



HAL
open science

Propriété intellectuelle et concurrence-Droit de la concurrence

Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Propriété intellectuelle et concurrence-Droit de la concurrence. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2018. hal-01765770

HAL Id: hal-01765770

<https://u-paris.hal.science/hal-01765770>

Submitted on 13 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

III. Droit de la concurrence

Au fil des mois ou des années, sous couvert de règles de concurrence, les institutions compétentes ont imposé aux professionnels de santé une certaine « discipline » dans leurs échanges de biens ou de services. Elle n'est pas pour autant, on le sait, toujours respectée...

Le nombre et la nature des affaires auxquelles il a été nécessaire de se référer dans la présente rubrique sont à cet égard révélatrices de la diversité des abus ou écarts susceptibles d'être commis. La vigilance est donc encore et toujours de mise dans l'intérêt, surtout, de la collectivité. L'observation qui précède se vérifie encore au regard de nouveaux développements aptes à nourrir la présente rubrique. En réalité, l'intervention des pouvoirs publics ne faiblit guère. Elle n'est pas toutefois uniforme.

Cet état de choses ne doit pas surprendre. Il tient aux ambitions elles-mêmes du législateur soucieux d'appréhender toutes sortes d'éventualités. Elles sont au demeurant fort nombreuses. Pour le « confort » des différentes parties prenantes, ont été en effet instituées des procédures destinées à sanctionner les fautes peut-être commises ou prévenir les risques de conflits. Il convient ainsi de procéder à un double examen des rapports de concurrence. La première consiste à regarder l'évolution de conflits en cours. L'autre conduit à mettre en exergue les initiatives pour « aménager » autant que faire se peut l'avenir. L'analyse rétrospective **(1)** précédera l'analyse prospective **(2)** des rapports de concurrence.

1 - Santé et analyse rétrospective des rapports de concurrence

La surveillance des rapports de concurrence est, on le sait, un moyen de remédier à toutes sortes de débordements. A cette fin, rien n'a été laissé au hasard. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue. Entre tout d'abord en ligne de compte la diversité des griefs de nature à entraîner l'intervention des pouvoirs publics. Intervient ensuite la spécificité des procédures que ceux-ci ont mises en place à cette fin.

Il en résulte d'importantes possibilités d'intervention au regard des exigences de liberté **(A)** et de loyauté de la concurrence imposées par les textes **(B)**.

A. Réaffirmation de l'exigence de liberté de la concurrence

Pour des raisons de calendrier, la précédente rubrique avait laissé en suspens l'issue que devaient connaître certaines affaires sensibles. Les choses ont évolué depuis lors et permettent de conclure que l'exigence de liberté de la concurrence n'a rien perdu de sa vigueur. En témoignent plus précisément deux décisions récentes qu'il convient d'examiner désormais.

L'une émane de la Cour de justice de l'Union européenne **(a)**. L'autre de l'Autorité de la concurrence **(b)**.

a) De la liberté de concurrence selon la Cour de justice de l'Union européenne : affaire C-179/16

Comme la présente rubrique le révèle, les enjeux de santé publique appellent une surveillance particulière des pratiques de concurrence. Un partage s'opère alors entre leur licéité ou, au contraire, leur illicéité au regard d'un dispositif de grande ampleur. L'interdiction des ententes anticoncurrentielles, en particulier, reste en toute hypothèse à définir et mettre en œuvre dans toutes sortes de situations. Il est clair de ce point de vue que les pouvoirs publics doivent rester vigilants pour empêcher que se développent des comportements qui l'enfreignent. Comme il a été précédemment montré, il arrive néanmoins que les laboratoires pharmaceutiques n'en tiennent guère compte. Il en est ainsi par exemple au regard d'arrangements « douteux » qu'ils estiment nécessaires au succès de leur stratégie.

On en revient ici, sous un jour particulier, à une affaire très sensible abondamment commentée en son temps en droit interne¹⁶. Elle resurgit au regard d'une « pure » question de droit de la concurrence¹⁷. La Cour de justice de l'Union européenne, au travers d'une réponse à la question préjudicielle qui lui avait été posée par le Conseil d'État italien, vient en effet de se prononcer sur la « valeur » de pratiques mises en place par les groupes pharmaceutiques Roche et Novartis¹⁸. Etait plus précisément en cause, on le sait, la signification, en termes de conformité au droit de l'Union européenne, du contrat de licence signé entre ces deux parties en vue de la commercialisation d'un médicament ophtalmologique, le Lucentis. Selon l'Autorité garante du respect de la concurrence et des règles du marché, Italie (AGCM), ces deux entités avaient effectivement conclu une entente contraire à l'article 101 TFUE, visant à obtenir une différenciation artificielle des médicaments Avastin et Lucentis, en manipulant la perception des risques de l'usage de l'Avastin en ophtalmologie.

A l'issue d'une analyse approfondie de l'accord litigieux, la Cour de justice considère qu'il constitue bien une restriction de la concurrence par objet **(1)**, sans qu'aucun élément puisse en faire disparaître le caractère illicite **(2)**.

16 - Cf. P. Paubel, Recommandations temporaires d'utilisation : encore des évolutions [JDSAM 2014 n°4](#) p.41 ; J. Peigné, Les recommandations temporaires d'utilisation (RTU) validées par le Conseil d'Etat RDSS 2016 p. 746 ; V. Vioujas, L'encadrement des prescriptions hors AMM par les recommandations temporaires d'utilisation : d'une arme « anti-Mediator » à un instrument « anti-Roche » » RGDM 2015 panorama de droit pharmaceutique 2014 p.71

17 - Cf. [JDSAM 2017 n°16](#) p.95

18 - CJUE, 23 janvier 2018 aff. C-179/16 F. Hoffmann-La Roche Ltd, Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ; Conclusions Avocat général H. Saugmnsgaard o/e présentées le 3 septembre 2017 ; CJUE Communiqué de presse n°6/18 du 23 janvier 2018

1- D'une pratique constitutive d'entente par objet

En l'espèce, il revenait en vérité à la Cour de caractériser l'infraction à l'article 101 TFUE au regard de la seule diffusion d'informations relatives aux effets indésirables de l'Avastin utilisé hors AMM (points 76 s.). Dans ce contexte, la Cour de justice motive sa décision au regard d'une double considération.

En premier lieu, d'un point de vue général, la notion de restriction « par objet » implique la réunion de conditions strictes et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Différents critères, en l'espèce dûment énumérés, président à une telle détermination. Dans ce contexte, le système de pharmacovigilance institué par les textes conduit à un examen des modalités de l'examen de l'innocuité du produit en cause par les autorités compétentes.

En second lieu, sous l'angle des caractéristiques du marché du médicament, la qualité de l'information transmise aux instances compétentes joue un rôle qui ne saurait être impunément dénaturé. Le caractère éventuellement trompeur des informations communiquées par les entités concernées suscite la crainte d'un détournement du dispositif applicable. A ce titre, il s'agira en l'espèce pour la juridiction de renvoi de vérifier, si lesdites informations visaient, d'une part, à induire l'EMA et la Commission en erreur et à obtenir l'ajout de la mention d'effets indésirables dans le résumé des caractéristiques de ce produit, afin de permettre au titulaire de l'AMM d'engager une campagne de communication auprès des professionnels de la santé, des patients et des autres personnes concernées dans le but d'amplifier artificiellement cette perception, et, d'autre part, à exagérer, dans un contexte d'incertitude scientifique, la perception par le public des risques liés à l'utilisation hors AMM de l'Avastin, compte tenu, notamment, du fait que l'EMA et la Commission n'ont pas modifié le résumé des caractéristiques de ce médicament en ce qui concerne ses « effets indésirables », mais se sont bornées à émettre des « mises en garde spéciales et précautions d'emploi ». Il est en effet à craindre que la diffusion de telles informations incite les médecins à renoncer à prescrire ce médicament, entraînant ainsi la diminution escomptée de la demande pour ce type d'utilisation (point 93).

La nocivité d'une telle pratique suffit dès lors à caractériser l'existence d'une restriction de la concurrence « par objet ». La Cour répond dès lors en ces termes à l'une des questions posées : « Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la cinquième question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que constitue une restriction de la concurrence « par objet », au sens de cette disposition, l'entente entre deux entreprises commercialisant deux médicaments concurrents, qui porte, dans un contexte marqué par une incertitude scientifique, sur la diffusion auprès de l'EMA, des professionnels de la santé et du grand public d'informations trompeuses sur les

effets indésirables de l'utilisation de l'un de ces médicaments pour le traitement de pathologies non couvertes par l'AMM de celui-ci, aux fins de réduire la pression concurrentielle résultant de cette utilisation sur l'utilisation de l'autre médicament ».

Il restait dès lors à établir le caractère illicite de la pratique litigieuse.

2- D'une pratique illicite

La réponse aux différentes questions qui lui étaient posées est clairement univoque. En d'autres termes, une fois retenue la qualification d'entente anticoncurrentielle par objet, la Cour de justice de l'Union européenne écarte toute possibilité d'impunité. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue.

En premier lieu, la Cour exclut que l'entente puisse être justifiée « en tant qu'accessoire » à l'accord de licence litigieux (points 68 s.). La Cour considère en effet que « le fait que le comportement sanctionné dans la décision de l'AGCM ait visé à réduire les utilisations de l'Avastin et à accroître les utilisations de l'Aventis de sorte à rendre ainsi plus rentable l'exploitation par Novartis des droits sur la technologie qui lui avait été concédée par Genentech sur le Lucentis ne saurait conduire à considérer que ce comportement était objectivement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de licence en cause » (point 74).

En deuxième lieu, conformément à sa jurisprudence récente, la Cour de justice écarte toute possibilité d'exemption de l'entente litigieuse au titre de l'article 101 paragraphe 3 TFUE dont elle rappelle les conditions de mise en œuvre. Il lui suffit de relever à ce titre dans la présente affaire que la diffusion d'informations trompeuses relatives à un médicament ne saurait être considérée comme « indispensable » (point 98).

Il n'y a sans doute pas d'autre possibilité de sauvegarder la liberté de concurrence imposée par les textes. D'autres décisions vont encore dans ce sens.

b) De la liberté de concurrence selon l'Autorité de la concurrence : décision n° 17-D-25 du 20 décembre 2017

La « gestion » du développement des génériques dégenère parfois, à l'initiative de certains laboratoires, en des pratiques pour le moins contestables. Il en résulte, on le sait, une réaction sévère des pouvoirs publics que la présente rubrique n'a pas manqué d'évoquer. Une nouvelle condamnation pour pratique anticoncurrentielle a été prononcée récemment par l'Autorité de concurrence à l'encontre du laboratoire Janssen-Cilag et sa maison-mère Johnson et Johnson à hauteur de 25 millions d'euros¹⁹ Leur était plus précisément reprochée la stratégie qu'ils avaient développée pour préserver la commercialisation de leur

19 - Autorité de la concurrence, Décision n° 17-D-25 du 20 décembre 2017 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

médicament, le Durogésic, des effets de la mise sur le marché par d'autres de « son » générique²⁰.

A l'heure où ces lignes sont écrites, le texte lui-même de la décision n'a pas encore été publié. Mais le communiqué de presse à la disposition des lecteurs livre les éléments principalement retenus en l'espèce. L'Autorité de la concurrence sanctionne plus précisément un détournement de procédure commis dans ce cadre (1) et des pratiques de dénigrement (2).

1- Sanction d'un détournement de procédure

La décision étudiée a pour point de départ la saisine de l'Autorité de la concurrence par le laboratoire détenteur d'autorisations de mise sur le marché du générique du médicament précité. Le pluriel que l'on emploie ici se réfère à la mise en œuvre de l'ensemble du dispositif mis en place pour permettre à un laboratoire appartenant à l'Union européenne de se prévaloir de ses droits dans les autres États membres.

Après la délivrance en Allemagne et au sein de l'Union européenne de l'autorisation de mise sur le marché du générique « litigieux », la Commission a enjoint les États membres concernés de faire de même dans un délai de 30 jours. Mais, au lieu de laisser la procédure suivre son cours, Janssen-Cilag est intervenue à plusieurs reprises auprès de l'AFSSAPS pour des raisons et selon des modalités dont l'Autorité de la concurrence établit le caractère illicite.

En premier lieu, le détournement de procédure est défini comme tel par l'Autorité de la concurrence au regard de l'intrusion du laboratoire Janssen-Cilag dans le processus lui-même de délivrance de l'AMM dont le génériqueur était appelé à bénéficier. Lors de ces échanges avec l'AFSSAPS, le premier a essayé de la convaincre qu'elle disposait d'une marge de manœuvre qui, en réalité, était purement fictive.

En deuxième lieu, le détournement de procédure est également caractérisé par l'influence de cette intervention induite sur le délai de délivrance de l'AMM. L'Autorité de la concurrence observe en effet que les manoeuvres dilatoires et autres arguments alarmistes ont eu pour effet de créer auprès de l'AFSSAPS un climat de suspicion qui ne pouvait que ralentir la décision finale. Celle-ci a bien reconnu le statut de génériques aux spécialités concurrentes du Durogésic, assortissant cette autorisation d'une mise en garde recommandant une surveillance médicale attentive de certains patients en cas de changement de spécialité à base de fentanyl.

Il a été encore reproché à Janssen-Cilag d'autres agissements.

20 - Cf. *ante* Autorité de la concurrence, Décision n° 09-D-28 du 31 juillet 2009 relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

2- Sanction de pratiques de dénigrement

L'Autorité de la concurrence prend également en compte le contenu de la stratégie de communication mise en œuvre par Janssen-Cilag. Elle souligne qu'après la délivrance de l'AMM aux génériques de fentanyl transdermique, cette entreprise « a diffusé massivement auprès des médecins et pharmaciens exerçant en ville et à l'hôpital, via différents procédés, un discours dénigrant les spécialités concurrentes de Durogesic ». Au-delà de l'inventaire des messages litigieux, l'Autorité de la concurrence en examine également les effets négatifs sur le marché considéré.

Dans un premier temps, l'Autorité de la concurrence se livre à un examen minutieux des interventions de Janssen-Cilag auprès de multiples professionnels de santé. Il lui est en particulier reproché « d'avoir dénaturé le contenu de la mise en garde émise par l'AFSSAPS en procédant à une présentation inexacte et incomplète des risques, liés à la substitution, véhiculant ainsi un discours anxiogène (...)».

Dans un second temps, l'Autorité de la concurrence insiste sur la gravité des pratiques mises en place Janssen-Cilag pour avoir retardé l'arrivée des génériques sur le marché et empêché leur développement. Chiffres à l'appui, elle constate que « l'effet d'éviction des concurrents a été quasiment absolu, en rendant impossible la commercialisation des spécialités concurrentes génériques du Durogesic et la reconnaissance de leur statut de générique ».

De telles pratiques portent clairement atteinte aux objectifs poursuivis par les textes. Il n'est donc pas surprenant que l'Autorité de la concurrence les ait sanctionnées, comme elle l'avait fait au demeurant dans le passé. Il apparaît clairement que le comportement litigieux analysé dans ces développements ressemble fort à celui reproché par exemple à Sanofi-Aventis²¹ et Schering-Plough²². Il ne peut en effet y avoir de liberté de la concurrence qu'au travers de procédés exempts de toute contrainte sur les choix susceptibles d'être opérés par les acteurs d'un marché donné.

D'autres stratégies ont vocation à être sanctionnées dès lors qu'elles constituent des atteintes à la loyauté de la concurrence.

B. Réaffirmation de l'exigence de loyauté de la concurrence

La protection des opérateurs économiques occupe également, on le sait, une place essentielle du droit de la concurrence. En d'autres termes, la vigilance qui s'impose à ce titre conduit à élargir les perspectives offertes au contrôle

21 - Cf. Autorité de la concurrence, Décision n°13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr ; *adde* en dernier lieu, Com., 18 décembre 2016 [JDSAM 2017 n°16](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) p.97 et nos observations

22 - Autorité de la concurrence, Décision n°13-D-21 du 19 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr ; [JDSAM 2014 n°2](http://www.autoritedelaconcurrence.fr) p. 83 et nos observations

de l'exercice du « commerce ». Il n'est plus alors question de ses incidences sur un marché donné, mais de la qualité des rapports concurrentiels qu'impose un principe général de responsabilité.

Le contentieux qui s'y rattache s'inscrit dans une perspective d'autant plus large que l'obligation de répondre de sa faute à l'égard d'un concurrent donné est loin d'entrer dans un cadre rigide. En témoignent des décisions récentes dans lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer sur la réalité d'agissements déloyaux reprochés en l'espèce à des professionnels de la distribution de produits de santé.

L'étude à mener sur cette orientation conduit à s'intéresser à deux cas de figure. L'un concerne le transfert de documents contenant des informations confidentielles (1). L'autre est relatif à la copie d'un produit concurrent (2).

1- De la désorganisation d'une entreprise constituée par le transfert de documents contenant des informations confidentielles

Dans la rigueur des principes, la constitution d'une entreprise exige une certaine réserve. Au-delà de contraintes spécifiques imposées par les pouvoirs publics, s'impose le respect des intérêts d'éventuels concurrents. La notion de concurrence déloyale y contribue au travers de différentes interdictions qui alimentent un contentieux abondant.

Un exemple des difficultés susceptibles de se poser est donné par un arrêt récent de la Cour de cassation²³. Etaient plus précisément en cause ici la part prise par d'anciens salariés dans le transfert de documents confidentiels en direction d'une nouvelle entité concurrente. L'hypothèse n'est assurément pas nouvelle. Mais elle détermine sans aucun doute un problème de qualification au regard des possibilités offertes par les textes. En l'espèce, l'action avait été intentée sur le fondement de l'action en concurrence déloyale par une entreprise spécialisée dans la distribution de produits cosmétiques et de nutrition.

Il s'agissait alors pour les juges de rechercher l'existence possible d'une déloyauté susceptible de tomber sous le coup du droit de la responsabilité civile. La réponse donnée par les Hauts magistrats est double. En premier lieu, ils approuvent les juges du fond d'avoir retenu en l'espèce une désorganisation fautive de l'ancienne structure par les salariés à l'origine du transfert d'un nombre important de données confidentielles. En second lieu, ils confortent également la formulation de l'arrêt d'appel quant à la nature du préjudice subi. Il est en effet généralement admis que d'actes de concurrence déloyale s'infère nécessairement un trouble commercial²⁴.

23 - Com., 13 septembre 2017 Contrats Concurrence Consommat. 2017 comm. 242 observations M. Malaurie-Vignal

24 - Cf. notamment en ce sens, F. Greffe et P. Greffe, Concurrence déloyale et parasitaire J.Cl Marques-Dessins et modèles Fasc. 3495 n°12; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, Répertoire Dalloz Droit commercial Vo Concurrence déloyale n°123; J. Larriue, Un an de droit de la concurrence déloyale Propr. ind. 2017 chr. 9 n°22

Les frontières de la concurrence déloyale restent à déterminer dans d'autres situations.

2- De la copie d'un produit concurrent

L'exercice de l'action en concurrence déloyale se heurte le cas échéant à des obstacles de nature diverse. Dans le fond, tout d'abord, il est clair que sont susceptibles de lui être opposés différents arguments. Le premier réside de toute évidence dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'autre résulte d'une « casuistique » pour le moins aléatoire. Dans la forme, ensuite, il apparaît également que le contenu des décisions est étroitement lié aux contraintes attachées à certaines procédures. La copie du produit d'un concurrent n'est ainsi sanctionnée au titre de la concurrence déloyale que dans des cas limités. On prendra ici pour exemple l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 septembre 2017 dans le cadre d'une procédure de référé intentée par une entreprise en vue de la défense de ses produits (compléments alimentaires) qu'elle considérait comme abusivement reproduits par un concurrent²⁵.

Il convient certainement, à ce stade, de faire la part des choses. En d'autres termes, l'arrêt doit être compris tel que l'exige une procédure de référé. S'il dit en effet que « le simple fait de copier un produit concurrent qui n'est protégé par aucun droit privatif ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale », il ne répond en vérité qu'à l'erreur commise par les juges du fond dans leur choix de mesures d'urgence. Dans cette perspective, pour ainsi dire, tout reste à faire. Il appartiendra en effet à la juridiction de renvoi, dans le prolongement de cet arrêt, de rechercher la présence, ou non, d'un risque de confusion²⁶.

Malgré la diversité des espèces évoquées jusqu'alors, se maintient au fond une approche traditionnelle des difficultés de concurrence. Il peut toutefois arriver également que soient « lancées » des pistes plus ouvertes vers l'avenir.

2 - Santé et analyse prospective des rapports de concurrence

Le droit de la concurrence manquerait certainement sa cible s'il ne consentait pas à réfléchir à des perspectives d'amélioration de l'existant. Dans cette optique, les pouvoirs publics se sont en effet préoccupés d'instituer des mécanismes autorisant les autorités compétentes à intervenir le cas échéant par des études ou mises en garde spécifiques.

Le domaine de la santé constitue, on le sait, une parfaite illustration de cette capacité (ou nécessité..) d'adaptation. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, le « spectre » des initiatives en la matière est suffisamment large pour susciter toutes sortes d'interrogations. Ensuite,

25 - Com., 27 septembre 2017 Contrats Concurr. Consomm. 2017 comm. 143 observations M. Malaurie Vignal

26 - Cf. notamment en ce sens Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015 Propr. intell. 2015 n°57 p.469 observations P. de Candé

la dynamique des échanges n'est pas toujours sans danger. On ne s'étonnera pas dès lors que la réactivité soit de mise en la matière pour inciter au changement ou contrôler la réalisation de projets à risques.

Dans ce contexte dont il est facile de mesurer les enjeux, plusieurs modalités d'intervention peuvent être envisagées. Les unes tendent à l'amélioration du fonctionnement de la concurrence dans le secteur du médicament et de la biologie médicale **(A)**. Les autres correspondent à la nécessité d'un contrôle des opérations de concentration **(B)**.

A. De l'amélioration future du fonctionnement de la concurrence dans le secteur du médicament et de la biologie médicale

La compétence consultative de l'Autorité de la concurrence l'a conduite à intervenir à différentes reprises dans le domaine de la santé. Elle a en effet lancé dans ce cadre, on le sait, différentes enquêtes sectorielles et publié différents avis pour faire des recommandations dans l'intérêt des différentes parties prenantes²⁷. Elles n'ont pas cependant toutes connu les suites espérées. En dépit d'une première intervention, l'Autorité de la concurrence a de nouveau en effet mobilisé l'attention des professionnels dans le domaine du médicament et de la biologie médicale²⁸. Elle espère de la sorte « émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement du secteur ».

Elle se préoccupe plus précisément dans ce cadre de deux points essentiels : la chaîne de distribution du médicament **(a)** et la fixation de son prix **(b)**.

a) De la chaîne de distribution du médicament

La question n'est assurément pas nouvelle. Mais elle continue à mobiliser l'attention des pouvoirs publics. L'Autorité de la concurrence s'en saisit de nouveau en l'espèce dans l'espoir d'une réelle amélioration du dispositif actuel. Son objectif est double. Il consiste à renforcer le rôle des intermédiaires **(1)** et trouver des opportunités de développement pour les pharmaciens et laboratoires de biologie médicale **(2)**.

27 - Cf. notamment en ce sens, Avis n°12-A-23 du 13 décembre 2012 relatif à la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés vente en ligne de médicaments non remboursables ; Avis n°13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêtés relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique ; Avis n°13-A-24 du 19 décembre 2013 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville ; Avis n°16-A-09 relatif à deux projets d'arrêtés concernant le commerce électronique de médicaments ; Avis n°16-A-24 du 16 décembre 2016 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de des audioprothèses à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

28 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-SOA-01 du 20 novembre 2017 relative à une saisine d'office pour avis portant sur les secteurs du médicament et de la biologie médicale Communiqué du 21 novembre 2017 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

1- Du renforcement du rôle des intermédiaires

L'Autorité de la concurrence cherche ici à trouver des remèdes à une situation qu'elle avait déjà examinée et jugée « déséquilibrée ». Elle avait fait ce constat au regard de la négociation du prix d'acquisition des médicaments non remboursables entre les laboratoires pharmaceutiques et les intermédiaires de la distribution (grossistes-répartiteurs, sociétés de regroupement à l'achat et centrales d'achat pharmaceutiques). Il lui était apparu que les laboratoires avaient à cet égard adopté une stratégie consistant à ne pas accorder de remises significatives aux intermédiaires et à privilégier la vente directe aux pharmacies au risque, pour les plus petites entreprises, faute de pouvoir de négociation, de ne pas pouvoir offrir aux patients des prix compétitifs.

Pour l'avenir, l'Autorité examinera « dans quelle mesure les équilibres économiques et concurrentiels de la chaîne de distribution du médicament se sont modifiés, s'agissant en particulier du rôle spécifique joué par les intermédiaires sur le marché et des dynamiques de fabrication des prix de vente ».

D'autres pistes sont à explorer.

2- D'opportunités de développement pour les pharmaciens et laboratoires de biologie médicale

L'enquête de nouveau ouverte par l'Autorité de la concurrence cherche également à lever des blocages qu'elle avait au demeurant déjà soulignés, sans pour autant que son analyse ait été suivie d'effets. En d'autres termes, ni l'ouverture encadrée du monopole officinal pour les médicaments vendus sans ordonnance, ni l'assouplissement des règles de vente en ligne de ces médicaments n'ont véritablement « prospéré », contrairement aux évolutions intervenues dans des pays voisins.

Pour cette raison, l'Autorité se propose d'explorer de nouvelles pistes visant à adapter l'activité des pharmaciens d'officines et « à développer l'offre de la vente au détail de médicaments ». Dans ce cadre également pourraient être examinées de nouvelles questions, telles que « la création de chaînes de pharmacies, l'intérêt et, le cas échéant, les modalités d'une ouverture du capital des pharmacies ou encore l'assouplissement des règles concernant la publicité ». L'Autorité précise également qu'elle élargira son enquête aux laboratoires de biologie médicale et pourra « émettre des recommandations concernant une réorganisation et une modernisation de leur activité ».

Un autre point essentiel ne pouvait rester en suspens.

b) De la fixation du prix des médicaments

A un moment ou à un autre, l'examen de la distribution des médicaments appelle nécessairement un regard sur ses modalités financières. L'Autorité de la concurrence ne manque pas de le faire.

En premier lieu, pour les médicaments remboursables, l'Autorité s'interroge sur la possibilité de faire évoluer le

dispositif actuellement en vigueur (critères tels le niveau d'amélioration du service médical rendu ou les prix pratiqués ailleurs en Europe) pour l'amender ou y intégrer d'autres paramètres.

En deuxième lieu, pour les génériques, l'Autorité précise qu'elle évaluera « l'effet des importantes remises consenties par les laboratoires aux officines sur l'équilibre de la chaîne de distribution du médicament ». Elle examinera également si ces remises sont ou non répercutées dans les prix réglés par les patients. En troisième lieu, en ce qui concerne les achats de médicaments par les hôpitaux, dont les prix sont libres, l'Autorité précise qu'elle s'intéressera plus particulièrement au pouvoir de négociation de ces derniers vis à vis des laboratoires.

Des perspectives d'amélioration des rapports concurrentiels s'ouvrent ainsi largement dans un secteur particulièrement sensible. Les pouvoirs publics agissent également en ce sens pour des opérations d'un autre « genre ».

B. Du contrôle des opérations de concentration

D'après des informations concordantes, les concentrations dans le secteur pharmaceutique sont manifestement dans « l'air du temps ». Il est même question à leur propos d'une reprise décisive²⁹. Mais un autre regard s'impose. L'espoir de retombées positives pour les entreprises concernées est sans doute un signal fort. Il n'en demeure pas moins des menaces pour l'ouverture des marchés recherchée par les textes.

L'intervention des autorités de concurrence s'impose dès lors afin que soit préservé, pour l'avenir, des stratégies susceptibles de nuire à la qualité et l'intensité des rapports de concurrence. Il s'agit, on le sait, d'éviter que des entreprises actives sur les marchés de santé choisissent en quelque sorte de s'approprier à leur profit exclusif un marché donné. Les procédures mises en place permettent aux autorités compétentes de vérifier l'innocuité d'opérations sensibles.

Ainsi, doit être successivement examiné le contrôle qu'opère en la matière la Commission de l'Union européenne **(a)** ou l'Autorité de la concurrence **(b)**.

a) Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

Il y a de toute évidence beaucoup à apprendre de l'activité de la Commission. D'une part, elle donne la juste mesure du dynamisme de certains secteurs d'activités. D'autre part, elle livre une méthode et des arguments utiles à la compréhension des choses³⁰. Deux exemples récents sont utiles à la démonstration dans le domaine de l'optique **(1)** et des produits d'hygiène féminine **(2)**.

1- Concentration dans le secteur de l'optique : CZ/DT/Carl Zeiss Smart Optics³¹

Il est question dans cette opération de la constitution d'une entreprise commune à l'initiative d'acteurs dont la Commission décrit au préalable les activités en vue de la commercialisation d'un système pour lunettes intelligentes³². D'un côté, Carl-Zeiss Stiftung contrôle Carl Zeiss AG et Schott AG. Ces deux entités sont présentes l'une dans les secteurs de l'optique et de l'optoélectronique ; la seconde exerce ses activités dans les domaines des verres spéciaux et de la vitrocéramique. De l'autre, Deutsche Telekom est présent à l'échelle mondiale dans les secteurs des télécommunications et des technologies de l'information. Enfin, Carl Zeiss Smart Optics est impliquée dans la mise au point de lunettes intelligentes.

La Commission donne son approbation à l'opération en cause au regard du faible enjeu concurrentiel qu'elle comporte.

2- Concentration dans le secteur des produits d'hygiène féminine : CVC /Teva's women's Health Business³³

La Commission de l'Union européenne a également approuvé l'acquisition par CVC d'actifs de santé féminine détenus jusqu'alors par Teva. L'opération concerne notamment la vente de plusieurs traitements affectés au traitement de pathologies spécifiques. La Commission précise que l'activité internationale de santé des femmes de Teva comprend la production et la fourniture de produits pharmaceutiques pour la santé des femmes dans le monde entier, à l'exception des États Unis. Le groupe est également actif dans la gestion et la fourniture de conseils aux fonds d'investissement et aux plateformes.

La Commission approuve l'opération en cause au regard de sa faible incidence sur les rapports de concurrence. Elle observe en particulier le peu de chevauchements entre les activités de Teva International Women's Health et celles d'Alvoge aux États Unis et DOC Generici d'Italie, deux sociétés en portefeuille contrôlées par CVC sur les marchés de produits pharmaceutiques. « En particulier, pour l'acide risédronique, un médicament utilisé pour traiter l'ostéoporose, la présence de fournisseur de génériques avec des parts de marché est significativement plus élevée que les augmentations induites par la transaction ».

Des enseignements peuvent également être retirés du contrôle opéré par l'Autorité de la concurrence

b) Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

Certaines activités des entreprises nationales appellent, on le sait, une surveillance confiée par les pouvoirs publics

29 - Cf. en ce sens Les Echos, 9 janvier 2018 à consulter sur le site Internet www.lesechos.fr ; Le Figaro, 23 janvier 2018 p. 20; Le Monde, 24 janvier 2018 Economie p.1

30 - Les décisions rendues dans les affaires M.7746 Teva/Allergan Generics et M. 7982 Abbott Laboratories / Alere ont été intégralement publiées

31 - Affaire M.8612 Décision du 6 décembre 2017 Communiqué de presse du 6 décembre 2017 MEX/17/5149 p.3, JOUE C 482 du 13 décembre 2017 p.6 Texte intégral disponible en allemand

32 - JOUE C 393 du 21 novembre 2017 p.15

33 - Affaire M.8675 Décision du 21 décembre 2017 Communiqué de presse du 21 décembre 2017 MEX/17/5405 p.4

à l'Autorité de la concurrence. Il lui revient ainsi de procéder au contrôle des concentrations dans les conditions posées par les textes. Les décisions rendues au cours de la période étudiée contrastent avec les précédentes.

La dimension des concentrations dont l'Autorité a eu à connaître l'a en effet conduite à un examen particulièrement bref des données de chaque espèce. On ne peut dès lors qu'en faire un court inventaire selon les marchés auxquels appartenaient les opérations en cause.

1- De concentrations sur le marché de la biologie médicale

Deux décisions rendues par l'Autorité de la concurrence concernent des opérations mettant en cause des entités actives sur les marchés de biologie médicale. Elle leur donne son autorisation, compte tenu de la faible importance des parts de marché.

La première porte sur la prise de contrôle conjoint de la société Bio Paris Ouest par les sociétés Biogroup LCD et Vicabio, formalisée par un protocole d'accord en date du 27 juillet 2017³⁴. Elle est plus précisément décrite au regard « de prestations d'analyses de biologie médicale et, à l'amont, les marchés de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie ».

La seconde, du 12 janvier 2018³⁵, est relative dans ce même secteur à la prise de contrôle exclusif de la société Paris Ouest par la société Biogroup LCD, formalisée par un protocole d'accord en date du 20 décembre 2017.

2- D'une concentration sur le marché de la fourniture d'emballages pour des produits

On signalera également une décision de l'Autorité de la concurrence par laquelle elle autorise le groupe Blackstone à prendre le contrôle de différentes entités actives dans le secteur de la fourniture d'emballages pour produits cosmétiques³⁶.

3- De concentrations sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers

L'Autorité de la concurrence a eu également à connaître de deux opérations de concentration sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers.

La première a été considérée comme n'étant pas de nature à porter atteinte à la concurrence et, dès lors, autorisée

dans une décision du 29 novembre 2017³⁷. Elle consistait en l'acquisition du contrôle exclusif d'entités actives dans les secteurs de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers, soins de suite et réadaptation, hospitalisation à domicile et chirurgie esthétique de confort.

La seconde en est aujourd'hui à un stade bien antérieur. L'Autorité de la concurrence a reçu notification le 15 janvier 2018 d'un projet de concentration dans le secteur de l'offre de diagnostics et de soins hospitaliers. Il consiste en l'acquisition par Eurazeo du contrôle exclusif de la société C2S. La date limite de dépôt des observations des tiers a été fixée au 8 février prochain.

Les initiatives susceptibles d'engager le devenir d'une sphère d'activités aussi sensibles que celles de la santé sont ainsi étroitement surveillées. Nul ne saurait s'en étonner ou le déplorer au mépris d'enjeux essentiels à la « survie » d'autres professionnels ou simples citoyens.

Caroline Carreau

34 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-185 du 10 novembre 2017 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Bio Paris Ouest par les sociétés Biogroup LCD et Vicabio à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

35 - Autorité de la concurrence, Décision n°18-DCC-09 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Bio Paris Ouest par la société Biogroup LCD à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

36 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-198 du 29 novembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de cinq sociétés du groupe SHP et de Kunshan Mongmei Commerce & Trade par le groupe Blackstone à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

37 - Autorité de la concurrence, Décision n° 17-DCC- 200 du 29 novembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Alma Expansion et Alma Patrimoine par Antin Infrastructure Partners à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr