



HAL
open science

Les laboratoires pharmaceutiques à l'épreuve de l'abus de position dominante collective

Cyril Nourissat

► **To cite this version:**

Cyril Nourissat. Les laboratoires pharmaceutiques à l'épreuve de l'abus de position dominante collective. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2021, 2021/107, 67 p. (n° 4079), pp. 48-52. hal-03303038

HAL Id: hal-03303038

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-03303038v1>

Submitted on 24 Jun 2024

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.

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

Le 9 septembre 2020, par sa décision 20-D-11, l'Autorité de la concurrence (ADLC) a sanctionné trois laboratoires pharmaceutiques à hauteur de 444 millions d'euros pour abus de position dominante collective visant à préserver le prix et les ventes d'un médicament sur le marché du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (ci-après DMLA) au détriment d'un produit concurrent 30 fois moins cher (sur cette décision, cf. .

Cette décision est remarquable à plus d'un titre. Mais un élément retient surtout l'attention. Il tient au fait que, face à des pratiques abusives on ne peut plus classiques (boycott, dénigrement, prix supra-concurrentiel...), l'autorité de la concurrence a recours à une notion très discutée et, en définitive, assez rarement utilisée : celle de la position dominante collective.

Le propos sera bref.

Il s'agira, avant tout, d'examiner les éléments de caractérisation de cette « domination collective » non sans avoir, au préalable, dit quelques mots des abus lourdement sanctionnés. Ce faisant, force est de s'interroger sur la pertinence de la démarche de l'autorité française dans un secteur aussi particulier (et concentré) que celui des laboratoires pharmaceutiques. Et cet examen de pertinence paraît *a minima* se justifier par le constat que la même situation concernant les mêmes entreprises (du moins une partie d'entre elles) a conduit l'autorité italienne de la concurrence, ainsi que l'a montré dans sa contribution notre collègue Silvia Pietrini et comme le rappelle d'ailleurs l'ADLC aux points 236 à 240 de sa décision du 9 septembre 2020, à traiter le cas sous l'angle du droit des ententes. Et rappelons que cette affaire avait fait l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 23 janv. 2018, Hoffman-La Roche et a. / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n° C-179/16)... En d'autres termes, sanctions sur le fondement de l'article 101 TFUE en Italie, sanctions sur le fondement de l'article 102 en France : il y a bien là de quoi amener le juriste, par construction adépte des questions de qualification, à s'interroger !

On rappellera, tout aussi rapidement, que le laboratoire Genentech a développé un médicament, le Lucentis, traitant la DMLA ainsi qu'un anticancéreux, l'Avastin. Ayant constaté les effets positifs de l'Avastin sur la DMLA, les ophtalmologistes l'ont utilisé, hors autorisation de mise sur le marché (AMM), pour traiter cette maladie, s'appuyant sur le principe de liberté de prescription des médecins. Face au développement de cette utilisation de l'Avastin (relevons que le coût d'une injection de Lucentis est de 1.161 euros alors que celui pour l'Avastin est de 30-40 euros), les autorités publiques de plusieurs pays ont engagé des projets de recherche visant à tester l'efficacité et les éventuels effets secondaires associés à cette prescription médicale, d'un coût moindre. Là encore, il est possible de renvoyer aux développements consacrés par l'ADLC à cet aspect dans sa décision, notamment au travers des analyses tirées

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

de diverses études scientifiques mentionnées au titre du « cadre scientifique concernant l'utilisation d'Avastin dans le traitement des pathologies oculaires ».

Les laboratoires Genentech, Novartis et Roche se voient alors reprocher d'avoir mis en œuvre entre 2008 et 2013 un ensemble de comportements destinés à freiner l'utilisation hors AMM de l'Avastin afin de préserver la position et le prix du Lucentis sur le marché du traitement de la DMLA. La décision de l'ADLC met ainsi en lumière différents comportements de nature à influencer (négativement) aussi bien les médecins ophtalmologistes, les associations de patients, le grand public et les autorités de santé que le pouvoirs publics ; comportements sur lesquels il sera revenu ultérieurement.

Selon la décision, ces pratiques sont particulièrement graves car elles touchent au secteur sensible de la santé, secteur pour lequel l'Autorité – pour reprendre la formule de son résumé en tête de décision – relève que « la concurrence est limitée », notamment et au cas précis, à raison de ce que « le secteur du médicament est, compte tenu de l'objectif de protection de santé publique, très règlementé, et se caractérise par des barrières à l'entrée particulièrement élevées » (pt. 743 de la déc.). Une telle affirmation ne surprendra pas les lecteurs habitués des décisions de l'ADLC intéressant la sphère médicale ou pharmaceutique (cf. par ex. Déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique). Par ailleurs, elle insiste sur le fait que ces pratiques étaient particulièrement réfléchies et, enfin, qu'elles ont été mises en œuvre par des très grandes entreprises.

Le dommage causé à l'économie et l'impact sur les finances publiques (n'oublions pas que le Lucentis est pris en charge à 100 % par la sécurité sociale) ont conduit l'Autorité à infliger une sanction de 444 millions d'euros dans le cadre d'un abus de domination, la plus lourde jamais prononcée sur ce fondement, et Novartis est condamnée, à elle seule, à une sanction pécuniaire de 385 millions d'euros, notamment en raison de son influence extrêmement forte alléguée dans le domaine médical, en particulier dans celui de l'ophtalmologie.

Si la caractérisation des abus est pour le moins traditionnelle (I), le recours à la notion de domination collective est plus inhabituelle (II). D'où certaines interrogations que l'on ne peut que formuler (III) et qui alimenteront, à n'en pas douter, les recours engagés contre la décision (on signalera déjà, en ce sens, l'ordonnance prononcée par la CA Paris, Pôle 5, Ch. 15, 12 mai 2021 rejetant la demande formée par Roche d'enjoindre à l'ADLC de cesser toute publication relative à sa décision n° 20-D-11 et, à titre subsidiaire, d'une part, de mentionner dans toute déclaration relative à cette décision l'existence d'un recours pendant devant la cour d'appel de Paris et, d'autre part, de « s'abstenir d'initier toute démarche, courrier ou autre forme de communication adressée à des tiers spécifiquement ciblés »).

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

I – La caractérisation traditionnelle des abus reprochés aux entreprises

De manière générale, force est de souligner que l'ADLC estime que les pratiques contestées n'ont jamais été motivées par des considérations de santé publique (cf. en ce sens les longs développements consacrés à cet aspect de l'affaire, n° 761 à 768 de la décision). Il en est ainsi des pratiques de dénigrement (A) comme des discours alarmistes (B) que l'un ou l'autre des laboratoires ont pu avoir et que l'Autorité caractérise.

A – Le dénigrement de l'Avastin par Novartis

Pour faire échec aux initiatives des ophtalmologistes de prescriptions d'Avastin hors AMM, Novartis a diffusé un discours dénigrant, en amplifiant, de manière injustifiée, les risques liés à l'utilisation d'Avastin pour le traitement de la DMLA, en comparaison avec la sécurité et la tolérance du Lucentis. Cette campagne dénigrante, menée auprès des ophtalmologistes, des associations de patients et du grand public, qui insistait également sur la responsabilité civile et pénale des médecins prescrivant l'Avastin « hors AMM », avait eu des conséquences à la fois directes, en limitant les prescriptions d'Avastin pour le traitement de la DMLA, ce qui avait préservé la position forte du Lucentis, et indirectes, en maintenant le Lucentis à un prix supra-concurrentiel et particulièrement élevé et en conduisant à la fixation du prix de la spécialité concurrente arrivée en 2013 sur le marché à un niveau artificiellement élevé.

B – Le discours alarmiste et trompeur auprès des autorités publiques

Les trois laboratoires avaient diffusé un discours alarmant, et parfois trompeur, auprès des autorités publiques sur les risques liés à l'utilisation d'Avastin pour le traitement de la DMLA, dans le but de bloquer ou ralentir, de façon illégitime, les initiatives des pouvoirs publics visant à sécuriser l'usage d'Avastin « hors AMM » pour le traitement de la DMLA. Cela s'était traduit par : une mise en place des études retardée ; un accroissement de l'inquiétude des pouvoirs publics ayant conduit à une posture de prudence et à une interdiction temporaire de l'utilisation d'Avastin ; un retard dans la renégociation du prix du Lucentis par les autorités en charge de la fixation du prix des médicaments, l'Avastin n'ayant pas pu servir utilement d'élément comparateur.

En synthèse, ce dénigrement et ce discours alarmiste renvoient à des figures on ne peut plus classiques de restrictions de concurrence pouvant se rattacher, en particulier, à certaines des pratiques expressément visées par les textes. On pense en particulier aussi bien à l'érection de barrières à l'entrée qu'à la répartition de marchés. Tout au plus, la seule originalité tient-elle au fait que les pratiques concernent uniquement des médicaments *princeps* et non la figure plus classique selon laquelle un *princeps* dénigre un *générique* avec la finalité d'en retarder au maximum l'entrée sur le marché (cf. par ex. déc. n° 13-D-11, *précit.*) ...

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

Il faut y insister, l'ADLC a alors justifié l'importance des sanctions infligées par le caractère particulièrement grave de ces pratiques et leur dommage certain sur l'économie : en effet, elles avaient été mises en œuvre dans le secteur de la santé où la concurrence est structurellement limitée, qui plus est à propos de médicaments soumis à AMM et remboursés à 100 %, et où l'appréhension du « risque réglementaire » (i.e. les contentieux) est une vraie réalité.

II – La caractérisation inhabituelle de la position dominante collective

Quelques rappels généraux s'imposent (A) avant que d'envisager la situation au cas précis (B).

A – Rappels généraux sur la position dominante collective

Comme on l'a déjà relevé ailleurs (en ce sens, C. Nourissat, B. de Clavière-Bonnamour, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, 6^o éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2020, spéc. n^o 344s.), la lettre de l'article 102 TFUE, comme celle de l'article L. 420-2 du Code de commerce, est explicite. L'exploitation abusive d'une position dominante peut être le fait d'« une ou plusieurs entreprises ». Se profile alors la figure délicate de la position dominante collective, notamment par rapport à une notion proche comme celle d'oligopole, c'est-à-dire celle d'un marché caractérisé par un nombre très limité d'entreprises, partant marqué par une interdépendance de celles-ci lorsqu'elles adoptent des décisions stratégiques concernant, par exemple, le prix, la production et la destination d'un produit ou d'un service.

Doit être immédiatement relevé que l'attitude des autorités et des juridictions européennes à l'égard de la position dominante collective a connu une évolution essentielle. Dans un premier temps, elles ont considéré qu'il ne pouvait y avoir position dominante collective que pour autant que les entreprises concernées appartenaient à un même groupe (CJCE 16 déc. 1975, *Suiker Unie e.a.*, aff. 40/74, Rec. 166). Le fait qu'elles adoptent « une stratégie de marché coordonnée selon les directives de leur société mère ou selon le schéma convenu entre elles » était déterminant (CJCE 22 oct. 1986, *Metro SB c/ SABA GmbH*, aff. 75/84, Rec. 3021). Dans un second temps, la Cour a pu considérer que la position dominante collective ne supposait pas nécessairement que les entreprises appartiennent à un même groupe en énonçant que « l'expression plusieurs entreprises figurant à l'article 86 [désormais art. 102] du traité implique qu'une position dominante peut être détenue par deux entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre » (CJCE 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge de transports*, aff. C-395/96 à C-396/96, Rec. I-1365 ; TPICE 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. II-753). Mais l'affirmation a été assortie d'une condition qui se laisse assez difficilement saisir.

Pour qu'il y ait position dominante collective d'entités économiques juridiquement indépendantes, la Cour énonce que d'un point de vue économique elles doivent agir ensemble sur le marché « comme une entité collective », dont l'existence est nécessairement caractérisée

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

par « des liens ou facteurs de corrélation économiques entre les entreprises concernées ». Tel est notamment le cas lorsque cette corrélation résulte soit d'une entente, soit de la structure du marché.

La première hypothèse est assez simple à comprendre. L'existence d'une entente peut conduire à caractériser l'existence d'une position dominante collective. C'est une possibilité et non une situation inéluctable (TPICE 10 mars 1992, Verre plat, aff. T-68/89, Rec. II-1403). Pour la Cour de justice, « un accord, une décision ou une pratique concertée (bénéficiant ou non d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité [désormais, 101, paragraphe 3]) peut incontestablement, lorsqu'il est mis en œuvre, avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents » (CJCE 16 mars 2000, préc.). En d'autres termes, l'entente (qu'elle soit exemptée ou non, et c'est très important) paraît pouvoir être la condition nécessaire, mais pas suffisante, de la caractérisation d'une position dominante collective.

La seconde hypothèse est plus délicate et à dire vrai plus contestable. Elle renvoie à la notion d'oligopole qui est traditionnellement associée à un marché caractérisé par un nombre très limité d'entreprises donc marqué par une interdépendance lorsqu'elles adoptent des décisions stratégiques concernant, par exemple, le prix, la production et la qualité des produits ou des services. La question est alors de savoir si un marché oligopolistique est synonyme de position dominante collective ou non. Certains arrêts du tribunal sont allés en ce sens (TPICE 25 mars 1999, préc. mais abordé dans le cadre d'une opération de concentration: « la détention, dans le cas d'un duopole, d'une part de marché élevée est [...] de nature à constituer un indice très important de l'existence d'une position dominante collective »). Plus tard, le tribunal a été amené à admettre l'existence d'une position dominante collective dans une hypothèse assez particulière concernant la profession d'agents de joueurs de football. Il a ainsi pu considérer que la FIFA, même si elle n'est pas un acteur « sur le marché des prestations de services des agents de joueurs», détient une position dominante collective (TPICE 26 janv. 2005, Piau, aff. T-193/02, Rec. II-209). Pour le tribunal, « la circonstance que la FIFA n'est pas, elle-même, un opérateur économique, acheteur des prestations de services des agents de joueurs sur le marché concerné et que son intervention procède d'une activité normative, qu'elle s'est reconnue le pouvoir d'exercer à l'égard de l'activité économique des agents de joueurs, est indifférente pour l'application de l'article 82 CE [102 TFUE] dès lors que la FIFA est l'émanation des associations nationales et des clubs, acheteurs effectifs des services des agents de joueurs et qu'elle agit par conséquent sur ce marché par l'intermédiaire de ses membres ». Il demeure donc difficile d'affirmer qu'il s'agit là d'une solution établie. On perçoit, à l'occasion de la présentation de cette figure originale, qu'au-delà des critères quantitatifs ou qualitatifs, la clef de caractérisation de la position dominante collective réside dans celle du marché : pour déterminer le degré de contrôle d'une ou plusieurs entreprises sur un marché, encore convient-il de l'identifier...

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

B – Au cas précis...

La lecture attentive de la décision permet de comprendre, en l'espèce, quelle hypothèse peut et doit être privilégiée par l'Autorité lorsqu'on entend caractériser la position dominante collective sur le marché du médicament luttant contre la DMLA.

Préalablement, il doit être noté que selon l'ADLC, les trois entreprises concernées représentaient environ 96 % des parts de marché du médicaments pour le traitement de la DMLA entre 2008 et 2013. Seule, l'entrée d'un quatrième laboratoire sur ce marché (Bayer) a pu permettre de modifier un peu la donne, ce que souligne l'Autorité (en ce sens, pts 731 à 733 de la déc.).

La position dominante collective n'est pas, on l'a dit, fréquemment caractérisée par l'Autorité. En effet, elle suppose que « les entreprises en cause [aient], ensemble, notamment en raison de facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs ». C'est là une formule issue de sa propre pratique décisionnelle (cf. par ex. Déc. 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats)

En l'espèce, afin de caractériser les « facteurs de corrélation », la décision relève l'existence de liens structurels « importants et stratégiques » entre les trois entreprises. Ces liens sont de deux natures :

D'une part, des liens contractuels identifiés par les licences concédées par Genentech à Roche et Novartis : au-delà du droit de commercialiser les médicaments, chaque contrat prévoyait des remontées d'informations et des prises de décisions communes, notamment au sujet du positionnement commercial des produits ;

D'autre part, des liens capitalistiques croisés « particulièrement significatifs » : Roche détient la totalité du capital de Genentech depuis 2009, et Novartis détient une participation dans la holding de Roche, participation qui lui confère notamment un tiers des droits de vote dans cette société.

D'où l'on peut analyser la décision comme s'inscrivant avant tout dans le cadre de la 1^{ère} hypothèse, c'est-à-dire celle où l'existence d'une entente peut conduire à caractériser l'existence d'une position dominante collective...

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

Les indices sont les suivants : les licences (accords de R&D) qui bien qu'éventuellement exemptés en application du règlement idoïne) sont prises en compte. Les participations croisées viennent aussi au soutien de cette caractérisation de l'entente.

Ceci explique peut-être que la même situation a été appréhendée par l'autorité italienne sous l'angle des seules ententes : ainsi, la décision italienne du 27 février 2014 de l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* a infligé une amende d'un montant total de 182,5 millions d'euros à deux de ces trois laboratoires pour avoir mis en place une entente anticoncurrentielle par « objet », contraire à l'article 101 du TFUE.

III – Des interrogations qui demeurent

Les quelques observations qui suivent ne peuvent en réalité que déboucher sur différentes interrogations qui témoignent, s'il en était besoin, que tant la qualification d'abus de position dominante collective que son régime demeurent toujours aussi mal aisés à saisir. Et nul doute que ces observations / interrogations seront au cœur des débats devant la cour d'appel de Paris. Une série de questions qui peuvent être résumées comme suit : pourquoi l'article 102 TFUE plutôt que l'article 101 TFUE, étant souligné qu'à aucun moment la décision ici analysée ne s'explique véritablement mais surtout en tire logiquement toutes les conséquences...

A la différence des pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une entente, caractérisées par une concertation entre deux ou plusieurs entreprises indépendantes l'une de l'autre, une jurisprudence constante considère qu'une position dominante collective est établie lorsque des entreprises ont « ensemble », notamment en raison de facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de la clientèle et finalement des consommateurs. *A priori* l'autorité entend avoir caractérisé à suffisance l'existence de cette « entité collective ». Mais, on ne peut que s'interroger sur le fait qu'en définitive elle a procédé à une application « distributive » des sanctions, en considérant que le premier grief ne devait être reproché qu'à un seul des trois laboratoires concernés. Il y a là de quoi alimenter une première discussion sur la qualification de l'abus de position dominante collective.

Ensuite, nul n'ignore que là où l'article 101 TFUE peut conduire à caractériser une entente de progrès, à admettre des logiques d'exemption, rien de tout cela n'existe sous l'angle de l'article 102 TFUE. La crainte de devoir entrer dans une discussion nourrie, à propos d'un secteur sensible, peut-elle expliquer cette décision de privilégier le terrain de l'article 102 TFUE ? On pourrait le penser... En réalité, le risque était inexistant ! Il suffit en effet de rappeler que la CJUE, interrogée par le juge italien comme on l'a relevé auparavant, avait clairement décidé que les pratiques de communication faussée (et notamment, le dénigrement) constituaient une entente anticoncurrentielle par objet. D'une part, elle avait considéré que l'entente était constituée par la diffusion d'informations trompeuses – même si elles pouvaient s'avérer

Workshop concurrence 21 avril 2021 – Cyril Nourissat

techniquement exactes – dès lors « qu'elles sont présentées de façon sélective ou incomplète lorsque, au vu de ces modalités de présentation, cette diffusion est susceptible d'induire en erreur ses destinataires ». D'autre part, elle avait relevé qu'une telle communication avait pour objectif de modifier le niveau de la demande sur un produit et de réduire la pression concurrentielle exercée sur un produit concurrent, ce qui n'est pas éloigné de la répartition de marché entre concurrents.

Chacun comprendra que cette décision originale de l'Autorité illustre pleinement pourquoi la position dominante collective est peu utilisée par les acteurs aussi bien nationaux qu'euro péens de l'*antitrust* mais encore en quoi elle demeure nécessairement très discutée !