

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 258.506 du 19 janvier 2024

A. 230.353/VI-21.726

En cause :

**1. la société à responsabilité limitée
NEWPHARMA,**

2. LEGIPONT Aline,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^e Michel KAISER, avocat,
boulevard Louis Schmidt 56
1040 Bruxelles,

contre :

l'Ordre des pharmaciens,

représenté par son Conseil National,

ayant élu domicile chez

M^{es} Benoît CAMBIER, Thomas CAMBIER,

Koen PLATTEAU, Noémie CAMBIER et

Jérémy DOORNAERT, avocats,

avenue Winston Churchill 253/40

1180 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 mars 2020, la SRL Newpharma et A. L. demandent l'annulation « des articles 14, 38, 46, 47, 49 ainsi que 89 à 124 du code de déontologie pharmaceutique (édition 1^{er} janvier 2020) adopté par le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Erik Bosquet, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 9 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 novembre 2023.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Michel Kaiser et Etienne Wery, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Benoît Cambier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Erik Bosquet, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. La SRL Newpharma est propriétaire d'une officine pharmaceutique ouverte au public localisée à Liège, [...], dont la pharmacienne titulaire est A. L. En complément à la vente directe de médicaments en officine, la SRL Newpharma a développé une importante activité de vente en ligne de médicaments non soumis à prescription. Pour ses ventes en ligne, la SRL Newpharma use des bannières publicitaires (AdWords) de Google Ads.

2. Le 1^{er} septembre 2017, l'Auditeur général de l'Autorité Belge de la Concurrence (en abrégé l'ABC) est saisi d'une plainte de la SRL Newpharma et d'A. L. contre l'Ordre des pharmaciens.

Dans le résumé de la plainte, il est notamment précisé que « l'Ordre des pharmaciens cherche, au moyen des règles déontologiques qu'il a édictées, à entraver le développement de l'activité des pharmaciens sur internet au travers d'une interdiction de toute mesure publicitaire destinée à faire connaître leurs services au grand public », et qu'« à tout le moins, l'utilisation que fait l'ordre des pharmaciens des règles de déontologie a pour effet d'entraver l'entrée et le développement des activités des pharmaciens belges sur le marché européen de la vente en ligne des produits de pharmacie et de parapharmacie ».

L'Auditeur de l'ABC instruit cette plainte conjointement à d'autres

émanant de tiers et dénonçant le même genre de pratiques. L'Auditeur examine notamment un « grief relatif à la décision du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens de ne pas réformer le code de déontologie et/ou de ne pas adopter d'avis ou de communication tendant à éclairer les instances disciplinaires dans leur interprétation des dispositions afin de remédier à des interprétations restrictives de concurrence par les instances disciplinaires en matière de publicité et de ristournes », et dans ce cadre, par une déclaration de transaction, l'Ordre des pharmaciens prend les engagements suivants :

- « (...) adopter, avant la fin de l'année 2019, un code de déontologie réformé avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 prévoyant l'autorisation de principe de la publicité et des pratiques commerciales telles que la sollicitation de clientèle. Dans ce cadre, (l'Ordre des pharmaciens) s'est engagé à ce que le recours à un référencement payant et la publicité via un média social fassent également l'objet d'une autorisation de principe tant pour ce qui relève de la publicité personnelle du pharmacien que pour la vente de produits de parapharmacie »,
- « (...) adopter, avant la fin de l'année 2019, un code commenté relatif à la publicité et aux pratiques commerciales destiné à compléter les dispositions du code de déontologie et à faciliter l'interprétation de ces règles par les pharmaciens et les conseils disciplinaires, dans le respect du droit de la concurrence. A cette fin, l'Ordre des pharmaciens mettra sur pied un arbre de décision permettant d'évaluer une initiative commerciale qui sera distinct pour les médicaments et pour les autres produits. L'Ordre des pharmaciens a précisé, à cet égard, que le code commenté contiendra des précisions à propos des articles 115, 118 et 123 du code de déontologie. Il sera ainsi précisé que l'article 115 s'applique également au site internet des pharmacies et que l'article 118 devra être interprété comme permettant au patient d'arriver aisément et directement à la page du site recherché sans devoir opérer une seconde recherche sur le site internet de la pharmacie. En ce qui concerne l'article 123, le code commenté devra intégrer des exemples de sites existants répondant à l'obligation de présentation sobre et fonctionnelle »,
- « (...) revoir régulièrement le code commenté compte tenu de la pratique décisionnelle des conseils disciplinaires de manière à éviter les interprétations restrictives de concurrence par ceux-ci et à adopter un mécanisme pour que, au moins tous les cinq ans, le code de déontologie soit évalué et que le besoin d'une réforme du code de déontologie notamment au vu de l'évolution de la profession de pharmacien et des marchés des médicaments et autres produits vendus par les pharmaciens, soit envisagé. En outre, l'Ordre des pharmaciens s'est engagé à ce que le résultat de l'évaluation et la teneur des réformes fassent l'objet d'échanges avec l'auditorat sur simple demande de celui-ci »,

et

- « (...) publier (sur la partie privée de son site uniquement accessible aux membres) la version anonymisée des décisions disciplinaires des conseils provinciaux et des conseils d'appel datant d'après l'entrée en vigueur du code de déontologie réformé et concernant les dispositions du nouveau code, pour autant que ces décisions ont force de chose jugée, et ce afin d'augmenter la transparence pour les pharmaciens et les instances disciplinaires et ainsi de favoriser le développement d'une pratique décisionnelle plus respectueuse du droit de la concurrence ».

Cette instruction aboutit à deux décisions prises par l'Auditeur de l'ABC le 15 octobre 2019.

Par la première, portant la référence n° ABC-2019-P/K-35-AUD, l'auditeur clos son instruction, sans constat formel de violation du droit de la concurrence en ce qui concerne le grief reproduit ci-dessus, dès lors qu'il estime que les engagements pris par l'Ordre des pharmaciens dans sa déclaration de transaction (également reproduits ci-dessus), qu'il déclare contraignants, sont de nature à y répondre.

Par la deuxième, portant la référence n° ABC-2019-P/K-34-AUD, l'auditeur clos également son instruction. En tenant compte d'une reconnaissance de participation à l'infraction dans le chef de l'Ordre des pharmaciens, contenue dans sa déclaration de transaction, l'Auditeur considère que l'Ordre des pharmaciens « s'est rendu coupable d'avoir, d'une part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du code de déontologie prévoyant l'interdiction de nombreuses pratiques publicitaires pour les produits de parapharmacie et, d'autre part, adopté, maintenu et mis en œuvre des dispositions du code de déontologie et des communications aboutissant à l'interdiction des principaux mécanismes de publicité en ligne pour les produits de parapharmacie, ces comportements constituant une infraction unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE », et que « cette infraction a débuté le 16 décembre 2004 et est pour certaines des pratiques en question toujours en cours » (la date du 16 décembre 2004 correspondant, selon la requête, à la date d'adoption du code de déontologie pharmaceutique « alors en vigueur »). L'Auditeur inflige en conséquence à l'Ordre des pharmaciens une amende administrative de 250.000€ et ordonne qu'il soit mis fin à l'infraction selon les calendriers et modalités prévus dans les engagements pris.

3. Au cours de ses réunions des 22 novembre 2018, 20 décembre 2018, 24 janvier 2019, 21 février 2019, 28 mars 2019, et 25 avril 2019, plusieurs modifications projetées au code de déontologie des pharmaciens sont discutées et approuvées, successivement, chapitre par chapitre.

Ainsi, par exemple :

- les dispositions concernant la publicité et les pratiques commerciales et le démarchage sont discutées le 22 novembre 2018 ;
- les dispositions concernant la publicité sont approuvées le 20 décembre 2018 ;
- les dispositions concernant internet sont discutées et décidées le 20 décembre 2018.

Lors de la réunion du 24 janvier 2019, il est notamment prévu que la numérotation de l'ensemble sera actualisée lorsque toutes les modifications projetées auront été effectuées. Il résulte encore du procès-verbal de la réunion du 25 avril 2019

qu'un projet de code commenté y a été discuté, et qu'il a été convenu à l'unanimité que ce texte en projet serait utilisé « dans les négociations avec l'ABC ».

Le 2 janvier 2020, l'Ordre des pharmaciens met en ligne son nouveau code de déontologie des pharmaciens. L'article 125 dudit code dispose que « le présent code entre en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et remplace les dispositions en vigueur à cette date ».

La partie adverse soutient dans son mémoire en réponse que le Conseil national n'a pas adopté un nouveau code de déontologie mais qu'il en a uniquement modifié plusieurs dispositions et qu'il a ensuite renuméroté l'ensemble.

Les articles 14, 38, 46, 47, 49 ainsi que 89 à 124, de ce code constituent l'acte attaqué.

4. Par une citation du 15 janvier 2020, la SRL Newpharma et A. L. ont entrepris devant la chambre civile du tribunal de première instance de Bruxelles certaines des dispositions du code.

Par une ordonnance du 4 mai 2020, le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté l'action en référé au motif principal que les dispositions entreprises n'avaient pas de force obligatoire, à défaut d'avoir été approuvées par arrêté royal.

Par un arrêt du 23 octobre 2020, la cour d'appel de Bruxelles, faisant une application de la théorie de l'objet véritable du recours, a réformé l'ordonnance précitée du 4 mai 2020 pour le motif que le tribunal aurait dû constater que « l'objet véritable et direct de la demande de la SRL Newpharma et de M^{me} L. ne porte pas sur une suspension du code de déontologie pour assurer la protection de droits subjectifs mais tend à [la] suspension de ses effets dans l'attente d'un contrôle objectif de sa légalité » et qu'il en découle que « le juge judiciaire des référés est sans juridiction pour connaître de la demande ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse des parties

A. Requête en annulation

Dans leur requête en annulation, les parties requérantes soutiennent en substance que l'absence d'approbation du code de déontologie des pharmaciens par un arrêté royal conformément à l'article 15, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 80 du

10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Pharmaciens n'implique pas *ipso facto* qu'il ne s'agirait pas d'un acte attaquant devant le Conseil d'État. Elles exposent que selon la jurisprudence du Conseil d'État, ce qui importe est de déterminer si l'acte contient des règles nouvelles présentant un certain degré de généralité et si son auteur a l'intention de les rendre obligatoires et a le pouvoir d'en imposer le respect. Elles citent à cet égard les arrêts n° 45.471 du 23 décembre 1993, n° 228.984 du 30 octobre 2014, et n° 245.650 du 4 octobre 2019. Elles soulignent les similitudes de la présente affaire avec celle qui a donné lieu à l'arrêt n° 45.471 du 23 décembre 1993, puisqu'y était attaquée une disposition du code de déontologie médicale adoptée par l'Ordre des médecins et qui n'avait pas été rendue obligatoire par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, ce qui n'a pas empêché ledit arrêt d'en ordonner la suspension de l'exécution.

Les parties requérantes soutiennent que par les dispositions attaquées, la partie adverse n'a pas seulement voulu émettre une simple ligne de conduite, par exemple en matière de responsabilité du pharmacien, de publicité ou de tenue du site internet de l'officine, mais elle a ajouté des règles nouvelles à la réglementation existante, ce que démontre le mode impératif dans lequel elles sont rédigées ainsi que le texte introductif du code qui fait référence aux « règles » et aux situations que le code entend « réglementer ». Elles précisent encore, pour justifier leur intérêt au recours, que les dispositions attaquées ont pour objet d'imposer des entraves au développement de la pharmacie en ligne, notamment en accentuant substantiellement la responsabilité du pharmacien titulaire de l'officine, même pour des actes sans lien direct avec ses activités de pharmacien proprement dit, en permettant à la partie adverse de réduire et de limiter de manière importante les modes de communication, d'information et de publicité nécessaires pour le développement d'un commerce en ligne.

B. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient qu'il résulte de manière univoque de l'article 15, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens que le Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens est seul compétent pour adopter un code de déontologie pharmaceutique et que seul le Roi peut lui donner force obligatoire par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres. Elle précise que le Roi dispose d'un pouvoir d'appréciation et que l'Ordre n'a pas le pouvoir de l'y contraindre ni de s'y substituer. Elle estime donc n'avoir fait que respecter l'article 15 précité et la chronologie qui y est prévue. Elle ajoute encore qu'elle n'entend pas donner force obligatoire à ces dispositions dans l'exercice de sa compétence disciplinaire, ce qui serait d'ailleurs contraire audit article 15.

La partie adverse soutient encore qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que le code de déontologie pharmaceutique n'a pas de force obligatoire dans la mesure où il n'a pas été approuvé par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, que ce code n'est donc pas une loi au sens de l'article 608 du code judiciaire et ne peut fonder un moyen de cassation, et qu'une décision disciplinaire fondée sur la violation d'une disposition de ce code et non sur les principes visés à l'article 6, 2°, de l'arrêté royal précité du 10 novembre 1967 est illégale puisque ce faisant, l'autorité disciplinaire confère au code une force obligatoire qu'il n'a pas.

La partie adverse commente ensuite la jurisprudence du Conseil d'État citée par les parties requérantes qu'elle estime pourtant aller à l'encontre de la thèse qui y est soutenue, exception faite toutefois de l'arrêt n° 45.471 du 23 décembre 1993 qui a été rendu en référé il y a près de vingt-sept ans et dans un cas d'espèce particulier, en ce sens qu'il y a été jugé que les dispositions en cause imposaient des obligations aux médecins (sur la thérapie à suivre) qui, en raison de leur objet, se répercutaient sur les patients et dépassaient donc le cadre de la déontologie.

Elle reproduit ensuite un extrait de la mercuriale prononcée par le Procureur général près la Cour de cassation Jean du Jardin le 1^{er} septembre 2000, dans lequel il est notamment dit que « si (les) conditions posées pour la reconnaissance du caractère légal de la règle déontologique sont rencontrées, le manquement aux règles et usages de la profession résultant des prescrits de ce code de déontologie peut être sanctionné disciplinairement », tandis qu'au contraire, « le fait d'appliquer une sanction sur la base d'une disposition d'un code de déontologie qui n'a pas été approuvé par arrêté royal délibéré en conseil des ministres alors que la loi le prévoit, revient à reconnaître illégalement une force obligatoire à ce code, que celui-ci n'a pas ».

Elle cite encore un extrait d'un avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 16 juin 2018 qui a confirmé que son code de déontologie n'avait pas force obligatoire à défaut d'arrêté royal l'imposant, de même qu'un article de doctrine de Camille Bourguignon affirmant la même chose en ce qui concerne le code de déontologie de l'Ordre des Pharmaciens de Belgique.

C. Mémoire en réplique

Dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes commencent par déplorer l'approche exclusivement formelle et non matérielle de la partie adverse qui la conduit à distinguer, pour la détermination des codes de déontologie attaquables au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ceux qui ont fait l'objet

d'une approbation par arrêté royal qui seraient seuls attaquables devant le Conseil d'État, de tous les autres, alors que la seule distinction pertinente à opérer revient à considérer qu'un code de déontologie qui a été approuvé par le Roi est toujours un acte administratif attaquant devant le Conseil d'État contrairement aux autres qui peuvent parfois l'être s'il peut être démontré, comme en l'espèce, que leur auteur a eu pour intention de lui faire produire des effets juridiques à l'égard de tiers le rendant apte à modifier, sans préjudice de l'arrêté royal d'approbation, l'ordonnancement juridique.

Elles soutiennent que la notion floue et ambiguë de « l'absence de force obligatoire » paraît davantage viser « l'absence d'opposabilité de la norme » qu'une absence de modification de l'ordonnancement juridique.

Elles soutiennent encore qu'il n'y a aucune incidence déterminante de la jurisprudence de la Cour de cassation au sujet de l'article 608 du Code judiciaire citée par la partie adverse et celle du Conseil d'État concernant l'article 14 de ses lois coordonnées, car ces deux dispositifs législatifs qui fondent, d'une part, la compétence de la Cour de cassation pour examiner des pourvois introduits contre les actes juridictionnels des cours et tribunaux et, d'autre part, la compétence d'annulation du Conseil d'État au contentieux objectif de légalité des actes administratifs, se déclinent dans des champs qui sont différents. Selon elles, cette jurisprudence de la Cour de cassation n'a trait qu'à la détermination des normes de référence au sens de l'article 608 du Code judiciaire, en sorte que leur citation, comme celle de l'extrait de la mercuriale du Procureur général Jean du Jardin, est sans pertinence pour la détermination des actes administratifs au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elles contestent encore la pertinence de citation de l'article de Camille Bourguignon dans la mesure où l'extrait cité est sorti de son contexte, à savoir une réflexion générale sur l'identification du champ d'application d'une directive européenne.

Elles soutiennent encore que si les règles posées par le code de déontologie des pharmaciens n'avaient aucun impact sur l'ordonnancement juridique et étaient dénuées de tout caractère réglementaire, l'Autorité Belge de la Concurrence n'aurait pas pu juger (dans sa décision PK/34) que le fait d'avoir adopté, maintenu et mis en œuvre certaines dispositions du code était constitutif d'une restriction au droit de la concurrence. Selon elles, la décision de l'ABC constate que les dispositions du code de déontologie ont un impact en termes de modification de l'ordonnancement juridique et ne peuvent donc être considérées comme dénuées de force obligatoire au sens matériel du terme.

Elles soutiennent que les termes utilisés dans le code traduisent l'intention

de son auteur de le rendre obligatoire tant vis-à-vis de l'ensemble des pharmaciens que vis-à-vis des conseils provinciaux.

Elles estiment donc que tant en raison de son contenu qu'en raison des intentions exprimées, le code a bien un caractère obligatoire, caractère que la partie adverse a la faculté d'imposer en usant de ses outils disciplinaires.

D. Dernier mémoire des requérantes

Dans leur dernier mémoire, les parties requérantes dénoncent la nature « ultra-formaliste » de la thèse retenue dans le rapport de l'auditeur rapporteur, et ses contradictions. En substance, elles estiment que la notion d'acte administratif « doit se lire en lien avec la capacité pour une décision unilatérale d'une autorité administrative de “causer grief” ou encore de “modifier l'ordonnancement juridique” ». Elles considèrent que le Conseil d'État adopte quant à lui une conception pragmatique et concrète de l'acte administratif, en considérant comme tel « des prises de position unilatérale de l'administration qui modifient ou sont susceptibles de modifier, en droit, la situation juridique de leurs destinataires ». En considérant que seul le code de déontologie adopté par arrêté royal pourrait être qualifié d'acte administratif, le rapport de l'auditeur n'accorderait aucune importance à l'intention de la partie adverse, à la pratique des autorités ordinales et leur pouvoir de coercition en termes d'application des codes de déontologie, et donc aux effets concrets d'un tel code, approuvé ou non par arrêté royal.

Les parties requérantes estiment aussi qu'il convient d'interpréter l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État à la lumière du droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles relèvent, en substance, que la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 23 octobre 2020, a déclaré les juridictions judiciaires incompétentes pour statuer sur la légalité du code de déontologie, que l'auditeur du Conseil d'État semble considérer que le code est dépourvu de toute valeur juridique, et que la Cour de cassation « s'en désintéresse aussi et se limite à contrôler que les décisions disciplinaires se fondent non pas sur ce texte mais sur un des six principes fondamentaux de la profession ». La position de l'auditeur, qui reconnaît « le contenu “normatif” des dispositions attaquées et la volonté de leur auteur de les rendre obligatoires », mais estime néanmoins le recours irrecevable, serait manifestement contraire au droit d'accès à un juge garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon les parties requérantes, « en adoptant une conception “purement formaliste”, centrée sur la notion de “force obligatoire”, sans tenir compte des incidences d'un constat d'irrecevabilité *ratione materiae* du (...) recours, notamment au risque de voir les sanctions disciplinaires systématiques prises sur la

base des dispositions du code attaquées ne pas pouvoir être censurées en justice », le rapport de l'auditeur conduit le Conseil d'État à se retrouver en défaut par rapport au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les parties requérantes citent des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au droit d'accès à un juge, et les estiment contraires à la position défendue dans le rapport.

Cette position de l'auditeur rapporteur, fondée sur une compréhension excessivement formelle de l'expression « force obligatoire », aurait pour effet de soustraire à un contrôle juridictionnel le réel fondement normatif des comportements disciplinairement sanctionnés par les autorités de l'Ordre. Un comportement serait ainsi érigé en infraction sans un contrôle de légalité.

Elles rappellent avoir joint à leur requête des exemples de sanctions disciplinaires s'appuyant sur la violation de l'une ou l'autre disposition du code de déontologie, qui est dès lors bien appliqué comme un acte réglementaire. Elles rappellent aussi que la Cour de cassation considère irrecevables les moyens qui s'appuient sur la violation ou la mauvaise application du code de déontologie.

Les parties requérantes estiment que le rapport de l'auditeur ne fait pas une lecture correcte de la jurisprudence du Conseil d'État concernant les codes de déontologie des autorités ordinales, et correspond, en réalité, à un renversement de cette jurisprudence. Elles se réfèrent en particulier à l'arrêt n° 105.673 du 19 avril 2002, qui serait favorable à leur thèse, puisqu'il a admis que le caractère obligatoire ou contraignant du code est indépendant de l'approbation ou non de ce code par arrêté royal. Les requérantes estiment aussi que le rapport est en rupture avec la jurisprudence du Conseil d'État au sujet des actes réglementaires *sui generis* que sont, par exemples, les directives et les circulaires administratives.

Les parties requérantes affirment que si une sanction ne peut pas être prise en se fondant sur une disposition d'un code qui est effectivement dépourvu de caractère obligatoire, une sanction peut en revanche être fondée sur une violation des obligations de dignité, d'honneur ou de probité telles qu'interprétées, par les autorités disciplinaires, à la lumière des dispositions de ce code. Elles citent le préambule du code attaqué et le commentaire de l'article 125 du code de déontologie, qui confirment une telle application indirecte des règles de ce code. Elles rappellent qu'en matière disciplinaire, il n'est nul besoin qu'une infraction soit réglementairement définie. Il suffit qu'une autorité disciplinaire considère qu'un comportement est contraire à l'honneur, la dignité ou la crédibilité de la profession.

Les parties requérantes estiment qu'en fonction même de la jurisprudence

du Conseil d'État, « l'on ne peut uniquement s'attacher au nominalisme (le "titre" ou l' "étiquette" de "circulaire") pour examiner le caractère contraignant ou non (et, par voie de conséquence, la compétence même [du Conseil d'État]). Il faut en examiner la teneur précise, ses effets concrets sur ses destinataires ».

Selon les parties requérantes, le fait de rendre le code de déontologie obligatoire par arrêté royal « aurait pour effet de le rendre opposable, le sortant ainsi de l' "ordre juridique propre régissant une société" pour le faire entrer dans l'ordonnancement juridique au sens classique du terme ». En étant rendue obligatoire par arrêté royal, la norme déontologique quitte « la qualité de norme de nature à régir, de manière autorégulatrice, la discipline des pharmaciens soumis à l'autorité et la juridiction de leurs conseils provinciaux respectifs (art. 6, 2°) pour devenir une norme générale et abstraite d'organisation de la profession qu'une société donnée, dans son ensemble, se donne ».

Les parties requérantes soulignent que les conseils provinciaux ont autorité et juridiction sur les pharmaciens et qu'en application de l'article 6, 2°, de l'arrêté royal n° 80, ils doivent « veiller au respect des règles de la déontologie pharmaceutique et au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils sont chargés à cette fin de réprimer disciplinairement les fautes des membres inscrits à leur tableau, commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la profession ainsi que les fautes graves commises en dehors de l'activité professionnelle, lorsque ces fautes sont de nature à entacher l'honneur ou la dignité de la profession ». Cette responsabilité n'est nullement liée à l'adoption d'un arrêté royal rendant obligatoire le code de déontologie, qui contient les « règles de la déontologie pharmaceutique ».

S'intéressant à la jurisprudence de la Cour de cassation, les parties requérantes admettent qu'un code de déontologie des pharmaciens auquel le Roi n'a pas « conféré force obligatoire par un arrêté délibéré en conseil des Ministres » n'est pas une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire, en n'est donc pas susceptible de fonder un moyen de cassation. Elles rappellent toutefois que les jurisprudences respectives du Conseil d'État, au sujet de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et de la Cour de cassation, au sujet de l'article 608 du Code judiciaire, sont autonomes, et se déclinent dans des champs qui sont différents. Elles indiquent par ailleurs qu'il résulterait d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 que les codes de déontologie professionnels non-approuvés par arrêté royal sont néanmoins des « lois » au sens de l'article 10.2 de la convention européenne des droits de l'homme. Le raisonnement contenu dans cet arrêt est plus proche de celui que doit appliquer le Conseil d'État s'agissant de décider si un tel code est un acte administratif au sens de l'article 14 des lois coordonnées.

Elles citent également la directive 2006/123/UE (lire « CE ») du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui reprend les « règles des ordres professionnels » parmi les « exigences » réglementées par ce texte.

Elles réaffirment qu'un tel code de déontologie « qui se veut imposer des obligations directes à ses destinataires et notamment aux autorités disciplinaires appelées à l'appliquer forme davantage que de simples indications ou avis non contraignants ou encore recommandation qu'évoquerait n'importe quelle institution scientifique ou organe consultatif en matière d'éthique, par exemple ».

Les parties requérantes se réfèrent ensuite à un arrêt n° 97/2021 du 1^{er} juillet 2021 de la Cour constitutionnelle. Selon elles, cet arrêt confirme, dans son point B.12, que les règles du code de déontologie pharmaceutique 2010 (soit celui ayant précédé l'acte attaqué) étaient contraignantes avant leur reprise dans l'article 64 de la loi du 30 octobre 2018.

Les parties requérantes déduisent de leur argumentation que leur recours est matériellement recevable.

À titre subsidiaire, elles sollicitent toutefois que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour constitutionnelle :

« L'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er} des lois sur le Conseil d'Etat coordonnée le 12 janvier 1973 lu ou non en combinaison avec l'article 15, § 1^{er}, *in limine* de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Pharmaciens est-il contraire aux articles 10, 11 et 13 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment au regard du droit d'accès à un juge, en ce qu'il aurait pour effet de ne pas permettre au Conseil d'Etat de connaître d'un recours en annulation contre les dispositions d'un code de déontologie pharmaceutique que leur auteur a entendu rendre contraignantes en particulier à l'égard des autorités disciplinaires, au seul motif que ce code n'aurait pas fait l'objet d'une approbation par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres lui donnant force obligatoire, alors que ces autorités disciplinaires lorsqu'elles assimilent les infractions au code de déontologie à des infractions disciplinaires ne sont pas soumises à un contrôle de pleine juridiction ? ».

IV.2. Appréciation du conseil d'État

1. L'article 15, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens est rédigé comme suit :

« Le conseil national élabore les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique.

Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, donner force obligatoire au code de déontologie pharmaceutique et aux adaptations qui seraient élaborées par le conseil national ».

Il ressort de cette disposition que le code de déontologie pharmaceutique adopté par le conseil national de l'Ordre des pharmaciens ne devient obligatoire que lorsqu'il est approuvé par un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

2. Les requérantes sollicitent l'annulation des articles 14, 38, 46, 47, 49 et 89 à 124, du code de déontologie pharmaceutique adopté par l'Ordre des pharmaciens le 1^{er} janvier 2020.

La partie adverse considère que le recours est irrecevable car le code de déontologie pharmaceutique, à défaut d'avoir été approuvé par le Roi, n'a pas acquis le caractère obligatoire et ne peut donc être considéré comme un acte administratif au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

3. Conformément à une jurisprudence constante, sont seuls susceptibles d'être annulés par le Conseil d'État, sur la base de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les actes juridiques unilatéraux accomplis par les autorités administratives qui sont de nature à faire grief par eux-mêmes.

L'acte dont le Conseil d'État peut connaître est celui qui modifie l'ordonnancement juridique.

Pour trancher l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse, il convient de déterminer si le code de déontologie pharmaceutique, alors même qu'il n'a pas fait l'objet d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres lui donnant force obligatoire, modifie l'ordonnancement juridique.

4. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'autorité disciplinaire ne peut pas directement fonder une sanction sur la violation d'un code de déontologie qui n'a pas reçu l'approbation royale, puisque cela reviendrait à lui reconnaître une force obligatoire (Cass., 23 juin 1970, Pas., 1970, p. 944 ; Cass., 19 mai 2005, D.04.0009.F).

Pour la même raison, un tel code ne peut pas non plus fonder un moyen de cassation, à défaut d'être une « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire (Cass., 26 mars 1980, Pas., 1980, p. 918 ; Cass., 25 septembre 1981, Pas., 1982, I, p. 155 ; Cass., 17 janvier 1996, Pas., 1986, p. 607).

La Cour de cassation, tenant compte du fait qu'une règle déontologique

peut exister indépendamment d'un texte exprès qui la consacre, considère en outre « qu'il n'est ni ambigu ni contradictoire de constater que le code de déontologie médicale n'a point de force obligatoire, mais que la règle qu'il énonce constitue néanmoins une règle de déontologie s'imposant comme telle aux médecins [...] » (Cass., 19 juin 1980, Pas., 1980, I, p. 1292) et que « le fait [pour le conseil national d'avoir] codifié certaines règles, jusqu'alors non écrites, sans qu'elles aient été ratifiées par le Roi, ne signifie pas pour autant que les principes qui y sont consacrés ne doivent pas être respectés » (Cass., 26 septembre 1986, Pas., 1987, I, p. 116).

La section de législation du Conseil d'État considère quant à elle, dans le cadre d'une analyse de la valeur juridique du code de déontologie médicale au regard des arrêts de la Cour de cassation, qu'il « convient manifestement d'inférer de cette jurisprudence que les prescriptions d'un code établi par le conseil national mais non encore rendu obligatoire par le Roi, ont uniquement la valeur d'un fil conducteur que les médecins et les autorités de tutelle sont en principe tenus de respecter mais auquel il peut être dérogé pour des raisons particulières propres à une situation concrète » alors que, à l'inverse, les prescriptions d'un code rendu obligatoire par le Roi « sont des règles de droit à part entière et doivent dès lors, comme toute autre règle de droit, être strictement respectées » (S.L.C.E., avis n° L. 19.398/8 du 27 décembre 1989).

Dans un autre avis, la section de législation du Conseil d'État a aussi considéré qu'il était « contraire à la Constitution d'octroyer à l'autorité de contrôle le pouvoir d'élaborer des règlements de déontologie ayant force obligatoire, dont la méconnaissance peut donc être sanctionnée par des peines disciplinaires » et que « c'est d'ailleurs pourquoi même les ordres professionnels ne comportent pas d'autorités disposant du pouvoir réglementaire en matière de déontologie ». Au sujet spécifiquement des ordres des médecins et des pharmaciens, elle a ajouté que « ni dans l'Ordre des médecins ni dans celui des pharmaciens, les autorités supérieures, quoique chargées de la mission d'élaborer *a priori* les règles de la déontologie, ne sont pour autant pourvues d'un véritable pouvoir réglementaire » (S.L.C.E., avis n° L. 24.188/2 du 6 mars 1995).

Il ressort de ce qui précède que le code de déontologie pharmaceutique, lorsqu'il n'a pas été rendu obligatoire par le Roi, ne produit pas l'effet contraignant d'un règlement. La valeur juridique des règles et principes qu'il contient est celle d'une simple directive quant aux comportements attendus des pharmaciens au regard des principes de moralité, d'honneur, de discrétion, de probité, de dignité et de dévouement.

Ces directives émanant du conseil national ne modifient pas, en elles-mêmes, l'ordonnancement juridique et ne peuvent de ce fait être considérées

comme des actes administratifs faisant grief au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Le Conseil d'État n'est donc pas compétent pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre les dispositions d'un tel code.

Les arguments des parties requérantes ne permettent pas de remettre en cause ce constat.

5. Les requérantes affirment que ces principes et règles peuvent être comparés à une circulaire administrative réglementaire, dont le Conseil d'État considère qu'elle modifie l'ordonnancement juridique lorsqu'elle ajoute des règles nouvelles à la réglementation existante, présente un certain degré de généralité, dès lors que leur auteur a l'intention de la rendre obligatoire et qu'il dispose des moyens pour forcer le respect de cette directive. Selon elles, ces conditions seraient en l'occurrence réunies. En particulier, l'Ordre des pharmaciens aurait le pouvoir d'imposer le respect des règles et principes du code de déontologie pharmaceutique par le truchement de ses organes disciplinaires, qui les appliquent en dépit de l'absence d'arrêté royal les rendant obligatoires.

Cette comparaison de la requérante n'est pas pertinente, et elle ne permet pas de conclure à une modification de l'ordonnancement juridique.

D'abord, le conseil national de l'ordre des pharmaciens s'est vu attribuer, par l'article 15, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 80, le pouvoir d'établir des règles déontologiques à l'attention des pharmaciens. L'exercice de cette compétence spécifique confiée par la loi, et qui amène le conseil national de l'Ordre des pharmaciens à adopter des prescriptions rédigées de manière générale et abstraite à destination des pharmaciens - qu'elles soient ou non rendues ultérieurement obligatoires par le Roi - ne peut être comparée à l'imposition de directives par une autorité dépourvue de toute compétence réglementaire. Lorsqu'il a adopté l'article 15 de l'arrêté royal n° 80, le législateur a implicitement mais certainement envisagé la possibilité qu'un code de déontologie pharmaceutique soit adopté par le conseil national de l'Ordre des pharmaciens sans être ultérieurement rendu obligatoire par le Roi.

Ensuite, il ne peut pas être jugé que le conseil national de l'Ordre des pharmaciens a entendu rendre le code de déontologie pharmaceutique obligatoire alors même qu'il n'a pas accompli la seule démarche aboutissant à ce résultat, à savoir demander au Roi de l'approuver par un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Enfin, l'existence d'une modification de l'ordonnancement juridique par ce code ne peut être déduite de l'affirmation que les organes disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens appliqueraient, de manière systématique et en tant que telles, les règles et principes contenus dans le code.

D'une part, même si les conseils provinciaux et d'appel sont des organes de l'Ordre des pharmaciens, ils disposent d'une autonomie à l'égard du conseil national, qui les met à l'abri d'une pression de ce dernier quant à la prise d'une sanction disciplinaire, quels que soient les motifs des poursuites. L'arrêté royal n° 80 ne place pas les conseils provinciaux et les conseils d'appel, dans le cadre de l'exercice de leurs compétences en matière disciplinaire, dans un quelconque lien de dépendance hiérarchique avec le conseil national. Les conseils d'appels sont par ailleurs constitués, pour moitié, par des conseillers à la cour d'appel, nommés par le Roi pour une durée de six ans, de sorte que l'indépendance de cet organe par rapport aux autres organes de l'Ordre ne peut pas être contestée, et ne l'est du reste pas par les parties requérantes.

Le conseil national ne peut donc pas contraindre les organes disciplinaires de l'Ordre à suivre son interprétation des principes d'honneur, de discrétion, de probité et de dignité des membres de l'Ordre. Seul le Roi peut le faire, par un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

D'autre part, même si, comme l'affirme les requérantes, les organes disciplinaires font une application systématique des dispositions d'un code qui n'a pas été rendu obligatoire par le Roi, cela ne permet pas de conclure que l'adoption de ce code a modifié l'ordonnancement juridique. Cette application systématique, si elle existe, est alors le résultat d'un choix de ces organes disciplinaires, nullement dicté par la valeur juridique intrinsèque de ce texte, ou par un pouvoir de coercition du conseil national.

6. N'est pas non plus pertinente la référence que les requérantes font aux décisions de l'Autorité belge de la concurrence dans le cadre de plaintes déposées auprès d'elle contre l'Ordre des pharmaciens.

Aux yeux des requérantes, ces interventions, en particulier la décision ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre 2019 de l'Auditeur de l'Autorité belge de la concurrence, établiraient que le code de déontologie pharmaceutique, même s'il n'est pas rendu obligatoire par le Roi, modifie l'ordonnancement juridique.

L'Autorité Belge de la Concurrence (ci-après ABC), dans le cadre de ces plaintes dirigées contre le code de déontologie pharmaceutique qui a précédé l'acte

attaqué, ne devait toutefois pas se prononcer, de manière directe ou indirecte, sur l'existence ou non d'un acte administratif au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, mais sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles de l'Ordre des pharmaciens.

Dans sa décision ABC-2019-P/K-34-AUD du 15 octobre 2019, préalable à une transaction avec l'Ordre des pharmaciens, l'Auditeur de l'ABC a effectivement considéré que « l'Ordre des pharmaciens était une “association d'entreprises” au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE » et que certaines dispositions du code de déontologie constituaient des décisions restrictives de la concurrence.

L'article IV.1, § 1^{er}, du Code de droit économique prévoit que « sont interdits, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci ».

Dans le cadre de l'application de cette disposition, le constat d'une décision d'une association d'entreprises restrictive de la concurrence n'implique aucunement le constat préalable d'une quelconque modification de l'ordonnancement juridique, d'autant qu'il suffit que la décision concernée ait pour objet de restreindre la concurrence, sans nécessairement qu'elle ait cet effet. En l'occurrence, et pour l'essentiel, l'Auditeur a estimé, dans la décision précitée, que certains articles du code de déontologie pharmaceutique applicable à l'époque constituaient des décisions restrictives de concurrence par « objet ».

L'Auditeur de l'ABC a, il est vrai, tenu à souligner, dans les paragraphes 134 à 139 de sa décision, qu'il lui apparaissait que la concurrence avait également été restreinte par « effets ». Pour justifier cette appréciation, il a relevé ce qui suit :

« 135. Un certain nombre de décisions disciplinaires imposent des sanctions à des pharmaciens sur base notamment des articles, 92, 99bis, 109 al. 2, 115, 4^o du code de déontologie. Les instances disciplinaires rendent également des décisions sanctionnant l'utilisation de Google AdWords et la publicité via les médias sociaux sur la page de la pharmacie. L'auditeur constate que les sanctions prononcées sont graves et peuvent aller jusqu'à la suspension du droit d'exercer la profession durant plusieurs semaines.

136. Par leur vertu d'exemple (et la diffusion/publicité dont elles font l'objet), ces décisions disciplinaires visent non seulement à mettre fin à des pratiques commerciales avérées, mais ont également une influence sur le comportement général des pharmaciens qui évitent d'adopter des comportements qui pourraient être sanctionnés par les instances disciplinaires.

137. L'effet des décisions disciplinaires dépasse donc le cadre strict des cas

individuels poursuivis pour impacter les pratiques commerciales de toute la profession des pharmaciens.

138. Dans la mesure où les décisions disciplinaires reposent sur des dispositions du code de déontologie, qui a été adopté par le Conseil national, les décisions du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens ont pour effet de restreindre la concurrence.

139. Ainsi, l'ensemble des restrictions de concurrence par objet constatées ci-avant constituent également des restrictions de concurrence par effet et sont contraires aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE ».

Il ressort de ces motifs que l'Auditeur de l'ABC a considéré que les dispositions critiquées du code de déontologie (de l'époque) avaient des effets restreignant la concurrence parce que les organes disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens sanctionnaient les comportements contraires à ces articles.

Une nouvelle fois, cette application des règles déontologiques par les organes disciplinaires n'est pas la conséquence de la valeur normative intrinsèque du code, ou d'un pouvoir de coercition du conseil national, mais d'un choix volontaire des organes disciplinaires. Ce sont les décisions de ces organes qui ont amené l'Auditeur de l'ABC à décider que certains articles du code de déontologie pharmaceutique avaient eu pour effet de restreindre indûment la concurrence.

Le Conseil d'État ne peut, quant à lui, pas prendre en considération les décisions, le cas échéant illégales, des organes disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens pour décider de la nature juridique propre du code de déontologie pharmaceutique, en l'absence d'un arrêté royal le rendant obligatoire.

7. N'est pas non plus pertinent l'argument que les requérantes déduisent de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

Cet article, donne le droit à toute personne à ce que « sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Les requérantes n'indiquent pas, et le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi leur requête concernerait les droits et obligations de caractère civil des requérantes, ou le bien-fondé d'une accusation en matière pénale qui serait portée contre elles.

En outre, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, l'absence de

recours en annulation devant le Conseil d'État des prescriptions d'un code de déontologie dénuées de force obligatoire, ne signifie pas qu'il n'existe aucun contrôle de légalité des griefs disciplinaires qui seraient fondés sur les prescrits de ce code. D'une part, comme évoqué précédemment, les organes disciplinaires ne peuvent sanctionner un comportement contraire à un code qui n'a pas été rendu obligatoire par le Roi. Ils doivent examiner, concrètement et dans chaque cas particulier, si ce comportement est contraire aux devoirs d'honneur, de discrétion, de probité et de dignité s'imposant aux pharmaciens. D'autre part, la Cour de cassation exerce un contrôle de légalité des décisions prises par ces organes disciplinaires, dans le cadre duquel elle examine si les griefs disciplinaires reconnus fondés par les conseils d'appel constituent bien des atteintes à ces devoirs, et si ces griefs ne sont pas contraires, notamment, aux règles légales protectrices de la concurrence (Voir notamment Cass., 25 févr. 2000, Pas., 2000, I, p. 144).

8. Est également dénuée de pertinence, pour déterminer si un code de déontologie non approuvé par arrêté royal modifie l'ordonnancement juridique, l'affirmation qu'un tel code, lorsqu'il contient des restrictions en matière de liberté d'expression, doit être considéré comme une « loi » au sens de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme.

Dans le cadre de son examen d'une situation au regard de l'article 10 de la convention, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie essentiellement si une restriction à la liberté d'expression a une base légale en droit interne, et si elle a pour qualité d'être accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets (CEDH, 4 décembre 2018, Magyar Jeti Zrt c. Hongrie, Req. n° 11257/16).

Pour la Cour, l'exigence de prévisibilité de la loi est rencontrée lorsqu'une norme est « énoncée avec assez de précision pour permettre au justiciable de régler sa conduite ». Le justiciable, en « s'entourant au besoin de conseils éclairés, [...] doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé » (CEDH, 15 mai 2023, Sanchez c. France, Req. n° 45581/15).

Dans son arrêt du 27 septembre 2012, la Cour de cassation, qui devait examiner un moyen fondé sur l'affirmation que le code de déontologie pharmaceutique contenait des restrictions à la liberté d'expression non prévues par la loi, a relevé que « l'article 10.2 n'interdit pas toute restriction à l'exercice de la liberté d'expression, pourvu qu'elle trouve son fondement dans une loi », que « l'article 15, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens dispose que le conseil national peut élaborer un code de déontologie pharmaceutique » et que « tel qu'il est interprété par la jurisprudence, ce code énonce

les principes et les usages que tout pharmacien doit observer et dont il doit s'inspirer dans l'exercice de sa profession, d'une manière suffisamment précise et accessible ».

Dans le même sens, mais au sujet du code de déontologie médicale, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà jugé que ce code « même s'il n'a pas été validé par le Roi, a été adopté sur le fondement de l'article 15 § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 » et qu'il devait dès lors être considéré comme une « loi » au sens de l'article 10 de la convention. Elle a ajouté le constat que la déontologie médicale est constituée de « principes et des usages que tout médecin doit observer et dont il doit s'inspirer dans l'exercice de sa profession » et que « le respect d'un code de déontologie, surtout en matière médicale, s'impose indépendamment de son entrée en vigueur » (CEDH, 29 janvier 2008, Villnow c./Belgique (déc.), Req. n° 16938/05).

Il ressort de ces jurisprudences que les restrictions à la liberté d'expression que peut contenir le code de déontologie pharmaceutique sont prévues par la loi puisque, d'une part, ce code trouve son fondement juridique dans l'article 15 de l'arrêté royal n° 80 et que, d'autre part, les dispositions de ce code, même si elles ne sont pas rendues obligatoires par un arrêté royal, permettent de donner une prévisibilité aux comportements attendus des pharmaciens dans l'exercice de certains aspects de la liberté d'expression.

Ces jurisprudences, qui font essentiellement état de la prévisibilité des comportements recommandés par le code de déontologie pharmaceutique, ne permettent en revanche pas de déduire que ce code modifie en lui-même l'ordonnement juridique.

9. Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, la Cour constitutionnelle n'a pas reconnu, dans son arrêt n° 97/2021 du 1^{er} juillet 2021, un caractère contraignant aux règles du code de déontologie pharmaceutique 2010. Elle a seulement estimé, au point B.12 de cet arrêt, que « le législateur a pu considérer qu'afin de se conformer à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, il devait légiférer plus vite que prévu initialement et qu'il devait donc anticiper sur la législation relative à la qualité de la pratique des soins de santé qui s'annonçait pour les professionnels du secteur » et qu'il a pu de même « raisonnablement considérer qu'il ne fallait pas prévoir de période transitoire pour les pharmaciens, dès lors que l'article 64 de la loi du 30 octobre 2018 confirmait, dans les grandes lignes, les règles professionnelles spécifiques préexistantes en matière d'information et de publicité (articles 86 à 92 du code de déontologie pharmaceutique 2010) ».

Par ce motif, la Cour constitutionnelle a uniquement estimé que le

législateur a pu, sans porter une atteinte excessive au principe de confiance légitime, raisonnablement se dispenser de prévoir une période transitoire préalablement à l'imposition d'une règle légale en matière de communication d'informations professionnelles des professionnels de la santé vers le public, dans la mesure où une telle règle existait déjà, en substance, dans le code de déontologie pharmaceutique. Ce faisant, la Cour a uniquement pris en considération le fait que la règle était suffisamment prévisible pour les pharmaciens. Elle n'a porté aucune appréciation sur la nature des prescriptions d'un code de déontologie non rendu obligatoire par le Roi.

10. L'arrêt n° 105.673 du 19 avril 2002 du Conseil d'État, cité par les requérantes, n'est pas de nature à accréditer leur thèse, puisque cet arrêt statue sur une demande d'annulation d'un arrêté royal portant approbation du code de déontologie de l'Institut professionnel des agents immobiliers. Le Conseil d'État, dans cet arrêt, n'a pas examiné la recevabilité d'un recours dirigé contre un code de déontologie dépourvu de caractère obligatoire.

Il est en revanche vrai que, comme l'indique la requérante, le Conseil d'État, dans son arrêt de suspension, n° 45.471 du 23 décembre 1993, après avoir constaté que « le code de déontologie médicale et ses adaptations ne reçoivent force obligatoire que par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres », a néanmoins jugé que « le texte de l'article 37, b), nouveau du code de déontologie médicale (...) est rédigé sur le mode impératif », « qu'il établit des obligations à charge des médecins » et « qu'ainsi il se donne un caractère réglementaire ». Il en a déduit que le conseil national de l'Ordre des médecins avait excédé ses compétences car il « ne dispose pas du pouvoir réglementaire, celui-ci étant réservé au Roi par l'article 15, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 ».

L'arrêt en question a été rendu en suspension, et dans des circonstances particulières. Il faisait suite à deux autres arrêts (CE, n° 41.825 du 29 janvier 1993 et CE, n° 43.258 du 9 juin 1993) dans lesquels le Conseil d'État avait sanctionné des excès de pouvoir du conseil du Brabant d'expression française de l'ordre des médecins (dans l'imposition de règles relatives à la prise en charge de patients toxicomanes via une circulaire adressée aux médecins de cette province) et du conseil national de l'ordre des médecins (dans l'imposition des mêmes règles à tous les médecins via un « avis » fondé sur l'article 15, § 2, 2°, de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins). Il résultait de ces circonstances particulières que le conseil national entendait rendre obligatoire les règles relatives à la prise en charge des patients toxicomanes et appliquer la règle litigieuse malgré l'absence d'arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, l'ordre des médecins s'étant ainsi attribué un pouvoir réglementaire.

Dans le cadre de la présente affaire, comme déjà souligné, rien ne permet de conclure à la volonté du conseil national de rendre les règles du code de déontologie pharmaceutique obligatoires, malgré l'absence d'arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

11. Les requérantes invoquent également la directive 2006/123/UE (lire « CE ») du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui reprend les « règles des ordres professionnels » parmi les « exigences » réglementées par ce texte. Ceci impliquerait que la directive reconnaît aux règles des ordres professionnels des effets contraignants en droit

Cet argument ne peut être suivi. La directive 2006/123/CE définit l'« exigence » comme étant « toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels ou des règles collectives d'associations professionnelles ou autres organisations professionnelles adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique ». En fonction de cette définition, l'« exigence » ne s'impose que s'il existe une « obligation », une « interdiction », une « condition » ou une « limite » - en d'autres termes un prescrit - que ses destinataires sont contraints de suivre. Tel n'est pas le cas d'un code de déontologie pharmaceutique que le Roi n'a pas rendu obligatoire. Les dispositions d'un tel code ne peuvent être qualifiées d'« exigences » au sens de la directive 2006/123/CE.

12. Au vu de ce qui précède, il doit être constaté qu'aucun argument mobilisé par les requérantes ne permet d'aboutir à la conclusion que l'acte attaqué, qui ne modifie par l'ordonnancement juridique, serait un acte administratif au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

13. La requérante sollicite que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour constitutionnelle :

« L'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnée le 12 janvier 1973 lu ou non en combinaison avec l'article 15, § 1^{er}, *in limine* de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Pharmaciens est-il contraire aux articles 10, 11 et 13 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment au regard du droit d'accès à un juge, en ce qu'il aurait pour effet de ne pas permettre au Conseil d'Etat de connaître d'un recours en annulation contre les dispositions d'un code de déontologie pharmaceutique que leur auteur a entendu rendre contraignantes en particulier à l'égard des autorités disciplinaires, au seul motif que ce code n'aurait pas fait l'objet d'une approbation par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres lui donnant force obligatoire, alors que ces autorités disciplinaires lorsqu'elles assimilent les infractions au code de déontologie à des infractions disciplinaires ne sont pas soumises à un contrôle de pleine juridiction ? ».

Cette proposition de question préjudicielle repose toutefois sur plusieurs postulats erronés.

Comme exposé dans le présent arrêt, rien n'indique que le conseil national de l'ordre des pharmaciens ait entendu rendre obligatoire le code de déontologie pharmaceutique 2020, alors même qu'il n'a pas demandé au Roi d'approuver ce code par un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Par ailleurs, quelles que soient les intentions du conseil national, le code de déontologie pharmaceutique qui n'a pas été approuvé par le Roi n'est en aucun cas contraignant pour les organes disciplinaires de l'Ordre des pharmaciens, le conseil national n'ayant aucun pouvoir de contrainte sur ces organes dans l'exercice de leurs compétences disciplinaires.

Ensuite, la requérante fait état d'une absence de contrôle de pleine juridiction des décisions disciplinaires qui « assimilent les infractions au code de déontologie à des infractions disciplinaires », alors qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation, évoquée précédemment, que sont cassées les décisions disciplinaires fondées sur une violation d'un code de déontologie pharmaceutique que le Roi n'a pas rendu obligatoire.

Enfin, les requérantes n'expliquent pas en quoi l'absence de contrôle de pleine juridiction d'une sanction disciplinaire qui serait fondée sur une prescription reprise dans le code de déontologie serait problématique sur le plan du droit au procès équitable, alors que la même absence de contrôle de pleine juridiction d'une autre sanction disciplinaire ne le serait pas.

Elles n'expliquent pas non plus le lien logique qui unirait, dans cette proposition de question préjudicielle, l'absence de contrôle de pleine juridiction effectué par la Cour de cassation de certaines sanctions disciplinaires infligées par un conseil d'appel de l'ordre des pharmaciens, et l'absence d'un recours en annulation devant le Conseil d'État d'un code de déontologie dépourvu de caractère obligatoire. Telle que la proposition de question est rédigée, les requérantes semblent en réalité déduire l'inconstitutionnalité de l'article 14 des lois sur le Conseil d'État d'une éventuelle violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme par la procédure de cassation, prévue par le Code judiciaire.

Compte tenu du fait que la question préjudicielle repose sur plusieurs postulats erronés et sur la dénonciation d'une prétendue inconstitutionnalité de dispositions légales qui ne sont pas utilisées pour examiner la recevabilité du recours

en annulation, il n'y a pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle.

Dans leur mémoire en réplique et dans leur dernier mémoire, les requérantes sollicitent encore que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour de Justice :

« Un code de déontologie adopté par le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens en exécution d'un arrêté royal numéroté qui le charge "[d'élaborer] les principes généraux et les règles relatifs à la moralité, l'honneur, la discrétion, la probité, la dignité et le dévouement indispensables à l'exercice de la profession, qui constituent le code de déontologie pharmaceutique", et qui prescrit des règles de comportement et/ou des interdictions qui s'appliquent, tantôt spécifiquement aux pharmaciens qui vendent en ligne, tantôt à tous les pharmaciens mais en ayant un impact plus significatif sur l'activité des pharmaciens qui vendent en ligne que sur les autres, est-il une règle technique au sens de la Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information ? »

Cette proposition de question préjudicielle concerne toutefois le bien-fondé du deuxième moyen de la requête, et non la recevabilité du recours en annulation.

Le recours en annulation étant rejeté au stade de la recevabilité, la question préjudicielle ne doit pas être posée.

V. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure au montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 janvier 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État composée de :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La Greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky