

Nouvel épisode dans le feuilleton législatif en matière de recours collectifs :

« Plus belle la vie » ?

Le 9 février 2010, une proposition de loi sur les recours collectifs a été déposée. C'est le dernier épisode d'une série déjà longue de projets, propositions et rapports qui se sont succédés depuis le souhait formulé par le Président Chirac en 2005 de mettre en place une action de groupe à la française. Le moins que l'on puisse dire c'est que, en l'absence de contrainte communautaire actuelle en la matière, la France prend le temps du débat.

La nouvelle proposition envisage de modifier et compléter les dispositions relatives à l'action en représentation conjointe instituée au bénéfice des associations de consommateurs agréées. En application de l'article L. 422-1 du Code de la consommation, celles-ci ont aujourd'hui la faculté d'agir dans l'intérêt de plusieurs consommateurs personnellement lésés par le fait d'un ou plusieurs professionnels, pour demander réparation de leurs préjudices individuels. Mais force est de constater que, cette action n'a été que très peu utilisée par les associations qui critiquent sa lourdeur et son manque d'efficacité.

Le texte propose d'ouvrir le mécanisme, au-delà des seuls « consommateurs », à toutes les « personnes » ayant « subi des préjudices individuels multiples ayant une origine commune » tout en continuant à limiter son accès aux associations de consommateurs agréées. Le champ d'application de l'action serait ainsi très étendu, et recouvrirait les contentieux relatifs aux dommages corporels subis par des patients à la suite de la prise de médicaments, même s'il est prévu que les domaines concernés seraient déterminés par décret. L'action se déroulerait en deux temps : tout d'abord une phase de détermination d'une responsabilité éventuelle pour « préjudice de masse », puis une évaluation du préjudice de chaque victime sur le fondement de l'*opt-in*. Chaque personne devrait ainsi manifester sa volonté expresse d'être partie à l'action, sachant que les associations pourront recourir au démarchage et à la publicité ! Une transaction, subordonnée à homologation judiciaire, pourrait intervenir à tout moment de la procédure, avec tous les risques que cela comporte pour les fabricants.

Rédigée d'une manière qui ne permet pas d'exclure le contentieux de la responsabilité du fait des médicaments, cette proposition soulève certaines inquiétudes. Toutefois, si la mise en place d'un mécanisme d'action de groupe à plus ou moins brève échéance paraît inéluctable, le contentieux de la responsabilité du fait des produits de santé devrait et pourrait rester hors du champ d'une telle réforme. De nombreux arguments existent et doivent être développés en ce sens : nécessaire respect du contradictoire dans le cadre de contentieux éminemment subjectifs, obligation faite aux demandeurs en responsabilité produit de prouver outre le défaut et le dommage, un lien de causalité, solutions alternatives aux règlements des conflits en matière de santé

Le Ketum à nouveau sur le marché

Le Conseil d'Etat a fait droit à la demande de référé du Laboratoire Ménarini contre la décision de l'Afssaps de suspendre les AMM des spécialités à base de kétoprofène (dont le Ketum), décision fondée sur la persistance de cas de photoallergie. Le Conseil a tout d'abord considéré qu'il existait un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée : efficacité non remise en cause, proportion de patients atteints négligeable, effets indésirables largement imputables au non respect des précautions d'emploi. Il a aussi

tenu compte la position du co-rapporteur instruisant l'arbitrage communautaire demandé par la France qui estimait inchangé le rapport bénéfice/risque du produit et soulignait que les Etats membres consultés n'envisageaient pas son retrait. Par ailleurs, le Conseil a estimé que la condition d'urgence était remplie du fait de la situation économique du Laboratoire. L'information publiée le lendemain, sur injonction du Conseil, par l'Afssaps sur son site Internet minimise la portée de la décision et pose, à nouveau, la question des moyens d'action des Laboratoires à l'encontre des communications des autorités sanitaires.

Bilan de dix-huit mois d'application de la LME : peut mieux faire ...

Le 18 février 2010, les députés Jean Gaubert (PS) et Patrick Ollier (UMP) ont présenté, devant l'Assemblée Nationale, leur rapport d'information sur la mise en application de la LME.

S'agissant de l'objectif de réduction des délais de paiement, les résultats ne sont pas à la hauteur des attentes. La baisse moyenne de 11 jours des délais de paiement est contrebalancée par les 39 accords dérogatoires représentant 20% de l'économie. Les députés relèvent qu'une disposition introduite par la loi HPST est venue modifier l'article 21 de la LME permettant le recours aux accords dérogatoires sans limite de temps alors que cette faculté devait constituer une mesure transitoire. Au surplus, le rapport relève un certain nombre de détournements liés aux interprétations divergentes du mode de computation des délais par la DGCCRF et la CEPC mais surtout au développement de pratiques telles le dépôt-vente ou la vente en consignation qui permettent de contourner les obligations relatives aux délais de paiement.

Les avantages de la négociabilité tarifaire ne sont pas non plus au rendez-vous. Si les marges arrières ont sensiblement diminué (de 30 à 10%), la baisse des prix n'est que de 0,65% au lieu des 2 à 3% attendus. Les abus persistent dans les rapports fournisseurs-distributeurs notamment par des pratiques consistant à modifier conventions uniques ou contrats cadre sitôt ceux-ci conclus. Or, si des adaptations sont possibles, elles ne devraient pas aboutir à remettre en cause l'équilibre des relations tel qu'il résulte de la convention annuelle. La remontée des marges arrières en réductions de prix sur la facture emporte une plus grande transparence tarifaire qui conduit désormais les distributeurs à exiger du fournisseur qu'il leur consente les meilleures conditions proposées à d'autres distributeurs, pratique pourtant interdite par l'article L. 442-6. S'appuyant sur les assignations délivrées en septembre par le Ministre à neuf enseignes de la grande distribution, le rapport rappelle que certaines clauses sont susceptibles de créer un « déséquilibre significatif » entre les parties : pénalités injustifiées, clauses de reprise des invendus ...

Les députés appellent le Ministre à assurer l'effectivité des sanctions prévues par la LME (l'amende peut désormais être portée à trois fois l'indu) et relèvent que Castorama a été condamné, en janvier, par le Tribunal de commerce de Lille, à payer une amende de 3 millions d'euros.

À (s)avoir

Le 19 décembre 2009, le Leem ainsi que certains laboratoires ont signé la « Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet ». Reconnaissant que la vente de médicaments relève du monopole des pharmaciens et que ceux-ci ne peuvent être présents sur leurs sites, deux plateformes de commerce électronique (priceminster et 2Xmoinscher) s'engagent à mettre en place les mesures permettant de détecter et d'empêcher leur mise en ligne. Malgré l'absence notable d'eBay, ce texte constitue une avancée dans la lutte contre le fléau de la vente de médicaments contrefaits sur Internet.

La Commission fait des émules

L'Office of Fair Trading (OFT), autorité de la concurrence britannique, a mis en cause Reckitt. Le Laboratoire a retiré sa spécialité Gaviscon du circuit de la NHS (marché des médicaments pris en charge par le système de santé) alors que celle-ci devait bientôt être générique. L'OFT estime que cette décision est susceptible de constituer un abus de position dominante, dans la mesure où elle aurait pour objet de remplacer la spécialité originale par un produit de deuxième génération, protégé jusqu'en 2016.

On se souvient que ce type de pratiques, dites de « switch » avait été cité en exemple par la Commission dans son rapport d'enquête sectorielle paru en juillet 2009, comme un comportement pouvant être considéré comme abusif. Les développements de l'affaire instruite par l'OFT devront ainsi être suivis avec attention.

INTUITY

SOCIÉTÉ D'AVOCATS

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :
CHRISTOPHE HÉNIN

20, RUE DE PRONY
75017 PARIS
TEL : +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