dans une politique restrictive vis-à-vis des apports de capitaux extérieurs (refus des démembrements d'actions, imposition d'un minimum de détention du capital pour les associés dits « intérieurs ») contrairement à la position prise par le législateur. L'ONP a substitué sa propre appréciation à celle de l'Etat et ses agissements et prises de position démontrent une méconnaissance systématique de l'équilibre voulu par le législateur entre des exigences nécessaires à la profession.
- 7.2. Les exceptions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ne s'appliquent pas**
- (703) A titre principal, selon les dispositions de l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, *« il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies »*.

- (704) Or, depuis le début de l'enquête dans la présente affaire, l'ONP n'a apporté aucun élément de preuve tangible permettant de considérer que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, seraient remplies, bien qu'il ait été invité en mars 2008 à formuler des commentaires sur la plainte reçue par la Commission le 12 octobre 2007⁷⁸⁹, qu'il ait été soumis à une inspection en novembre 2008, qu'il ait reçu plusieurs demandes de renseignements en application de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003 en 2009 et 2010 et qu'il ait eu l'occasion de répondre après avoir reçu la communication des griefs.
- (705) A titre subsidiaire, bien que l'article 101, paragraphe 3, du TFUE n'exclue pas *a priori* certains types d'accords de son champ d'application⁷⁹⁰, d'ordinaire, les restrictions dites «caractérisées» (ou «fondamentales») ne remplissent pas les conditions dudit article étant donné qu'elles ne créent pas d'avantages économiques objectifs et ne bénéficient pas aux consommateurs⁷⁹¹.
- (706) En tout état de cause, sur la base des éléments factuels dont la Commission dispose dans la présente affaire et en particulier ceux mentionnés au chapitre 2.1, aucun élément ne suggère que les conditions visées à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE puissent être réunies en l'espèce.

8. DUREE DE L'INFRACTION

- (707) Aux fins de la présente décision, et sur la base des faits exposés au chapitre 5, la Commission retient que le comportement ici en cause s'est manifesté au moins à partir du 14 octobre 2003 et ce jusqu'à la notification de la communication des griefs le 21 octobre 2009, bien qu'il semble avoir continué après cette date⁷⁹². En ce qui concerne les manifestations du comportement en cause, d'une part les décisions ayant pour objet d'empêcher le développement des groupes de laboratoires et, d'autre part, celles visant à imposer un prix minimum de marché, deux périodes peuvent être distinguées aux fins de la présente décision bien que ces deux objectifs complémentaires soient deux aspects indissociables du comportement en cause.
- (708) Premièrement, en ce qui concerne les décisions relatives au développement des groupes de laboratoires, une note du 14 octobre 2003 de la Direction des affaires juridiques de l'ONP détaille les différents moyens qu'il est envisagé de mettre en œuvre afin de s'opposer à tout démembrement de parts sociales de SEL de biologie, dans le but de défendre les intérêts économiques de la majorité de ses membres. Cette note analyse les moyens de mettre en œuvre une décision prise antérieurement par plusieurs des organes dirigeants de l'ONP, décisions selon laquelle *«Les conseils centraux des sections A, E et G, ainsi que le Conseil national, ont récemment pris une position de principe, visant à s'opposer à tout démembrement de parts sociales dans les sociétés constituées pour l'exploitation d'une officine ou d'un laboratoire d'analyses de biologie médicale. Il s'agit désormais de tirer les conséquences juridiques de cette situation, au regard de l'inscription au tableau (...) Une typologie*

⁷⁸⁹ [...].

⁷⁹⁰ Arrêt du 15 juillet 1994 dans l'affaire T-17/93, *Matra Hachette SA / Commission* (Recueil 1994, p. II-00595, point 85).

⁷⁹¹ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004), points 46 et 79; lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001), point 70.

⁷⁹² Voir chapitre 5.

*des hypothèses connues permet de cerner avec une plus grande précision les moyens dont dispose l'Ordre pour s'y opposer».*⁷⁹³.

- (709) Ainsi, dès le 16 octobre 2003 le Conseil central de la Section G décide que « *Le Conseil n'accepte plus le principe du démembrement. Une suite sera donnée pour mise en conformité dès qu'un nouveau dossier sera transmis à la Section G* »⁷⁹⁴. Comme il est exposé au chapitre 5.2, entre octobre 2003 et au moins jusqu'à la date de notification de la communication des griefs, l'ONP a pris de façon continue et répétée de très nombreuses décisions visant à entraver le développement des groupes de laboratoires. Pendant cette période, les organes dirigeants de l'ONP ont été amenés à confirmer régulièrement l'objectif anticoncurrentiel en cause et à contribuer à sa mise en œuvre⁷⁹⁵.
- (710) En ce qui concerne ensuite la manifestation du comportement incriminé ayant pour objet d'imposer des prix minimums de marché, les pièces du dossier permettent d'établir que l'ONP a pris des décisions concernant les prix au moins entre le 16 septembre 2004 et le 14 septembre 2007⁷⁹⁶. Pendant cette période, les deux types de manifestations du comportement en cause, celles relatives aux prix et celles visant à empêcher les groupes de se développer, sont clairement documentées. Avant et après ces dates, seules les décisions concernant les groupes de laboratoires sont amplement illustrées par les éléments de preuve, même s'il ne peut être exclu que des décisions concernant les prix aient également pu être prises par l'ONP lors de ces périodes.

9. DESTINATAIRES DE LA DECISION

9.1. Principes

- (711) Pour identifier les destinataires de la présente décision, il y a lieu de déterminer à quelles entités il y a lieu d'imputer la responsabilité de l'infraction.
- (712) Les destinataires des règles de concurrence applicables dans l'Union sont l'«entreprise» et l'«association d'entreprises», notions qui sont de nature économique et qui ne se confondent pas avec celle de personne morale en droit commercial ou fiscal national. Ces notions ne sont pas définies dans le TFUE. Toutefois, dans l'affaire *Shell International Chemical Company/Commission*, le Tribunal a considéré que l'article 101, paragraphe 1, du TFUE «s'adresse à des entités économiques consistant chacune en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but

⁷⁹³ Note de la Direction des affaires juridiques du 14 octobre 2003 signée par [...] de l'ONP.

⁷⁹⁴ [...]. Le CCG a en 2001 donné son accord à plusieurs opérations de démembrement.

⁷⁹⁵ Voir notamment, concernant les décisions relatives aux opérations de démembrement de parts sociales de SEL : chapitre 5.2.2.1 ; celles concernant les mouvements de titres : chapitre 5.2.2.2 ; décisions visant à imposer une participation minimum des pharmaciens : chapitre 5.2.2.3 ; décisions visant à imposer l'approbation de l'ONP préalablement aux modifications statutaires : chapitre 5.2.2.4 ; Décisions de porter plainte contre les pharmaciens et SEL qui ne se plient pas aux exigences de l'ONP : chapitre 5.4.

⁷⁹⁶ Voir considérants (153) (Lettre du 14 septembre 2007 visant à interdire une ristourne de [...] % consentie à un hôpital public); (154) (Lettre similaire envoyée au laboratoire cosignataire de la convention avec l'hôpital public en question) ; (156) (Courrier du 16 septembre 2004 visant à interdire une remise de [...] % consentie lors d'un appel d'offre pour des analyses réalisées dans le cadre de la médecine du travail, dont le prix est pourtant librement négociable).

*économique déterminé, organisation pouvant concourir à la commission d'une infraction visée par cette disposition*⁷⁹⁷.

- (713) Bien que l'article 101 du TFUE soit applicable à des entreprises et à des associations d'entreprises, et que ces notions soient de nature économique, seules des entités dotées de la personnalité juridique peuvent être tenues pour responsables d'infractions. Les destinataires de la présente décision doivent donc être des entités dotées de la personnalité juridique.⁷⁹⁸
- (714) Pour chaque entité qui sera tenue responsable de l'infraction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE dans la présente affaire, il est donc nécessaire d'identifier une ou plusieurs personnes morales qui devront en assumer la responsabilité juridique dans la présente affaire⁷⁹⁹. Selon la jurisprudence, «*le droit communautaire de la concurrence reconnaît que différentes sociétés appartenant à un même groupe constituent une entité économique, et donc une entreprise au sens des articles 81 CE et 82 CE si les sociétés concernées ne déterminent pas de façon autonome leur comportement sur le marché*»⁸⁰⁰.

9.2. Application au cas d'espèce

- (715) En l'espèce, l'ONP a été mis en place par le législateur⁸⁰¹ et regroupe tous les pharmaciens qui exercent une activité professionnelle en France. L'obligation d'être membre de l'ONP est exprimée par le législateur par référence à l'Ordre des pharmaciens, non par rapport à ses conseils⁸⁰². D'autre part, les missions confiées à cette organisation sont définies comme celles de l'ordre des pharmaciens, et non comme celles des différentes sections ou Conseils de l'ONP⁸⁰³.

⁷⁹⁷ Arrêt du 10 mars 1992 dans l'affaire T-11/89, Shell International Chemical Company Ltd / Commission (Recueil 1992, p. II-00757, point 311). Voir également arrêt du 14 mai 1998 dans l'affaire T-352/94, Mo Och Domsjö AB / Commission (Recueil 1998, p. II-01989, points 87 à 96); arrêt du 27 septembre 2006 dans l'affaire T-43/02, Jungbunzlauer AG / Commission (Recueil 2006 p. II-03435, point 125); arrêt du 27 septembre 2006 dans l'affaire T-314/01, Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA / Commission (Recueil 2006, p. II-03085, point 136) et arrêt du 27 septembre 2006 dans l'affaire T-330/01, Akzo Nobel NV / Commission (Recueil 2006, p. II-03389, point 83).

⁷⁹⁸ Arrêt du 20 avril 1999 dans les affaires jointes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG et Enichem SpA / Commission (Recueil 1999, p. II-00931, point 978).

⁷⁹⁹ La décision 98/538/CE de la Commission du 17 juin 1998 (JO L252 du 12 septembre 1998, page 47 point 21), infligeant une amende pour infraction aux règles de concurrence, était adressée à une entité non dotée explicitement de la personnalité juridique, mais qui avait certaines compétences. L'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) était une entité administrative autonome qui faisait partie de l'administration des finances d'un Etat membre (l'Italie). Cet aspect n'a pas été contesté dans le litige qui a suivi.

⁸⁰⁰ Arrêt du 14 juillet 1972 dans l'affaire 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. / Commission (Recueil 1972, p. 00619, points 132-133); arrêt du 12 juillet 1984 dans l'affaire 170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH / Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas (Recueil 1984, p. 02999, point 11); et arrêt du 12 janvier 1995 dans l'affaire T-102/92, VIHO Europe BV / Commission (Recueil 1995, p. II-00017, point 50), cité dans l'arrêt du 30 septembre 2003 dans l'affaire T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin / Commission (Recueil 2003 page II-04071, point 290).

⁸⁰¹ Ordonnance du gouvernement provisoire de la République française n° 45-919 du 5 mai 1945, reprise depuis en grande partie dans le Code de la Santé publique.

⁸⁰² Article L 4221-1 du CSP.

⁸⁰³ Article L-4231-1 du CSP.

- (716) Comme indiqué au chapitre 2.2.3.4, l'ONP est dirigé par son Conseil national, le CNOP, et comporte sept sections, chacune étant dirigée par un Conseil central. La loi dispose explicitement que le CNOP et les Conseils centraux de sections ont la personnalité juridique, mais reste silencieuse sur celle de l'ONP.
- (717) L'ONP n'est donc pas doté explicitement de la personnalité juridique, contrairement à ses Conseils, mais il ne semble pas non plus en avoir été privé. Cette situation semble spécifique au contexte juridique français, car les ordres des pharmaciens d'autres Etats membres sont explicitement dotés de la personnalité juridique⁸⁰⁴.
- (718) Cependant, l'ONP a été institué par le législateur et chargé de l'accomplissement de certaines tâches, et est constitué d'organes qui ont sans conteste la personnalité juridique. L'ONP possède donc incontestablement, en vertu de la législation française, certains des attributs habituels d'une personne juridique (nom, tâches, organes, moyens pour remplir ses tâches)⁸⁰⁵.
- (719) En outre, l'ONP se présente au public par son site internet sous son nom propre, comme entité responsable du contenu figurant sur son site internet, et en particulier comme étant une instance dotée de « rôles multiples » c'est-à-dire « *D'une part, il exerce des missions de service public, dont il est chargé par la loi. D'autre part, de sa propre initiative, il mène de nombreuses actions volontaires au service de la profession pharmaceutique ou de la population* »⁸⁰⁶. L'ONP se présente comme étant lui-même chargé de ces tâches. Quand au rôle des différents Conseils, le site internet indique qu'ils assurent la représentation de la profession de la pharmacie ou celle de l'ONP.
- (720) Ainsi, vis-à-vis du public, l'ONP n'indique nullement qu'il serait une association de fait, sans personnalité juridique, mais il se présente comme une instance centrale dotée d'une certaine personnalité. Par analogie, à la lumière de la jurisprudence [en référé] dans l'affaire *Ziegler*, il y a lieu de se fonder sur les apparences créées par la partie concernée⁸⁰⁷.
- (721) A titre surabondant, dans une décision du 9 juin 1987 concernant la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, l'autorité nationale de concurrence, le Conseil de la concurrence a enjoint à l'ONP de s'abstenir de certaines pratiques, et lui a infligé une amende⁸⁰⁸. Ainsi, dans la pratique décisionnelle nationale, il a bien été estimé que l'ONP, en tant que tel, pouvait faire l'objet d'une injonction et d'une sanction en matière de concurrence. Cette pratique a été confirmée par la Cour d'appel de Paris qui, dans des arrêts du 28 janvier 1988 et du 26 janvier 1989⁸⁰⁹, a

⁸⁰⁴ En l'espèce: Autriche, Danemark, Irlande, Italie, Portugal, République Fédérale d'Allemagne, Royaume-Uni, Belgique, Sources : Rapport du Parlement Européen, Etude comparative sur le rôle des ordres professionnels dans la mise en œuvre du droit communautaire, Série affaires juridiques JURI 108 FR, 10-2003, page 34 ; Arrêté royal n°80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens (Belgique) ; Loi du 19 avril 1991 (Pologne) ; Royal Charter du 18 février 1843 (Royaume-Uni.).

⁸⁰⁵ Voir chapitre 2.2.3.

⁸⁰⁶ www.ordre-pharmacien.fr.

⁸⁰⁷ Ordonnance du président du Tribunal du 15 janvier 2009 dans l'affaire T-199/08 R, *Ziegler SA / Commission* (non encore publiée au Recueil, points 61 à 63). Dans cette affaire la requérante se donnait l'apparence de former et diriger un grand réseau intégré. En l'espèce, l'ONP se présente comme une instance centrale dotée de certains pouvoirs et rôles décisionnels.

⁸⁰⁸ Décision n° 87-D-15 du 9 juin 1987 du Conseil de la concurrence.

⁸⁰⁹ Arrêt du 28 janvier 1988 de la Cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, section A) et arrêt du 26 janvier 1989 de la cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, section Concurrence).

constaté que l'ONP s'était conformé à l'injonction qui lui avait été notifiée par la décision du 9 juin 1987 et a réduit la sanction pécuniaire qui lui avait été infligée. Il ressort en particulier de l'arrêt du 28 janvier 1988 que l'ONP n'a pas invoqué une absence de personnalité juridique au soutien de son recours contre la décision du 9 juin 1987 du Conseil de la concurrence.

- (722) Les éléments qui précèdent permettent d'établir qu'au sein de l'ONP, les entités suivantes ont participé conjointement et directement à l'infraction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, ou en assumant la responsabilité collectivement: l'Ordre national des pharmaciens, le Conseil national de l'ordre des pharmaciens, le Conseil central de la Section G.
- (723) Par conséquent, la présente décision est adressée conjointement à l'ONP, au CNOP et au CCG.

10. MESURES CORRECTIVES

10.1. Article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003

- (724) Si la Commission constate l'existence d'une infraction à l'article 101 du TFUE, elle peut obliger par voie de décision les associations d'entreprises concernées à mettre fin à l'infraction constatée, conformément à l'article 7 du règlement (CE) n° 1/2003.
- (725) En l'espèce, la Commission a établi que l'infraction a commencé au plus tard le 14 octobre 2003 et a continué au moins jusqu'à la notification de la communication des griefs le 21 octobre 2009. Aucun élément en possession de la Commission n'indique que le comportement incriminé ait pris fin après cette notification. Il n'est pas possible de déterminer avec une certitude absolue si l'infraction a cessé.
- (726) C'est pourquoi la Commission ordonne aux destinataires de la présente décision de mettre fin à l'infraction (s'ils ne l'ont pas déjà fait) et de s'abstenir désormais de tous accords, pratiques concertées ou décisions d'association d'entreprises susceptibles d'avoir un objet ou un effet identique ou similaire.

10.2. Article 23 du règlement (CE) n° 1/2003

10.2.1. Observations de la Commission

- (727) Aux termes de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 et en vertu de l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 17/62 du Conseil, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité⁸¹⁰ (ci-après le "règlement n° 17/62") qui s'appliquait pendant une partie de la période de l'infraction, la Commission peut infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles commettent une infraction aux articles 101 ou 102 du TFUE.
- (728) En l'espèce, la Commission considère que, sur la base des faits exposés dans la présente décision, l'infraction a été commise de propos délibéré.

⁸¹⁰ JO P 13 du 21.2.1962, p. 204.

- (729) Selon l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, « *Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association* ».
- (730) Conformément à l'article 23, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 et au règlement n° 17/62, pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci. Ce faisant, la Commission fixe les amendes à un niveau suffisant pour garantir leur action dissuasive.
- (731) La Commission note également qu'elle pourrait avoir recours à l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 pour le recouvrement de l'amende imposée. Aux termes de cet article, lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende.
- (732) Si ces contributions n'ont pas été versées à l'association dans un délai fixé par la Commission, celle-ci peut exiger le paiement de l'amende directement par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels concernés de l'association. Après avoir exigé le paiement à ce titre, lorsque cela est nécessaire pour garantir le paiement intégral de l'amende, la Commission peut exiger le paiement du solde par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise.
- (733) Cependant, la Commission n'exige pas le paiement visé aux deuxième et troisième alinéas de l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 auprès des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qu'elles en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant que la Commission n'entame son enquête.
- (734) Conformément à l'article 23, paragraphe 4, la responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

10.2.2. Observations générales de l'ONP

- (735) Dans ses observations sur la communication des griefs, l'ONP⁸¹¹ expose plusieurs arguments de portée générale concernant l'éventuelle imposition d'une amende.
- (736) D'une part, l'ONP soutient que les mesures correctives imposées par la Commission doivent être strictement proportionnelles, ce qui ne serait pas le cas si la Commission dans la présente affaire décidait d'infliger une amende à l'ONP. Dans ce contexte, l'ONP fait valoir que « *Il y a lieu en l'espèce de prendre en considération la nature particulière d'un Ordre professionnel comme l'a fait la Commission dans sa décision en cause de l'Ordre des architectes de Belgique (Décision du 24 juin 2004), qui ne constitue pas une association d'entreprises au sens économique du terme mais bien une instance ordinale instituée par la loi et investie, dans le cadre de celle-ci, de missions de service public... La recherche du profit n'est donc pas l'objectif d'une telle institution. L'éventuelle interdiction de la poursuite de tel ou tel comportement*

⁸¹¹ Par « ONP » on désigne collectivement l'ONP et ses organes (CNOP et CCG).

anti-concurrentiel est une mesure suffisamment dissuasive et proportionnelle à l'objectif poursuivi...»⁸¹².

- (737) L'ONP invoque l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 et les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a) du règlement (CE) n° 1/2003 (ci-après, les "lignes directrices")⁸¹³ pour tenter de démontrer que le recours à l'amende est une possibilité offerte à la Commission et en aucun cas la conséquence logique et automatique de la constatation d'une infraction. Ceci devrait être pris en considération particulièrement dans le cas d'un Ordre professionnel qui ne génère aucun chiffre d'affaires. La méthode de calcul des amendes basée sur les chiffres d'affaires de ses membres ne reflèterait pas la capacité financière de l'ONP à prendre en charge le paiement de telles amendes et serait de nature à remettre en question la viabilité même d'un organe légal chargé de missions de service public.⁸¹⁴
- (738) Dans ce contexte, l'ONP fait à nouveau référence à la décision de la Commission concernant l'Ordre des architectes de Belgique, décision dans laquelle la Commission n'aurait imposé qu'une amende symbolique.⁸¹⁵
- (739) Deuxièmement, l'ONP fait valoir que ses membres ne peuvent pas être sanctionnés financièrement parce qu'ils sont obligatoirement membres de l'ONP en vertu de la loi qui subordonne l'exercice de leur profession à une inscription.⁸¹⁶

10.2.3. Proportionnalité de l'amende

- (740) En premier lieu, la Commission constate que la jurisprudence de la Cour de Justice affirme que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les amendes infligées en vertu de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission doit respecter les principes généraux du droit, tout particulièrement les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité, tels que développés par la jurisprudence de la Cour et du Tribunal.⁸¹⁷
- (741) La Commission estime, pour les raisons détaillées exposées au chapitre 10.3, que les circonstances exceptionnelles de la présente affaire justifient l'application du point 37 des lignes directrices. Le recours au point 37 pour la détermination du montant de l'amende est considérablement plus favorable à l'ONP que l'application de la méthode générale définie par les lignes directrices.
- (742) Les entreprises ou les associations d'entreprises impliquées dans une procédure administrative pouvant donner lieu à une amende ne sauraient acquérir une confiance légitime dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement, de sorte que, en l'espèce, l'ONP ne peut pas, notamment, fonder une confiance légitime sur le niveau des amendes que comporte la décision de la Commission du 24 juin 2004 concernant l'Ordre des Architectes de Belgique.⁸¹⁸

⁸¹² Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 243. .

⁸¹³ JO C 210 du 1.9.2006, p. 2-5.

⁸¹⁴ Id., points 243 et 244.

⁸¹⁵ Id., para 258.

⁸¹⁶ Id., para 259.

⁸¹⁷ Arrêt du 22 mai 2008 dans l'affaire C-266/06 P, Evonik Degussa GmbH / Commission (Recueil 2008, p. I 00081, point 51).

⁸¹⁸ Voir, en ce sens, arrêt du 28 juin 2005 dans les affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, précité (point 173).

Dès lors, le fait que la Commission décide, en exerçant son large pouvoir d'appréciation, d'augmenter le niveau des amendes n'enfreint pas le principe d'égalité de traitement. En outre, le contexte dans lequel le comportement de l'ONP se manifeste est très différent de celui qui prévalait avant la décision concernant l'Ordre des Architectes Belges. D'une part, la Commission a clairement souligné en février 2004 dans son « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales »⁸¹⁹ que les règles adoptées par les organisations professionnelles sont susceptibles d'enfreindre les articles 101 et 102 du TFUE. Ensuite, dans sa pratique décisionnelle concernant les organismes professionnels, la Commission s'était limitée avant 2004 à imposer une amende symbolique dans un cas⁸²⁰. L'amende infligée à l'Ordre des Architectes Belges, par contre, n'est pas symbolique. Enfin, le comportement de l'ONP en cause se manifeste sous deux formes, alors que celui de l'Ordre des Architectes Belges ne concernait qu'une seule pratique.

- (743) L'argument de l'ONP selon lequel cette association d'entreprises ne génère aucun chiffre d'affaires et que la méthode de calcul des amendes ne reflèterait pas la capacité financière de l'ONP n'est pas pertinent. Conformément à l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende.
- (744) Dans la présente affaire, la Commission entend infliger une amende conformément à l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 comme elle l'a déjà indiqué dans la communication des griefs, et pourrait recourir, le cas échéant, à l'article 23, paragraphe 4, dudit règlement dans des procédures ultérieures. Par conséquent, la situation financière de l'ONP n'est pas pertinente dans la détermination du montant de l'amende. De même, le fait que l'appartenance des membres à l'ONP soit obligatoire n'est pas un élément que la Commission est obligée de prendre en compte.⁸²¹
- (745) En conséquence, il n'est pas disproportionné d'infliger à l'ONP une amende sur la base de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003.

10.3. Détermination du montant de l'amende

10.3.1. Application du point 37 des lignes directrices

- (746) En application du point 37 des lignes directrices, « *les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière* » peuvent justifier que la Commission s'écarte de la méthodologie générale exposée dans les lignes directrices.
- (747) En l'espèce, la Commission estime que les circonstances exceptionnelles de la présente affaire justifient le recours au point 37 des lignes directrices. En effet, la

⁸¹⁹ Communication de la Commission COM (2004) 83

⁸²⁰ Décisions du 5 juin 1996 96/438/EC FENEX (Cas IV/34.983), dans laquelle la Commission a imposé une amende symbolique ; et du 30 juin 1993 93/438/EEC CNSD (Cas IV/33.407), dans laquelle la Commission n'a pas imposé d'amende.

⁸²¹ Arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap. e.a., précité (point 66). Voir aussi arrêt du 18 juin 1998, affaire C-35/96, Commission / Italie (Rec. 1998 p. I-3851, points 40 à 42).

présente affaire constitue le premier cas depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1/2003 dans lequel la responsabilité financière des membres d'une association d'entreprises pourrait être invoquée pour garantir le paiement d'une partie de l'amende infligée à l'association.

- (748) En l'espèce, il est possible que les conditions de l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n°1/2003 soient remplies et que les entreprises actives sur le marché en cause soient obligées de contribuer au paiement du solde de l'amende infligée conjointement et solidairement à l'ONP et à ses organes de direction.
- (749) Le transfert de l'obligation de paiement d'une amende aux membres d'une association d'entreprises résulte d'une nouvelle disposition introduite par le règlement (CE) n° 1/2003.
- (750) Etant donné que la présente affaire pourrait constituer le premier cas d'application de l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, le risque financier que des décisions anticoncurrentielles d'une association d'entreprises peuvent entraîner pour ses membres ne s'est pas encore matérialisé à ce jour. Il est possible que les membres de l'association d'entreprises en cause n'aient pas été conscients de l'existence de l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 et n'aient pas mesuré le risque financier important auquel cette disposition les expose. Ceci peut expliquer pourquoi la surveillance exercée par les membres de l'ONP sur les décisions prises par les organes dirigeants de l'ONP n'est pas nécessairement proportionnée au risque financier que ces membres encourent du fait de ces décisions.
- (751) La Commission estime dès lors qu'à titre exceptionnel, compte tenu du fait qu'elle pourrait appliquer pour la première fois l'article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 dans la présente affaire, le recours au point 37 des lignes directrices est justifié. Ce motif ne sera pas nécessairement retenu dans les cas futurs impliquant des amendes imposées à des associations d'entreprises. Outre les circonstances particulières exposées aux considérants 744 à 747, la Commission tient également compte de la gravité de l'infraction, de la durée de l'infraction et d'éventuelles circonstances atténuantes pour déterminer le montant de l'amende, ainsi que des ressources financières de l'ONP et ses organes dirigeants, et des chiffres d'affaires des entreprises actives sur le marché en cause dont les représentants étaient membres des organes dirigeants de l'ONP. Enfin, la Commission souligne que l'application du point 37 pour déterminer le montant de l'amende est plus favorable à l'ONP que l'application de la méthode générale de calcul prévue par les lignes directrices.

10.3.2. Gravité de l'infraction

- (752) La gravité est appréciée au cas par cas pour chaque type d'infraction, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce.⁸²² La Commission tient compte à ces fins d'un certain nombre de facteurs, tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction, et la mise en œuvre ou non de l'infraction.⁸²³ Même si ces éléments sont mentionnés dans les sections des Lignes directrices que la Commission n'entend pas appliquer dans le cas d'espèce, la Commission peut en tenir compte pour déterminer la gravité de l'infraction.

⁸²² Point 20 des lignes directrices.

⁸²³ Point 22 des lignes directrices.

- (753) Premièrement, quant à la nature de l'infraction, le comportement anticoncurrentiel de l'ONP s'est manifesté de deux manières: premièrement, par des décisions ayant pour objet d'imposer des prix minimums sur le marché français des analyses de biologie médicale, et deuxièmement par des décisions visant à imposer des restrictions au développement des groupes de laboratoires sur ce marché.
- (754) En ce qui concerne la première manifestation du comportement en cause, qui a duré pendant 2 ans et 11 mois, il convient de noter que « *les accords horizontaux de fixation des prix (...) comptent, par leur nature même, parmi les restrictions de concurrence les plus graves* ». ⁸²⁴ Cependant, le comportement de l'ONP en cause ne constitue pas un cas typique d'accord horizontal de fixation des prix dans lequel deux ou plusieurs entreprises concluent une entente sur les prix. Les décisions ayant pour objet de fixer les prix (en fixant un niveau maximum aux ristournes consenties par les acteurs du marché) ont été imposées par l'ONP à certains de ses membres contre leur volonté. En outre, les décisions en cause n'étaient pas secrètes.
- (755) En ce qui concerne les décisions visant à empêcher les groupes de laboratoires de se développer, celles-ci doivent être qualifiées d'entraves à la production, au développement technique et aux investissements sur ce marché. En l'espèce, les mesures visent en particulier des acteurs du marché qui exercent une activité économique dans plusieurs Etats Membres et, par conséquent, le but de telles mesures est de cloisonner le marché intérieur. De la sorte, les décisions en cause contrarient les objectifs les plus fondamentaux de l'Union européenne et, en particulier, la réalisation du marché unique. Un tel comportement représente donc une infraction manifeste au droit européen de la concurrence. ⁸²⁵
- (756) Cependant, la Commission constate que le comportement anticoncurrentiel de l'ONP n'était pas un comportement secret qui est considéré comme particulièrement grave (soit, par exemple, le point 23 des lignes directrices). Au contraire, l'ONP a agi publiquement.
- (757) De plus, l'infraction en cause a été commise par une association d'entreprises à laquelle l'affiliation est obligatoire pour toutes les entreprises actives sur le marché, compte tenu du statut légal de l'ONP. Quand bien même cette circonstance ne saurait avoir d'influence sur l'établissement de la nature illégale du comportement de l'association en cause, la Commission peut le cas échéant tenir compte de cette circonstance dans la détermination du montant de l'amende. Dans le cas d'espèce, et dans le cadre de l'exercice de sa marge de discrétion en la matière, la Commission tient compte de cette circonstance, en particulier dans la mesure, où des entreprises pourraient être tenues responsables des conséquences du comportement de l'ONP, quel que soit leur niveau d'implication dans les comportements anticoncurrentiels en cause.

⁸²⁴ Point 23 des lignes directrices. Voir également à ce propos arrêt du 18 juin 2008 dans l'affaire T-410/03, Hoechst GmbH / Commission (Recueil 2008, p. II-00881, point 345) ; arrêt du 27 juillet 2005 dans les affaires jointes T-49/02 à T-51/02, Brasserie nationale SA (anc. Brasseries Funck-Bricher et Bofferding), Brasserie Jules Simon et Cie SCS et Brasserie Battin SNC / Commission (Recueil 2005, p. II-03033, point 178)

⁸²⁵ En ce sens, voir arrêt du 9 juillet 2009 dans l'affaire T-450/05, Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV / Commission (Recueil 2009, p. II-2533, point 281), et arrêt du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-30/05, William Prym GmbH & Co. KG et Prym Consumer GmbH & Co. KG / Commission (Recueil 2007, p. II-00107, point 188).

- (758) Les entraves au développement sur le marché français décrites au chapitre 5 ont été effectives pendant six années et ont un impact sur le comportement de toutes les entreprises actives sur le marché en cause, compte tenu de l'importance du contrôle que l'ONP exerce sur le marché. En ce qui concerne les deux manifestations les laboratoires d'analyse de biologie médicale qui comptent des pharmaciens biologistes enregistrés au Tableau de l'ONP détiennent une part cumulée du marché des prestations des services de biologie médicale en France d'environ 95%⁸²⁶. Aussi les décisions anticoncurrentielles de l'ONP affectent la quasi-totalité du marché, ce qui renforce de façon significative la gravité du comportement anticoncurrentiel en cause.
- (759) Dans ce contexte, il convient également de souligner la taille importante du marché affecté par le comportement anticoncurrentiel en cause. Le chiffre d'affaires réalisé par les laboratoires d'analyse de biologie médicale privés sur le marché français s'élevait à 4,4 milliards EUR en 2008⁸²⁷.
- (760) La Commission tient également compte du fait que la portée géographique des décisions anticoncurrentielles en cause est limitée au marché français.
- (761) Les pièces du dossier démontrent que l'infraction a été mise en œuvre. En effet, l'ONP a mis en œuvre les décisions visant à imposer des prix minimums de marché (voir les considérants (142) et suivants). L'ONP a également mis en œuvre les décisions visant à empêcher le développement des groupes de laboratoires (voir les considérants (238) et suivants). Au surplus, l'ONP a engagé systématiquement des procédures disciplinaires en portant plainte contre les entreprises liées à des groupes de laboratoires dans le but de renforcer les effets de ses décisions anticoncurrentielles (voir les considérants (507) et suivants). Cette circonstance renforce la gravité du comportement en cause.

10.3.3. Durée

- (762) Comme la Commission l'a établi aux considérants (707) à (710), l'infraction a commencé au plus tard le 14 octobre 2003 et a continué au moins jusqu'à la notification de la communication des griefs le 21 octobre 2009. La Commission retient dès lors une durée de 6 années comme durée totale de l'infraction, dont une durée de 2 années et 11 mois correspondant à la période au cours de laquelle les deux manifestations du comportement en cause sont établies.

10.3.4. Circonstances atténuantes invoquées par l'ONP

- (763) L'ONP présente dans ses observations sur la communication des griefs trois circonstances atténuantes. Il relève premièrement une parfaite coopération entre l'ONP et les services de la Commission tout au long de l'enquête,⁸²⁸ deuxièmement l'absence de réelle mise en application des actes anticoncurrentiels en matière de

⁸²⁶ Voir la réponse de l'ONP du 5 mars 2010 à la demande de renseignement de la Commission, Annexe V.

⁸²⁷ Source : Base de données Eco-Santé, Institut de Recherche et de Documentation en Economie de la Santé, d'après les données de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS). Ces chiffres ne comprennent pas les chiffres d'affaires réalisés par les LABM dans le cadre de la médecine du travail, qui concerne des examens qui ne sont pas remboursés par l'Assurance maladie.

⁸²⁸ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 254.

ristournes⁸²⁹ et, troisièmement que le comportement anticoncurrentiel aurait été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation⁸³⁰. La Commission rejette ces trois arguments.

- (764) En ce qui concerne premièrement l'affirmation d'une « parfaite coopération » avec la Commission⁸³¹, l'ONP ne spécifie pas concrètement de quelle manière sa coopération aurait été « parfaite ». La Commission constate cependant que ni les actions de l'ONP ni les propos publics d'un dirigeant de l'ONP suite à l'inspection menée dans les locaux de l'ONP en novembre 2008 ne témoignent d'une attitude de parfaite coopération⁸³².
- (765) La Commission constate que l'ONP s'est limité à permettre à la Commission de mener une inspection dans ses locaux en application de l'article 20 du règlement (CE) n°1/2003 et à répondre aux demandes de renseignements adressées au titre de l'article 18 dudit règlement. En ce sens, l'ONP s'est simplement conformé à des obligations juridiques, rien de plus. L'ONP n'a pas effectivement coopéré avec la Commission au-delà de ses obligations juridiques. Par conséquent, cette prétendue circonstance atténuante n'a aucune portée et ne justifie pas pour la Commission l'application d'une réduction du montant de l'amende⁸³³.
- (766) En deuxième lieu, pour ce qui a trait à la prétendue absence de réelle mise en application des décisions en matière de ristournes, l'ONP avance que les remarques formulées dans les courriers adressés à certains pharmaciens et relatives à leur politique de ristournes n'ont été suivies d'aucune sanction et qu'aucune modification contractuelle n'aurait été observée dans les contrats dans lesquels figuraient les ristournes en cause.
- (767) La Commission rejette cet argument. Comme elle l'a déjà démontré au considérant (761), l'infraction a été mise en œuvre par l'ONP dans son intégralité.
- (768) En ce qui concerne le troisième argument avancé par l'ONP, selon lequel son comportement anticoncurrentiel aurait été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation, la Commission constate qu'il a été démontré en particulier au chapitre 5 de la communication des griefs et au chapitre 5 de la présente décision que les décisions en cause s'appuient systématiquement sur une interprétation de la loi favorable à leur objectif anticoncurrentiel et à l'opposé de l'interprétation officielle de l'Etat français et de l'interprétation interne des services de l'ONP. Ce faisant, l'ONP place ses décisions pleinement dans le champ d'application du droit de la concurrence et ne saurait en tout état de cause invoquer une prétendue incitation de l'Etat à son comportement anticoncurrentiel.

⁸²⁹ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 255.

⁸³⁰ Observations de l'ONP sur la communication des griefs, point 257.

⁸³¹ Point 29, quatrième tiret, des lignes directrices.

⁸³² Interview de [...] de l'ONP, décembre 2008.

⁸³³ Voir arrêts du 8 octobre 2008 dans l'affaire T-73/04, *Carbone-Lorraine / Commission* (Rec. 2008 p. II-2661, point 238) et du 30 avril 2009 dans l'affaire T-13/03 *Nintendo/Commission* (Rec. 2009 p. II-975, point 160). Voir aussi la décision de la Commission du 11 mars 2008 dans l'affaire 38543 – Services de déménagements internationaux, points 590 et suivants.

10.3.5. Montant de l'amende infligée dans le cadre de la présente procédure

- (769) Si l'infraction en objet est très grave et concerne un marché important, la Commission entend aussi tenir compte des circonstances suivantes pour déterminer le montant de l'amende : la présente affaire constitue le premier cas dans lequel l'article 23, paragraphe 4 du règlement (CE) n°1/2003 pourrait être appliqué; il est possible que les membres de l'ONP n'aient pas pleinement pris conscience de la portée de ces dispositions légales, ce qui peut expliquer que le niveau de surveillance qu'ils ont exercé sur les activités des organes dirigeants de l'ONP n'était pas nécessairement proportionné aux conséquences financières potentielles qu'elles comportaient pour eux; le comportement anticoncurrentiel de l'ONP n'était pas secret. En application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 et sur la base de ce qui précède, l'amende à infliger dans la présente affaire est de 5 millions EUR.
- (770) Afin de déterminer si le montant de l'amende n'excède pas 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association, la Commission prend en considération le chiffre d'affaires réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association sur ledit marché conformément à l'article 23, paragraphe 2, dernier alinéa.
- (771) Le chiffre d'affaire total des membres n'est pas disponible. La valeur des ventes réalisées par les membres de l'ONP actifs sur le marché en cause en 2008 est de 4 205 033 millions EUR, qui correspondent à 95% de la totalité des honoraires hors taxes facturés par les laboratoires d'analyse de biologie médicale privés sur le marché français⁸³⁴. Des données plus récentes ne sont pas disponibles. En effet, d'après l'ONP "*les honoraires perçus pour la réalisation desdits examens ne sont pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée ni d'ailleurs à d'autres taxes*"⁸³⁵. D'autre part, toujours d'après l'ONP, environ 5% des LABM privés actifs sur le marché ont pour seuls associés des médecins biologistes.
- (772) Il s'ensuit que le montant final de l'amende n'excède pas la limite de 10% de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre de l'ONP actif sur le marché affecté par l'infraction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, conformément à l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003.

⁸³⁴ Source : Base de données Eco-Santé, Institut de Recherche et de Documentation en Economie de la Santé, d'après les données de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS). Ces chiffres ne comprennent pas les chiffres d'affaires réalisés par les LABM dans le cadre de la médecine du travail, qui concerne des examens qui ne sont pas remboursés par l'Assurance maladie. Le 26 février 2010, la Commission a envoyé à l'ONP une demande de renseignements en application de l'article 18 du règlement (CE) n° 1/2003. La Commission a demandé à l'ONP de fournir pour l'année 2008 le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des laboratoires d'analyses de biologie médicales privés sur le marché français dans lesquels au moins un pharmacien biologiste exerce en tant que directeur ou directeur adjoint de laboratoire. L'ONP dans sa réponse du 5 mars 2010 indique que ni le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens ni le Conseil central de la section G ne disposent de telles informations. La Commission a donc estimé ce chiffre d'affaires sur la base d'autres informations qu'elle considère pertinentes ou appropriées et communiqué ces informations à l'ONP dans un courrier du 27 mai 2010. L'ONP dans sa réponse du 8 juin 2010 a indiqué ne pas avoir de commentaire particulier à formuler quant à ces données.

⁸³⁵ Réponse à la demande de renseignements du 26 février 2010.

11. CONCLUSION

Après avoir donné à l'Ordre national des pharmaciens, au Conseil national de l'ordre des pharmaciens et au Conseil central de la Section G l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission, conformément à l'article 27, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, celle-ci,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'Ordre national des pharmaciens et ses organes décisionnels, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et le Conseil central de la Section G, ont enfreint les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne en prenant des décisions ayant pour objet d'imposer des prix minimums sur le marché français des analyses de biologie médicale et des décisions visant à imposer des restrictions au développement de groupes de laboratoires sur ce marché .

Article 2

L'association d'entreprises et ses organes décisionnels, visés à l'article 1^{er}, mettent immédiatement fin à l'infraction visée audit article, dans la mesure où ils ne l'ont pas déjà fait.

Ils s'abstiennent dorénavant de tout acte ou comportement visé à l'article 1^{er}, ainsi que de tout acte ou comportement ayant un objet ou un effet identique ou similaire.

Article 3

L'amende suivante est infligée conjointement et solidairement à l'Ordre national des pharmaciens, au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens et au Conseil central de la Section G de l'Ordre des pharmaciens pour l'infraction visée à l'article 1^{er} :

5 millions d'euros

L'amende infligée est à payer en euros dans un délai de trois mois à compter de la date de la notification de la présente décision sur le compte bancaire suivant ouvert au nom de la Commission européenne auprès de:

BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT

1-2 Place de Metz

L-1930 Luxembourg

IBAN: LU02 0019 3155 9887 1000

BIC: BCEELULL

Ref.: European Commission – BUFI / COMP/39510

À l'expiration de ce délai, des intérêts seront automatiquement dus au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations de refinancement le premier jour ouvrable du mois au cours duquel la présente décision a été adoptée, majoré de 3,5 points de pourcentage.

Lorsque l'association d'entreprises ou ses organes décisionnels, visés à l'article 1^{er}, introduisent un recours, ils **couvrent le montant de l'amende** au plus tard à la date d'échéance, soit en constituant une garantie bancaire acceptable par l'Agent comptable de la Commission, soit en effectuant le paiement de l'amende à titre provisoire conformément à l'article 85*bis*, paragraphe 1, du règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission.

La présente décision forme titre exécutoire conformément à l'article 299 du TFUE.

Article 4

Sont conjointement destinataires de la présente décision :

L'Ordre national des pharmaciens

Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens

Le Conseil central de la Section G de l'Ordre des pharmaciens

4, Avenue Ruysdaël

F- 75008 PARIS

Fait à Bruxelles, le 8.12.2010

Pour la Commission

Joaquín ALMUNIA

Vice-président