



HAL
open science

Chronique permanente “ Droit de la concurrence ”

Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Chronique permanente “ Droit de la concurrence ”. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2024, 42, pp.135-144. hal-04903629

HAL Id: hal-04903629

<https://u-paris.hal.science/hal-04903629v1>

Submitted on 21 Jan 2025

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.

Chronique permanente « Droit de la concurrence »

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Résumé

Le défi majeur des règles de concurrence est de parvenir à concilier deux impératifs à l'opposé l'un de l'autre. Sans doute, la liberté est-elle le principe. Mais elle se heurte à de nécessaires contraintes. La solution réside dans une forme de « sagesse » imposée à l'ensemble des parties prenantes. Il reste à les identifier. D'un côté, les entreprises doivent prendre leurs responsabilités au travers de stratégies irréprochables. De l'autre, les pouvoirs publics doivent agir dans l'intérêt commun. D'une part, il leur est demandé de mener une politique de santé à la hauteur des enjeux à satisfaire. D'autre part, ils sont tenus de contrôler à bon escient les choix de concurrence opérés par les acteurs du marché.

La présente rubrique cherche à rendre compte de la bonne ou mauvaise réalisation de ces objectifs.

Mots-clés

Politique de santé – Médicaments – Pandémie – Aide d'État – Union européenne – Pratiques anticoncurrentielles – Entente – Abus de position dominante – Contrôle – Préjudice – Opérations de concentration.

Abstract

The major challenge of competition rules is to reconcile two imperatives that are at odds with each other. Freedom is undoubtedly the principle. But it comes up against necessary constraints. The solution lies in a form of "wisdom" imposed on all stakeholders. They still need to be identified. First, companies must take responsibility through irreproachable strategies. Then, public authorities must act in the common interest. On the one hand, they are asked to conduct a health policy that meets the challenges to be met. On the other hand, they are required to judiciously monitor the competition choices made by market players. This section seeks to report on the success or failure of these objectives.

Keywords

Health policy – Medicines – Pandemics – State aid – European Union – Anti-competitive practices – Cartels – Abuse of dominant position – Control – Harm – Mergers.

Les besoins de la collectivité liés à la santé appellent une réponse qui, par définition, ne saurait trop attendre. Ils mobilisent par là-même toutes les anticipations, compétences et synergies aptes à les satisfaire. Chacun y prend sa part autant que nécessaire ou possible.

Les défis en la matière sont en effet immenses. Ils relèvent tout d'abord d'avancées scientifiques ou techniques souvent en devenir. Ils doivent ensuite rassembler les fonds aptes à en assurer la mise en œuvre à grande échelle. L'action des pouvoirs publics est ainsi appelée à se conjuguer avec des initiatives privées organisées à cette fin.

Les questions posées dans ce cadre couvrent en vérité l'ensemble des phases qu'implique la poursuite de l'objectif poursuivi.

L'approche pluridisciplinaire qui y préside inclut logiquement le droit de la concurrence. La santé demeure en tout état de cause un bien commun qu'il s'agit de préserver du mieux possible. Ainsi, il revient aux États de définir les mesures qui s'imposent à cette fin et maintenir une certaine discipline dans les échanges marchands qui en résultent. Dans cette optique, est appelée à jouer une politique éminemment volontariste. L'intervention des pouvoirs publics se traduit alors par une approche des rapports de concurrence qui peut être soit incitative **(1)** soit corrective **(2)**.

1. Santé et approche incitative des rapports de concurrence

L'acuité des questions de santé est telle que les pouvoirs publics n'ont véritablement d'autres choix que d'en prendre la juste mesure et agir du mieux possible. Il leur revient à ce titre d'améliorer l'existant par tous moyens qu'ils jugent opportuns. Leur champ d'action est ainsi largement ouvert.

Il recouvre l'ensemble des besoins qu'ont à satisfaire les différentes parties prenantes. On imagine par cette seule observation l'étendue de la tâche à entreprendre en termes de structures, d'accès et qualité des soins, de progrès des traitements notamment. Pour la mener à bien, autant que faire se peut, s'impose une politique incitative qui couvre tout à la fois les intérêts scientifiques **(A)** et financiers en jeu **(B)** dans le respect des règles de concurrence.

A. Incitation scientifique

Un aspect essentiel de la question posée réside dans la capacité à créer les conditions nécessaires à un redéploiement ou renouvellement des thérapies offertes à la communauté des patients. La recherche y contribue de toute évidence au travers de priorités dûment identifiées. Pour cette raison des « plans » d'interventions sont régulièrement déployés avec le soutien actif de l'Union européenne¹. La Commission ne manque pas en effet de prendre parti en la matière. L'incitation en est au demeurant le maître-mot. Il est vrai que la période récente a mis en évidence la nécessité d'une réponse adéquate à l'approche des maladies et la gestion du risque de nouvelles pandémies.

La politique ainsi mise en place s'inscrit dans une double perspective : celle d'un domaine **(a)** et d'une mise en œuvre à la hauteur des enjeux recensés **(b)**.

a) Domaine

L'objectif poursuivi a déjà été évoqué dans une précédente rubrique². On ne reviendra donc pas sur l'ensemble du dispositif recherché au sein de l'Union européenne, sauf à souligner de nouvelles prises de position en sa faveur dans la perspective d'une réforme de la législation pharmaceutique³. Il convient en revanche de mettre en évidence l'étendue de son domaine.

L'incitation à de nouvelles mesures en faveur de la santé des citoyens couvre sans doute très largement les maux liés à leur état physique. Témoigne de cette approche l'ensemble des mesures prônées par la Commission dans les publications citées jusqu'alors en exemple. Mais, bien sûr, elle ne saurait s'arrêter là. Désormais une tendance largement partagée se dessine en faveur de la protection de la santé mentale. La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé ne manque pas d'y insister en énonçant que « *la santé est un état de complet bien-être, physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». En d'autres termes, celle-ci doit faire partie de toute politique utile. L'action annoncée par la Commission de l'Union européenne dans une communication du 7 juin 2023 se veut de grande envergure en collaboration avec des partenaires internationaux tels que l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'Organisation de coopération et de développement économique

1 - Cf. sur ce point [JDSAM 2023, n° 38](#), p. 115, avec nos observations.

2 - [JDSAM 2023, n° 38](#), p. 115 précité.

3 - Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil au Comité Économique et social européen (...) du 22 mai 2024 COM(2024) 206 final : L'Union européenne de la santé. Agir ensemble pour la santé des citoyens ; Communiqué de presse IP/24/2523.

notamment (OCDE)⁴. Elle constitue une incitation pour les États membres et les parties prenantes à agir utilement en un domaine qui doit faire partie intégrante de leurs priorités. Il leur est en vérité demandé ici d'entreprendre deux séries d'actions. La première est de se soucier de prévention « *notamment en s'attaquant aux facteurs de risque comportementaux et aux déterminants sociaux, environnementaux et commerciaux* ». La seconde est en quelque sorte plus « visible ». Elle appelle la mise en œuvre et le renforcement de « bonnes pratiques » dûment recensées par la Commission. Celle-ci ne manque d'ailleurs pas d'y revenir dans la Communication de 2024. Elle met à ce titre en exergue plusieurs principes directeurs : la prévention, l'accès à des soins et à des traitements de qualité, la lutte contre la stigmatisation et la réintégration, avec la mise sur un pied d'égalité de la santé mentale et de la santé physique, le soutien à la santé mentale dans tous les domaines d'action (...)⁵.

On ne manquera pas en outre de relever en parallèle l'influence de ces préoccupations en France. Dans la lignée d'actions gouvernementales⁶, le Premier ministre a clairement fait sienne cette priorité. Tout d'abord, au cours de sa première intervention télévisée puis lors des questions au Gouvernement à l'Assemblée nationale le 10 octobre, il a fait part de son intention de « *dire des choses très concrètes sur ce sujet à l'occasion de la journée mondiale de la santé mentale à venir* »⁷.

Pour louables qu'elles soient, ces intentions appellent néanmoins une mise en œuvre qui leur correspond.

b) Mise en œuvre

La question reste largement ouverte dans l'attente de l'entière réalisation des mesures projetées. Mais il est néanmoins possible d'en dessiner d'ores et déjà les grandes lignes. La dynamique de l'approche prônée par la Commission de l'Union européenne repose plus précisément sur deux axes décisifs qu'elle vient au demeurant de rappeler⁸.

En premier lieu, les États membres sont clairement sollicités pour accélérer les initiatives aptes à satisfaire la protection sanitaire de leurs concitoyens. D'une part, individuellement peut-on dire, doit prospérer une politique qui prend en compte l'ensemble des éléments

de nature à répondre à l'attente des patients. Sont ici notamment désignées leurs facilités d'accès à des médicaments « abordables et innovants », leurs possibilités de lutte contre le cancer à tous les stades de la maladie. D'autre part, collectivement, la Commission soutient des projets coopération. Le premier vise à échanger sur les politiques en matière de fixation des prix, de paiement et de marchés publics « afin d'améliorer le caractère abordable et le rapport coût/efficacité des médicaments, ainsi que la pérennité des systèmes de santé »⁹. Le second cherche à soutenir la mise au point et le premier déploiement industriel de traitements innovants et de nouvelles technologies utiles au combat contre différentes maladies.

En deuxième lieu, la Commission insiste sur un autre volet essentiel des actions à entreprendre. Il lui apparaît que les mesures à prendre en faveur de la santé doivent servir une « cause » qui reste d'actualité. La crise engendrée par la propagation à grande échelle de la COVID a en effet révélé l'urgence de mesures d'anticipation pour que rien ne se reproduise de la même façon. Dans cette perspective, elle insiste sur la nécessité d'actions ciblées et coordonnées. D'une part, rien ne saurait se faire sans l'adoption d'un dispositif qui permette de mettre les patients à l'abri de graves périls. Il reste bien sûr à les identifier. Dans le cadre particulier de la COVID, on notera l'adoption d'un nouveau règlement destiné à remédier aux difficultés passées¹⁰. Pour les autres menaces ou inquiétudes, telles que

4 - Communication de la Commission sur une approche de grande ampleur en matière de santé mentale du 7 juin 2023 à consulter sur le site https://health.ec.europa.eu/non-communicable-diseases_en.

5 - Commission européenne, *eod.loc.* p. 22.

6 - Cf. notamment sur ce point différentes analyses à consulter sur les sites Internet du Ministère de la santé et des affaires sociales, www.sante.gouv.fr ; *adde* Le grand défi « Dispositifs médicaux numériques en santé mentale » www.sante.gouv.fr.

7 - Cf. Le Monde du 2 octobre 2024 : « [La santé mentale érigée en grande cause alors que le système est débordé](#) ».

8 - Commission européenne, Communication du 22 mai 2024 COM(2024) 206 final précité ; comp. Réforme de la législation pharmaceutique de l'Union européenne à consulter sur le site Internet https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union/reform-eu-pharmaceutical-legislation_fr.

9 - Commission européenne, *eod.loc.* p. 14.

10 - Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de mesures relatives à une situation d'urgence dans le marché intérieur et à la résilience du marché intérieur et modifiant le règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil (règlement sur les situations d'urgence dans le marché intérieur et la résilience du marché intérieur).

de nouvelles crises sanitaires transfrontières ou l'incidence néfaste du changement climatique, l'approche « une seule santé » apparaît comme la meilleure réponse qui soit. D'autre part, la mise en place de structures dédiées devrait nécessairement faciliter la collaboration à des interventions décisives. La Commission insiste à cet égard sur les missions confiées à des organes réputés pour leurs compétences et attendus pour leur réactivité¹¹.

Ces intentions, avant même d'être éprouvées, ont en toute hypothèse valeur de symbole. Mais elles ne sont jamais très éloignées de considérations financières.

B. Incitation financière

Le lien qu'il s'agit ici de mettre en lumière est moins surprenant qu'il n'y paraît au premier abord. Les efforts déployés aux fins qui viennent d'être évoquées impliquent en effet des dépenses souvent d'un montant considérable que leurs promoteurs ne peuvent eux-mêmes toujours pleinement assumer. Il ne reste plus dès lors qu'à faire appel à des formes évoluées de solidarité financière.

Le recours dont il est ici question prend la forme d'une aide apportée par l'État. Sans doute, à première vue, n'y a-t-il rien à redire d'une telle mesure que paraissent justifier des circonstances d'une particulière gravité. Mais, au-delà de considérations sanitaires, s'impose un regard sur les incidences éventuellement néfastes de ce soutien « officiel ». Il est clair en effet qu'il instaure au profit de son ou ses destinataires des possibilités de financement dont sont naturellement privées les autres entreprises. On mesure ainsi les risques pour la concurrence que comporterait son usage inconsidéré.

Un dispositif spécifique encadre précisément les aides d'État afin de préserver les principes qui gouvernent normalement les rapports marchands. Les articles 107 à 109 TFUE admettent à titre conditionnel le recours à cette initiative selon des modalités qu'il s'agit une nouvelle fois de mettre en lumière. Au cours de la période étudiée, la Commission européenne en a précisément accordé le bénéfice dans un contexte singulier. Elle s'est en effet prononcée en faveur de financements tant communs **(a)** qu'individuels **(b)**.

a) Autorisation de financement commun

La décision prise par la Commission le 28 mai 2024 donne la juste mesure des possibilités de financement accordées à des plans ambitieux dans le domaine de la santé. Elle entérine le premier projet important d'intérêt commun (PIIEC) dit « Med4Cure » visant à soutenir la recherche, l'innovation et le premier déploiement industriel des produits de santé, ainsi que des procédés de production innovants de produits pharmaceutiques¹².

L'événement est doublement marquant au regard de son historique **(1°)** et de ses modalités **(2°)**.

1° Historique

L'autorisation donnée en l'espèce s'inscrit de toute évidence dans un domaine sensible. Elle relève d'une stratégie de politique sanitaire ardemment soutenue par les instances de l'Union européenne qu'il fallait transposer utilement dans le respect des textes existants. Il est certainement utile de rappeler ici les reproches en termes de concurrence qui peuvent être adressés aux aides d'État et, dès lors, les restrictions imposées à leur usage.

L'Union européenne de la santé franchit ici une étape décisive. Au-delà des mots, aussi importants soient-ils¹³, il convenait en effet de tirer concrètement les leçons de la pandémie de COVID-19. Cet objectif est aujourd'hui atteint à l'issue d'un processus qui, en soi, n'avait rien d'évident. Une ambition commune de six États membres sensibilisés aux déclarations officielles (la Belgique, la France, l'Italie, l'Espagne, la Slovaquie, la Hongrie) a permis de sceller peu à peu l'instrument mis en œuvre aujourd'hui par la Commission, le projet important d'intérêt européen commun (PIIEC) portant sur la santé. Un autre projet devrait également voir le jour en vue de faciliter le financement de

11 - Commission européenne, Communication du 22 mai 2024 COM(2024) 206 final, précité p.7 s.

12 - Commission européenne, affaire SA 105088 Communiqué de presse du 28 mai 2024 IP/24/2852 ; RLC 2024 n°140, p. 15 observations L. Bachatene.

13 - Cf. U. Von der Leyen, Discours sur l'état de l'Union 2020 à consulter sur le site Internet https://state-of-the-union.ec.europa.eu/index_fr ; *adde* Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil (...) Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne (...) COM(2020) 760 final.

technologies médicales innovantes dites MedTech (Tech4Cure)¹⁴. De nouveaux financements porteraient alors sur « les dispositifs d'imagerie compacts, nomades et connectés, la durée de vie des implants médicaux actifs et la conception et fabrication durables de dispositifs médicaux »¹⁵.

L'autorisation finalement donnée par la Commission répond à de strictes exigences. Elle se justifie en tout état de cause par les possibilités d'ouverture définies par les textes. Il suffira sans doute d'observer ici qu'au-delà du nécessaire contrôle imposé par les textes, l'article 107 § 3 TFUE révèle que toute aide d'État n'est pas nécessairement incompatible avec le marché intérieur. En l'espèce, la Commission, auteur elle-même d'une importante communication sur les critères éventuels de l'admissibilité des PIIEC¹⁶, a ainsi pu estimer qu'une dérogation pouvait jouer en faveur du projet en cause. Elle a en effet considéré que le PIIEC en jeu remplissait les conditions qu'elle avait énoncées par le passé. Il en est ainsi à un double point de vue. Elle retient tout d'abord sa contribution à la réalisation des objectifs et exigences de l'Union dans le domaine des soins de santé par des technologies supérieures à ce qui existe actuellement. Elle insiste ensuite sur la charge financière qu'il représente au risque d'éloigner les entreprises actives et compétentes dans ce secteur.

Margrethe Vestager, vice-présidente exécutive de la politique de concurrence, en souligne elle-même toute la valeur¹⁷.

Ses modalités restent à examiner.

2° Modalités

Au-delà des seules ambitions du projet étudié, il convient d'observer que l'aide ainsi mise en place est véritablement de grande envergure. Sans pouvoir la détailler, faute de place dans cette rubrique, ses éléments essentiels peuvent au moins être présentés.

En premier lieu, l'enveloppe elle-même octroyée à ses signataires est à la hauteur des ambitions évoquées ci-dessus. La Commission autorise en effet jusqu'à 1 milliard d'euros l'aide accordée aux États parties à ce projet, étant précisé en outre qu'il devrait permettre de débloquer 5,9 milliards d'euros d'investissements privés.

En deuxième lieu, il porte sur 14 projets de recherche, de développement et de premier déploiement industriel assumés par 13 entreprises de toutes tailles, dont 3 françaises¹⁸. La Commission précise en outre que ces projets donneront lieu à plus de 70 collaborations prévues. Pour atteindre l'objectif fixé, l'aide qui leur est accordée se mesure à un juste équilibre et inclut même en cas de grand succès « un mécanisme de récupération ou claw-back ».

En troisième lieu, la Commission précise que les 14 projets s'inscrivent dans le cadre plus large de l'écosystème PIIEC Med4Cure qui englobe également 11 partenaires associés dans 4 États membres (la Belgique, les Pays-Bas, la Pologne et l'Espagne).

L'ampleur exceptionnelle de l'aide qui vient d'être évoquée se rencontre peu souvent. À défaut, une sorte de « droit commun » retrouve son emprise.

b) Autorisation de financement individuel

Des cas plus « ordinaires » d'aides d'État sont encore à mentionner. Ils n'appellent que de brèves observations. Tel est le cas de l'aide apportée dans le domaine de la santé par la Slovaquie (**1°**) et les Pays-Bas (**2°**).

1° Aide apporté par la Slovaquie en vue du soutien d'activités hospitalières

Faute d'une communication détaillée en l'espèce, il suffira d'indiquer l'autorisation qu'a donnée la Commission dans le cadre des articles 107 et 108 TFUE au soutien apporté par l'État slovaque pour soutenir ses activités hospitalières.

14 - Cf. Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, France 2030, Communiqué de presse du 5 juin 2024, n°1913 à consulter sur le site Internet www.economie.gouv.fr.

15 - Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, Communiqué de presse du 25 mars 2024 à consulter sur le site Internet www.entreprises.gouv.fr.

16 - Commission européenne, Communication sur les critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun JOUE C 528 du 30 décembre 2021 p. 10.

17 - Commission européenne, affaires SA10588 (Belgique), SA105097 (France), SA 105126 (Hongrie), SA 105097 (Slovaquie), SA 105098 (Espagne) Communiqué de presse du 28 mai 2024 IP/24/2852.

18 - Cf. Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, Communiqué de presse du 25 mars 2024 précité.

Sont ainsi validées différentes mesures telles que subvention directe, prêt, avances récupérables¹⁹.

2° Aide apportée par les Pays-Bas en vue du soutien de la production d'isotopes à des fins thérapeutiques

La Commission européenne a également validé le projet ambitieux que lui avaient déjà soumis les Pays-Bas. Dénommé « Pallas », il prévoyait la construction d'un réacteur et d'un centre de santé nucléaire pour remplacer l'existant, « l'un des plus performants au monde ». Il lui est accordé une aide d'un montant de 2 milliards d'euros sous forme de prêts et de fonds propres en faveur d'une entreprise nouvellement créée²⁰.

La Commission estime que l'aide ainsi accordée est pleinement conforme aux exigences posées par les textes. Elle la considère tout à la fois comme « nécessaire et appropriée », « proportionnée car limitée au minimum nécessaire » et d'une incidence « limitée sur la concurrence et les échanges ».

La santé s'inscrit ainsi dans une perspective bienveillante, à la hauteur des enjeux qu'elle représente à des titres variés. Une telle orientation a toutefois ses limites quand s'imposent au contraire certaines corrections.

2. Santé et approche corrective des rapports de concurrence

Les règles de concurrence exigent malgré tout beaucoup de leurs destinataires. Elles consistent notamment en une certaine capacité d'adaptation. En particulier, il leur est demandé d'agir au mieux des intérêts des uns et des autres préservés les textes. À ce titre, les « décideurs » ne peuvent totalement agir à leur guise. La difficulté est bien en réalité de trouver un juste équilibre en la matière. Il est clair, on le sait, que le domaine de la santé est particulièrement exposé à un risque important de dérives.

L'intervention des pouvoirs publics apparaît encore de ce point de vue comme une nécessité pour corriger les excès qui pourraient être commis. Les situations qui les requièrent sont en vérité plus nombreuses qu'il n'y paraît au premier abord. Elles sont plus précisément de deux ordres. Selon une distinction qui ressort d'épisodes récents, certaines de ces corrections sont conjoncturelles **(A)**, ou structurelles **(B)**²¹.

A. Corrections conjoncturelles

Comme la présente rubrique en atteste, un contentieux assez important met en cause la conformité de différentes pratiques au droit du marché. Il s'agit alors pour les autorités ou instances compétentes de conclure ou non à l'existence d'interdits qu'auraient méconnus les acteurs de santé.

La procédure instituée par les textes permet de « suivre » en quelque sorte la logique instituée par les textes. Certains avertissements ou revirements contribuent en réalité dans une affaire donnée à une meilleure réponse en vue de la sauvegarde de la concurrence. Cette réaction englobe tout à la fois les prémisses d'éventuelles atteintes à la concurrence **(a)** que leur périmètre proprement dit **(b)**.

a) Prémisses d'atteintes à la concurrence

La sauvegarde de la concurrence s'inscrit dans la durée. Rien ne peut y être improvisé ou négligé. Il faut dire que les pratiques interdites relèvent généralement de plans dont rien n'apparaît spontanément au grand jour. La priorité est par là-même de mettre sans attendre les entreprises face à leurs responsabilités. On donnera ainsi pour exemple deux interventions récentes de la Commission européenne pour que soient mis au jour des comportements indus. L'un se rattache au spectre d'entente anticoncurrentielle **(1°)**. L'autre a trait à celui d'abus de position dominante **(2°)**.

1° Spectre d'entente anticoncurrentielle

La perspective d'une entente prohibée de longue durée a conduit la Commission à reconsidérer le comportement d'une entreprise dans une affaire précédemment évoquée. Il suffira sans doute de rappeler ici la collusion entre

19 - Commission européenne, Décision du 10 juin 2024, SA.45844 JOUE C 4421 du 11 juillet 2024.

20 - Commission européenne, 26 juillet 2024, Communiqué de presse du 26 juillet 2024 IP/24/4028.

21 - Cf. sur l'ensemble de la question, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Mise à jour sur l'application du droit de la concurrence dans le secteur pharmaceutique (2018-2022) COM (2024) 36 final du 16 janvier 2024.

différents acteurs pharmaceutiques relative à la commercialisation du SNBB à l'égard de laquelle s'est institué un débat mettant en cause leurs comportements. L'entreprise Alchem, étrangère à la transaction intervenue dans ce cadre²², pourrait ainsi avoir à répondre de comportements constitutifs d'une atteinte à l'article 101 TFUE. La communication des griefs qui lui a récemment été adressée est clairement en ce sens²³. Elle constitue en tout état de cause une présomption d'infraction aux interdictions énoncées par les textes que devra combattre l'entreprise concernée.

2° Spectre d'abus de position dominante

Dans une autre perspective, une affaire sensible précédemment évoquée dans ces lignes vient de considérablement évoluer. On rappellera simplement que le grief d'abus de position dominante avait été émis en son temps par la Commission à l'encontre du laboratoire Vifor pour dénigrement d'un produit concurrent²⁴. Il apparaît aujourd'hui qu'une solution à ce conflit potentiel pourrait être trouvée du fait de l'aval donné par la Commission aux engagements proposés par le laboratoire mis en cause²⁵.

Au-delà de la procédure suivie comme il vient d'être dit, une question pour ainsi dire « existentielle » demeure posée.

b) Périmètre d'atteintes à la concurrence

L'efficacité des règles de concurrence tient également, et peut-être surtout, à la pratique effective des autorités ou instances chargées de les faire respecter. Ce lien, loin d'être purement théorique, est au demeurant clairement mis en évidence dans un rapport officiel récent de la Commission européenne²⁶. Il en ressort notamment que l'application concrète des textes en vigueur « stimule l'innovation et augmente le choix des médicaments ». Un tel constat résulte d'un ensemble de procédures et de décisions qui veillent au respect des exigences posées par les textes. Il peut arriver dans ce cadre que se pose véritablement la question du périmètre des infractions susceptibles d'être retenues et sanctionnées. Le contrôle opéré n'en est que plus nécessaire et fructueux. L'observation qui précède s'inscrit dans une double perspective : celle de l'action publique (1°) et de l'action privée (2°) qu'elles ont vocation à susciter.

1° Action publique

L'existence proprement dite de possibles infractions constitue en elle-même une étape décisive des procédures instituées par les textes. Les autorités ou instances qui en sont saisies sont à l'évidence tenues d'en respecter strictement le contenu. À cet égard, il convient d'opérer un retour sur les accords de report d'entrée (pay for delay) qui alimentent depuis quelques années un contentieux abondant que la présente rubrique n'a d'ailleurs pas manqué d'aborder. En particulier, l'affaire mettant en cause, à titre principal, la stratégie du groupe Servier pour retarder l'entrée sur le marché d'un concurrent du « périndopril », un médicament destiné à soigner certaines maladies cardiaques, finit par constituer une sorte de cas d'école. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. La première tient à l'imbrication des accords litigieux. La seconde réside dans la complexité des clauses arguées de pratiques anticoncurrentielles.

Après la Commission et le Tribunal, la Cour de justice vient précisément de se prononcer dans plusieurs arrêts sur les recours intentés en l'espèce tout à la fois par la Commission et les laboratoires impliqués dans ces relations

22 - Commission européenne, Décision du 19 octobre 2023, Affaire AT40636, Communiqué de presse IP/23/5104 ; [JDSAM 2024 n° 39](#), p. 93 avec nos observations.

23 - Commission européenne, Décision du 13 juin 2024, Communiqué de presse IP/24/3241.

24 - Commission européenne, Décision du 8 avril 2024, Affaire AT 40577, Communiqué de presse IP/24/2110, JOUE C du 22 avril 2024, Concurrences « e-competition » news avril 2024 ; [JDSAM 2024 n° 40](#), p. 111 avec nos observations.

25 - Commission européenne, Décision du 22 juillet 2024, Communiqué de presse IP/24/3907, Europe 2024 comm.329, L. Idot, L'actu-concurrence 2024, n° 29 observations A. Ronzano.

26 - Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Mise à jour sur l'application du droit de la concurrence dans le secteur pharmaceutique (2018-2022) COM (2024) 36 final du 16 janvier 2024 précité.

« douteuses »²⁷. Des neuf arrêts rendus dans ce cadre, seuls deux seront retenus dans ces lignes²⁸. Ils opèrent en effet, contrairement aux autres qui rejettent les pourvois des demandeurs, une censure qui ne saurait passer inaperçue. La Commission obtient en effet ici gain de cause au nom d'erreurs d'analyse que n'aurait pas dû commettre en l'espèce le Tribunal. Une double correction est alors apportée à sa vision des choses.

En premier lieu, l'impunité pour entente prohibée dont avaient précédemment bénéficié les laboratoires Krk et Servier est levée²⁹. Sans pouvoir entrer dans le détail des arguments développés à cette fin par la Cour, il est au moins possible de dégager les principales failles qu'elle impute à l'arrêt du Tribunal. L'examen approfondi des relations établies pour « déjouer » l'entrée sur le marché de génériques du médicament princeps revendiqué par Servier fait ressortir au moins deux imperfections. L'une a trait aux conclusions du Tribunal sur la notion de concurrence potentielle. L'autre insiste sur les lacunes de l'analyse des conditions de mise en œuvre de l'article 101 TFUE, qu'il s'agisse de la notion de restriction par objet ou celle de restriction par effet. La Cour estime que la méthode « contrefactuelle » généralement suivie appelait en réalité une approche différente de celle retenue par le Tribunal.

En deuxième lieu, au regard de l'article 102 TFUE, l'impunité pour abus de position dominante dont avait bénéficié en son temps Servier disparaît également. La Cour, dans ce même arrêt, contredit les éléments retenus par le Tribunal. Elle opère à ce titre les rectifications nécessaires à la détermination du marché pertinent et la substituabilité économique des médicaments en jeu.

Des questions sensibles se posent encore dans un autre cadre.

2° Action privée

Les pratiques anticoncurrentielles génèrent un contentieux qui va encore au-delà de l'atteinte à l'intérêt général. Dans les conflits relatifs aux actions privées, il ne saurait davantage être admis d'en attribuer indifféremment la charge qui en résulte. En ce domaine également, la Cour de cassation a été amenée à corriger l'analyse de ce point opérée par les juges du fond³⁰. Il convient à ce titre d'évoquer une nouvelle fois les éléments essentiels d'un litige ayant pour origine la mainmise d'une entreprise sur l'information des professionnels de santé³¹. Une fois établie l'existence d'un abus de position dominante de Cegedim, se posait en effet la question du sort de l'action privée qui pouvait en résulter, intentée en l'occurrence par Euris Digital Health. La réponse devenait en réalité plus complexe en l'espèce compte tenu d'un changement sensible des relations initiales. Dans ce contexte, il revenait aux magistrats de dire si le transfert d'actifs consenti par l'entreprise responsable était ou non de nature à la décharger, comme elle le prétendait, de la réparation dont elle était tenue originellement. L'opération en cause, intervenue en deux temps, contenait dès le départ une clause aux termes de laquelle « l'ensemble des droits et obligations liés à la procédure engagée par l'Autorité de la concurrence (...) » était « *expressément exclu de l'apport* ». La portée de cette stipulation est devenue le cœur du débat dans lequel la victime de l'atteinte entendait bien obtenir réparation du dommage qu'elle avait subi. Étaient ainsi mis en cause l'auteur de l'abus de position dominante, l'acquéreur de la branche d'activités litigieuses et l'opérateur auquel elle avait été finalement cédée. Les juges du fond avaient mis hors de cause Cegedim en considérant que le traité d'accord partiel d'actifs conclu initialement avec CS1 avait opéré transfert au premier bénéficiaire des actions indemnitaires. La Haute juridiction censure leur décision au travers de motifs dont l'essentiel ne peut qu'être rapidement abordé dans ces lignes. Deux enseignements s'en dégagent.

27 - CJUE, 27 juin 2024, affaires C-144 /19 P, Lupin Ltd c. Commission, C-151/19 P, Commission c.Krka, C-164/19 P, Niche Generics c. Commission, C-166/19 P, Unichem Laboratories c. Commission, C-176/19 P, Commission c. Servier SAS, Servier laboratories, les laboratoires Servier SAS, C-197/19 P, Mylan Laboratories et Mylan c. Commission, C-198/19 P, Teva UK c. Commission, C-201/19 P, Servier ea c. Commission, C-207/19 P, Biogaran c. Commission Communiqué de presse, CJUE n° 107/24 du 27 juin 2024, Contrats Concurr. Consomm. 2024 comm.152 D. Bosco, Europe 2024 comm. 309 et 310 L.Idot, LDDC 2024 n° 8, p. 7 observations E. Dieny, LEDPI 2024 n° 9, p. 4 observations J.P Clavier, L'actu-concurrence 2024 n° 25 observations A. Ronzano.

28 - Affaire C-157/19 P, Commission c.Krka, Affaire C-176/19 P, Commission c. Servier SAS.

29 - Affaire C-176/19 P, Commission c. Servier SAS Servier laboratories, les laboratoires Servier SAS.

30 - Com., 20 mars 2024, n° 22-11648, JCP E 2024 actualités 443, JCP G 2024 594 note L. Idot, Europe 2024 comm.210 L'application du droit de l'Union en France observations L. Idot, Comm. comm.électr. 2024 comm.81 M.S Garnier, JCP G 2024 doctr.903 Chronique Contrats et obligations Régime de l'obligation comm. M.Billiau, RLC 2024 n° 138 p. 4, focus par L. Duparcq, RLC 2024 n° 40 p. 45 observations D. Roskis, C. Charbeaux, L'actu-concurrence 2024, n° 11 observations A. Ronzano, L'actu-concurrence 2024 n° 25 observations A. Ronzano, L'actu-concurrence 2024 n° 24 observations R. Amaro.

31 - Autorité de la concurrence, Décision n°14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à pratiques mises en œuvre dans le secteur des bases de données d'informations médicales, JDSAM 2014, n° 4, p.72 avec nos observations.

En premier lieu, au nom de l'effet direct du droit de l'Union européenne, elle impose à l'auteur des pratiques interdites d'indemniser leur victime sans que la cession invoquée puisse changer en quoi que ce soit le cours des choses. D'un point de vue général, il convient de souligner la contribution de cet arrêt à la hiérarchie des normes que doivent respecter tant les personnes privées que publiques. À ce titre, le droit de l'Union européenne ne pouvait que triompher des velléités des parties en présence sous couvert du droit des sociétés. L'arrêt étudié s'inscrit ici dans la continuité d'une certaine « tradition » jurisprudentielle. D'un point de vue plus précis, il ressort de l'arrêt étudié une volonté de pérenniser en quelque sorte la sanction des pratiques anticoncurrentielles en neutralisant les effets d'un changement d'identité « *par suite de restructurations, de cessions ou d'autres changements juridiques ou organisationnels* ». La contrainte est sans doute plus forte que ne le pensaient les entreprises concernées ; mais elle est nécessaire. En toute hypothèse, elle contribue à l'alignement du « private enforcement » sur le « public enforcement »³².

En deuxième lieu, la Haute juridiction relève d'office un moyen qui, d'une certaine façon, atteste de sa détermination à empêcher la disparition en cascade des responsabilités. Elle censure sur un fondement identique l'arrêt qui avait déclaré recevable l'action de la victime de l'abus de position dominante dirigée contre l'entreprise venant aux droits du premier bénéficiaire de l'apport litigieux. Le « jeu » des clauses de transfert d'actifs se heurte ainsi à une limite dont les juridictions saisies ne sauraient impunément s'affranchir tant que « *la personne morale qui dirigeait l'exploitation de l'entreprise continue d'exister juridiquement* ».

Les écarts envisagés jusqu'alors, au demeurant redressés par les juges, sont révélateurs de circonstances propres à chaque espèce. Une autre correction doit encore être envisagée.

B. Correction structurelle

Un axe majeur du droit de la concurrence concerne un autre aspect essentiel de la sauvegarde des marchés. Comme il a été régulièrement montré dans ces lignes, un dispositif spécifique a été institué pour préserver leur structure d'opérations à risques. Dans ce contexte, un contrôle préventif permet d'en évaluer l'innocuité ou la nocivité³³.

Le principe est d'une utilité incontestable au regard de velléités d'entreprises tentées d'acquérir un pouvoir de marché qui excède les seuils institués par les textes ou crée des distorsions de concurrence. Dans ce contexte, l'intervention d'autorités publiques est normalement un gage de stabilité et de sécurité. Il n'y a d'ailleurs guère eu par le passé de bouleversements dans la mise en œuvre d'une procédure entre les mains d'organes dûment missionnés. Leur travail a d'ailleurs été régulièrement évoqué dans cette rubrique.

Le présent est tout autre. Il inclut une période pour le moins agitée. Tel est le constat qu'impose le cours d'une opération à risques pour le dépistage précoce du cancer du fait de l'acquisition de Grail par Illumina. La riposte, on le sait, ne s'est pas fait attendre. Elle est révélatrice des préoccupations des autorités chargées de la concurrence, surtout lorsqu'est en jeu la question de la répartition des marchés. Sans qu'il soit possible ou même souhaitable de revenir sur l'ensemble du contentieux né en réalité de l'insoumission répétée de ces acteurs, en sera seule évoquée la dernière phase. En quelques mois, et longtemps contre toute attente, l'ensemble du travail de la Commission européenne a été en effet réduit à néant.

L'intervention de la Cour de justice relance en vérité le débat³⁴. Le changement que son arrêt impose est en effet plus profond qu'il n'y paraît au premier abord. Il apparaît qu'au-delà des faits de l'espèce, la solution retenue est avant tout d'ordre organisationnel. Les pouvoirs de contrôle des concentrations dévolus à la Commission ne pourront plus s'exercer que dans un cadre plus restreint qu'il n'avait été primitivement envisagé dans cette affaire. Le redressement opéré met en lumière tout à la fois l'ambiguïté de la présente procédure où l'autorité en charge

32 - Cf. sur ce point L. Idot, JCP G 2014 594 précité, Europe 2024 com.210 précité, L'actu-concurrence 2024 n° 24 observations R. Amaro précité.

33 - Cf. sur ce point Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Mise à jour sur l'application du droit de la concurrence dans le secteur pharmaceutique (2018-2022) COM (2024) 36 final du 16 janvier 2024 p. 14 s. précité.

34 - CJUE, gr.ch, 3 septembre 2024 affaires jointes C-611/22 P Illumina c. Commission, C-625/22, P Grail c. Illumina et Commission, Communiqué de presse MEX/24/3466, Communiqué de presse de la CJUE du 3 septembre 2024, n°127/24, D 2024 actualité 18 septembre 2024, Épilogue dans l'affaire Illumina/Grail, observations V. Giovanini, AJDA 2024, p. 1843, Actualité du droit de la concurrence et de la régulation observations P. Idoux, LEDDC 2024 observations A.S Choné-Grimaldi, L'actu-concurrence 2024, n°33, observations A. Ronzano.

du contrôle a été progressivement défiée **(a)** puis déjugée **(b)**. Quelques remarques suffiront à la démonstration.

a) Une autorité défiée

La première impression qui ressort des innombrables étapes qu'a connues cette affaire est sans doute celle du souverain mépris constamment affiché par les entreprises en cause aux mesures décidées par la Commission au cours de la procédure qu'elle avait engagée. Quelques étapes significatives illustrent le propos moins provocateur qu'il n'y paraît à première vue³⁵.

Assez rapidement, les signes de résistance donnés par les laboratoires se sont en effet succédés. Déjà, peu après l'ouverture d'une enquête approfondie dans la crainte d'effets néfastes de l'opération sur la concurrence, les intéressés se sont affranchis de l'obligation de suspension qu'appelait le contrôle en cours. Une condamnation à des amendes devenait ainsi inéluctable.

Encore plus radicale, la décision de Grail et Illumina de passer outre l'interdiction qui leur avait été notifiée par la Commission ne pouvait que dépasser les limites du tolérable. À ce titre, elle enjoignit peu après aux parties en présence de dénouer l'acquisition litigieuse par l'adoption de mesures provisoires afin de rétablir le *statu quo ante*³⁶.

La « paix » rétablie par son approbation du plan de dénouement de l'opération fut en réalité de courte durée.

b) Une autorité déjugée

Un vent contraire s'est en effet levé rapidement au travers des conclusions de l'avocat général N. Emiliou développées devant la Cour de justice³⁷. La question était dès lors de savoir si celle-ci allait les suivre. Aucun commentateur n'était en vérité sûr de la position qu'allaient prendre les juges. La réponse est intervenue le 3 septembre dernier dans un arrêt qui censure l'ensemble du processus initié par la Commission et validé par le Tribunal en cours de procédure. Comme elle y était invitée par les conclusions précitées, la Cour livre en réalité une tout autre lecture de l'article 22 du règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations.

Il en résulte un double enseignement. Dans l'immédiat, elle réfute ainsi la possibilité que la Commission s'était attribuée de se substituer à leur demande aux autorités nationales pour « gérer » des opérations dont celles-ci ne pouvaient connaître au regard des seuils définis par les textes. Pour l'avenir, la Cour invite la Commission et les États membres à s'orienter vers le législateur en vue d'une réforme qui soit conforme aux exigences du droit de l'Union en la matière.

L'Autorité de la concurrence a réagi à cet arrêt³⁸ en donnant l'assurance d'en prendre bonne note et de réfléchir aux moyens de renforcer utilement le contrôle des opérations de concentration.

Les perspectives d'évolution recherchées par les uns et les autres, si elles se réalisent, permettront peut-être d'envisager l'avenir avec plus de sérénité. Il ne saurait être question de laisser davantage les entreprises imposer leurs lois aux autorités ou instances chargées d'en assurer le respect.

Caroline Carreau

35 - Cf. sur ce point [JDSAM 2023 n° 37](#), p.136 avec nos observations, [JDSAM 2023 n° 38](#), p.123 avec nos observations et les références citées ; *adde* G. Decocq, A-L-H des Ysouses, E. Dieny (...) Concurrence-Droit de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles JCP E 2024 1073.

36 - Commission européenne, Décision du 12 octobre 2023, affaire M.10939, Communiqué de presse IP/23/4872, [JDSAM 2024 n° 40](#), p.118 avec nos observations et les références citées.

37 - Conclusions présentées le 21 mars 2024 Communiqué de presse de la CJUE du 21 mars n° 56/24, Contrats Concurr. Consomm. 2024 comm.82, D. Bosco, RLC 2024 n° 137, p. 4 observations J. Berlemont, [JDSAM 2024 n° 40](#), p. 121, avec nos observations, L'actu-concurrence 2024 n°11 observations A. Ronzano.

38 - Autorité de la concurrence, Communiqué du 3 septembre 2024 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.