

L'Autorité de la concurrence prononce deux non-lieux dans le secteur pharmaceutique

Deux fois n'étant pas coutume, ce double événement mérite que l'on s'y arrête, d'autant plus que ces décisions apportent d'importantes précisions pour le secteur pharmaceutique.

- **L'Autorité reconnaît l'importance de la régulation des prix sur les conditions de concurrence dans le secteur pharmaceutique**

Le premier non-lieu concerne les fabricants d'implants de suture Ethicon et Tyco Healthcare (Décision n°09-D38). Estimant que la pratique, par ces deux sociétés, de prix identiques auprès des établissements de soins pouvait relever de comportements anticoncurrentiels, le Ministre avait saisi le Conseil de la concurrence en 2005. Ces dispositifs étaient inscrits au TIPS (puis sur la LPPR) avec un tarif maximum de remboursement. Les prix pratiqués à l'égard des établissements de soins participant au service public étaient nettement inférieurs à ceux pratiqués auprès des établissements privés, qui s'établissaient au niveau du tarif maximum de remboursement. En réaction aux baisses de prix initiées par le CEPS en 2001, les deux fabricants ont, de façon concomitante, modifié leur stratégie tarifaire, supprimant peu à peu les remises précédemment consenties aux établissements publics et alignant ainsi progressivement leurs prix sur ceux du secteur privé.

L'Autorité a estimé qu'aucun des nombreux éléments saisis par les enquêteurs ne permettait d'étayer la thèse du Ministre. Elle a, en revanche, reconnu l'influence déterminante de la réglementation des prix sur les comportements des deux fabricants, considérant que « *l'évolution des tarifs de remboursement réglementés semblait de nature à pouvoir expliquer à elle seule le comportement adopté par Ethicon et Tyco* ». L'Autorité a ainsi estimé que la régulation incitait les fabricants à adopter un parallélisme de comportement et exclu que l'alignement des prix sur le tarif maximum de remboursement puisse constituer une pratique de prix abusivement élevés, dans la mesure où ce tarif correspond à « *la valeur que la société accorde à ce produit* ».

- **L'Autorité estime « probable » l'existence d'un effet source entre le marché hôpital et ville**

Le Ministre avait saisi le Conseil en 2006. Il estimait qu'en fournissant gratuitement aux hôpitaux sa spécialité Lovenox, Sanofi-Aventis était susceptible d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché du traitement préventif par les Héparines de Bas Poids Moléculaire (HBPM) à l'hôpital ainsi qu'en ville.

Bien qu'elle laisse la question ouverte, l'Autorité semble considérer que, malgré des parts de marché considérables en hausse de 55 – 60% en 2000 à 70 – 75 % en 2004, Sanofi-Aventis pourrait ne pas détenir une position dominante sur le marché hospitalier. S'agissant de la connexité entre les marchés hôpital et ville, l'Autorité estime « *qu'il ne semble pas pertinent de conclure à l'absence d'un effet source qui permettrait de considérer que les marchés du préventif en ville et à l'hôpital ne sont pas des marchés connexes* ». Constatant qu'un laboratoire concurrent, peu présent à l'hôpital, a accru ses ventes en ville, elle relève que, quelle que soit son incidence, l'effet source peut être contourné par une stratégie commerciale ciblée sur le marché ville.

Enfin, l'Autorité prononce un non-lieu à l'égard de Sanofi Aventis, estimant que les autres acteurs présents sur ce marché étaient financièrement et économiquement en situation de « *pratiquer la gratuité pendant une durée relativement longue* ». Elle considère dès lors que cette pratique n'entre pas dans une stratégie d'éviction sur le marché hospitalier. Sur le marché ville, l'Autorité s'appuie sur l'augmentation des parts de marché du laboratoire concurrent pour exclure que la pratique ait pu avoir un effet d'éviction.

Les systèmes unilatéraux d'allocations de quantités à nouveau devant la Cour d'appel de Paris

La Cour de cassation vient d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 novembre 2008 qui, lui-même, avait annulé la décision n° 07-D-46 au terme de laquelle le Conseil de la concurrence avait approuvé les engagements pris par plusieurs laboratoires concernant les systèmes d'allocations de quantités aux grossistes.

La décision des juges suprêmes porte sur un point de procédure. La CSRP alléguait que le principe du contradictoire avait été violé par le Conseil dans la mesure où le rapporteur avait fondé son évaluation préliminaire sur le rapport administratif d'enquête et ses annexes, documents dont, ni le plaignant (la CSRP), ni les laboratoires mis en cause n'avaient eu communication. La Cour d'appel de Paris avait annulé la décision du Conseil au motif qu'elle entendait vérifier que le « *défaut de communication a concerné également la partie mise en cause et porté concrètement atteinte au principe de la contradiction* ». Or, la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel n'avaient pas fait une exacte application de sa jurisprudence antérieure en matière de communication des pièces de la procédure (arrêt Canal 9 du 8 novembre 2008) et qu'ils auraient dû vérifier, « *au besoin d'office, si le défaut de communication du rapport administratif d'enquête et de ses annexes avait porté atteinte aux intérêts de la CSRP* ». Même si le corps jurisprudentiel de la Cour suprême se renforce à cet égard, il est loin d'être évident qu'une telle position soit en tous points conformes avec la jurisprudence communautaire. En tout état de cause, la Cour d'appel devra vérifier, au besoin d'office, si le rapporteur général, pour valider les engagements dans leur version finale, a bien tenu compte de l'ensemble des éléments portés à son attention, et que les éléments non communiqués ne portent pas atteinte aux intérêts de la requérante.

Les engagements souscrits par les Laboratoires auprès du Conseil de la concurrence restent donc encore en vigueur et l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Paris autrement composée. Il importera dès lors de suivre l'affaire Canal 9 afin de voir quelle utilisation la Cour d'appel fera des documents communiqués et quelle sera, *in fine*, sa position quant à leur prise en compte par l'Autorité dans le cadre de la procédure d'engagements.

À (sa)voir

Réorganisation de la DGCCRF

En 2008, un second corps d'enquêteurs, propre à l'Autorité de la concurrence, avait été créé. Un certain nombre d'enquêteurs qui faisaient précédemment parti de la DGCCRF ont ainsi été rattachés au rapporteur général de l'Autorité. Un décret du 23 décembre 2009 est venu préciser le statut des enquêteurs restés membres de la DGCCRF. Le texte crée un « service national des enquêtes » qui a compétence sur l'ensemble du territoire pour rechercher les infractions au droit national et communautaire, en matière de sécurité des produits, de loyauté des transactions et de protection des consommateurs.

Publicité sur Internet : la justice française est compétente

Sanofi Aventis avait assigné Novo Nordisk devant le Tribunal de commerce de Nanterre au motif que certaines des informations diffusées par le biais de son site Internet étaient dénigrantes, à son encontre. En appel, Novo Nordisk avait obtenu gain de cause, la Cour estimant que seules les juridictions danoises étaient compétentes dans la mesure où le site en cause n'aurait pas été spécifiquement destiné au public français. Se fondant sur le règlement « Bruxelles I » applicable aux relations entre le Danemark et les Etats membres de l'Union européenne, les juges suprêmes ont cependant annulé l'arrêt.

Cette conception extensive de l'application extraterritoriale du droit français permet aux opérateurs s'estimant victimes de publicités diffusées par Internet d'obtenir plus aisément la condamnation du contrevenant, mais impose aux laboratoires étrangers d'être particulièrement attentifs aux informations diffusées par le biais de leurs sites Internet.

INTUITY

SOCIÉTÉ D'AVOCATS

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :
CHRISTOPHE HÉNIN

20, RUE DE PRONY
75017 PARIS
TÉL : +33(0)1 43 18 53 53
FAX : +33(0)1 43 18 53 54

www.intuity-legal.com

Christophe Hénin
■ Aspects réglementaires
■ Droit de la concurrence
et de la distribution
■ Responsabilité produit
chenin@intuity-legal.com

Anne-Catherine Maillols-Perroy
■ Aspects réglementaires
■ Responsabilité produit
■ Contentieux
amaillols@intuity-legal.com

Anne Servoir
■ Droit de la concurrence
et de la distribution
■ Aspects réglementaires
aservoir@intuity-legal.com

Floriane Chauveau
■ Droit de la concurrence
et de la distribution
fchauveau@intuity-legal.com