

## Propriété intellectuelle et concurrence. II/ Droit de la concurrence

Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Propriété intellectuelle et concurrence. II/ Droit de la concurrence . Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, 2018. hal-01770260

**HAL Id: hal-01770260**

**<https://hal-descartes.archives-ouvertes.fr/hal-01770260>**

Submitted on 18 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

### i. Traduction de pièces en langue étrangère

L'article 111 de l'ordonnance du 15 août 1539 dite de Villers-Cotteret, toujours en vigueur, dispose que : « *Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrests, nous voulons d'oresnavant que tous arrests, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, enquestes, contrats, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques, actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel françois et non autrement* ». Le tribunal rappelle que l'obligation d'utilisation de la langue française résultant de cet article ne s'applique qu'aux actes de procédure. Il n'y a donc pas lieu d'écarter des débats des pièces communiquées par les parties, qui ne sont pas des actes de procédure, au motif qu'ils ne seraient pas ou seulement partiellement traduits en français. Il appartient au tribunal d'apprécier, « *au regard des observations des parties, le caractère suffisamment exploitable et la force probante des éléments qui lui sont soumis sous réserve, s'il décide de retenir un document rédigé en langue étrangère, d'en indiquer le sens* ». <sup>24</sup>

Il demeure cependant fortement conseillé de fournir une traduction au moins partielle des pièces produites en langue étrangère et d'en décrire le contenu dans les conclusions. A défaut, les pièces risquent de ne pas être examinées par la cour d'appel.<sup>25</sup>

Jean-Frédéric Gaultier

#### Index des décisions citées :

- TGI, 30 juin 2017, RG n° 16/00811, Lobel c. Ibryde Industrie
- TGI, 23 juin 2017, RG n° 11/11460, Astra Zeneca c. Ethypharm
- CA Paris, 29 septembre 2017, RG n° 15/23689, Barre c. Technique Equipement Médical
- JME, 7 juillet 2017, RG n° 16/14214, Mylan c. Gilead
- Référé, 5 septembre 2017, RG n° 17/57112, Gilead c. Mylan
- Référé, 19 mai 2017, RG n° 17/03778, Chemours c. Arkema
- CA Caen, 11 juillet 2017, RG n° 15/03510, Sheipaula c. Chantreau
- JME, 2 juin 2017, RG n° 15/16588, CNRS c. Aventis Pharma

## II. Droit de la concurrence

La liberté normalement offerte aux opérateurs économiques connaît des limites qu'il est toujours utile de mettre en évidence dans un secteur donné. Il s'agit alors de confronter le modèle mis en place par les pouvoirs publics à son « interprétation » par les professionnels en cause. L'exercice, auquel les lecteurs de cette chronique sont peu à peu devenus familiers, est riche d'enseignements. Il apparaît en effet que les risques de débordements sont à bien des égards loin de constituer une hypothèse d'école. Dès lors, se pose la question de leur nature et de leur sanction.

Les exemples utiles à la démonstration s'articulent en vérité autour de méconnaissances caractéristiques des interdictions posées par les textes. A s'en tenir aux thèmes abordés dans la présente Revue, il est facile d'observer que les stratégies marchandes des acteurs de santé sont souvent loin d'échapper à tout reproche. Le droit de la concurrence les appréhende au travers de mécanismes aptes à rétablir l'ordre des choses tant sur le plan des principes applicables que des procédures destinées à en assurer le respect.

Conformément à la teneur du dispositif retenu, seront à ce titre successivement abordés dans les développements à venir l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles **(1)** et le contrôle des opérations de concentration **(2)**.

### 1. Santé et interdiction des pratiques anticoncurrentielles

La marge de manœuvre laissée à dessein aux opérateurs économiques a des vertus indéniables pour ses titulaires et leurs partenaires ou clients. Il n'en est toutefois ainsi, on le sait, qu'à des conditions auxquelles sont clairement attachés les pouvoirs publics. La sauvegarde des intérêts du marché impose à cet égard une série de contraintes dont les autorités ou instances compétentes contrôlent le respect. Le schéma que l'on évoque ici se rattache à une logique maintes fois évoquée à l'intérieur de cette rubrique. Il tient à l'emprise d'un certain nombre de mesures instituées par le droit de l'Union européenne et le droit interne sous couvert de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

Il reste alors à « suivre » en quelque sorte le devenir des comportements susceptibles d'enfreindre les règles de concurrence instituées à ce titre. La question est à l'évidence sensible au regard de la diversité et la complexité des opérations dotées d'incidences en matière de santé. En tout état de cause, sont interdites tant les ententes anticoncurrentielles **(A)** que les abus de position dominante **(B)**.

#### A. Des ententes anticoncurrentielles

L'équilibre que recherché le droit de la concurrence impose par définition à une partie de ses destinataires d'importants sacrifices. Il est clair en effet que l'objectif de

24 - TGI, 30 juin 2017, RG n°16/00811, précité

25 - CA Paris, 29 septembre 2017, RG n°15/23689, précité

sauvegarde du marché ne saurait être atteint en laissant ses acteurs agir totalement à leur guise. De toute évidence, l'industrie pharmaceutique doit se plier, comme d'autres, aux interdits légaux énoncés à ce titre,

Il n'en demeure pas moins de sa part des signes de résistance souvent habilement orchestrés et « habillés » sous des formes prétendument innocentes. Toute la question est alors d'en établir suffisamment les modalités et les gravités respectives. La réponse figure d'ores et déjà dans un contentieux dont la présente chronique s'est fait régulièrement l'écho. Mais depuis lors, sont intervenus de nouveaux développements qui attestent de la vigilance et l'intransigeance des pouvoirs publics en la matière.

Dans la lignée de litiges antérieurs, la pratique des accords de « pay for delay », cette fois reprochée au laboratoire Teva, est encore en cause, du fait de l'ouverture récente d'une procédure au sein de l'Union européenne. L'affaire n'en est qu'à ses débuts. Mais elle s'inscrit dans une perspective identique à celles précédemment étudiées. La suite qui lui sera donnée n'en sera d'ailleurs que plus intéressante à analyser. Le conflit latent entre des intérêts réputés contradictoires a encore une fois toutes chances d'être résolu dans un sens favorable à la collectivité **(b)** plutôt qu'aux entreprises concernées **(a)**.

a) Des intérêts privés « en sursis »

Il résulte du communiqué de presse publié par l'Union européenne que la Commission européenne a informé l'entreprise pharmaceutique Teva de son avis préliminaire selon lequel un accord conclu avec Cephalon enfreignait les règles de l'Union en matière de pratiques anticoncurrentielles<sup>26</sup>. Aux termes de l'accord, Teva s'engageait à ne pas commercialiser une version générique moins chère du modafinil, médicament de Céphalon contre les troubles du sommeil.

Un parallèle avec les pratiques censurées par l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne rendu le 8 septembre 2016<sup>27</sup> s'impose au regard du contexte dans lequel il s'inscrit. Il apparaît ainsi que les arguments mis en avant par les laboratoires ne peuvent pleinement prospérer au regard de données tant économiques **(1-)** que juridiques **(2-)**.

1- Données économiques

La pratique litigieuse est révélatrice de deux approches radicalement opposées. D'un côté, les laboratoires cherchent à défendre un monopole en réalité chèrement acquis. Entrent ici en ligne de compte des informations concordantes qui permettent de mesurer l'importance de l'investissement que

26 - Commission européenne, Communiqué de presse du 17 juillet 2017 IP/17/2063; RLC 2017 n°64 p. 5

27 - Cf. cette chronique JDSAM 2016 n°14 p. 83 ; *adde*, Clunet 2017 chr. 6 Union européenne -Cour de justice et tribunal de l'Union européenne par E. Claudel et les références citées; RLC 2016 n°54 p. 7 ;

réclame la mise au point de nouveaux médicaments<sup>28</sup>. De l'autre, comme le déclare encore Margrethe Vestager dans la présente affaire, « la commercialisation des médicaments génériques et la concurrence exercée par ceux-ci sur le marché sont essentielles pour rendre les soins de santé plus abordables (...) ».

Il est clair de point de vue que les moyens de « défense » dont se prévalent les industries pharmaceutiques pour prolonger les bienfaits de leur statut n'ont que peu de chances de prospérer. Il en va de même à un autre point de vue.

2- Données juridiques

Les prérogatives que pourraient invoquer utilement les titulaires de droits exclusifs sur les médicaments « princeps » ont également une portée restreinte. Il est clair en effet que leur emprise ne peut jouer qu'à l'intérieur de certaines limites.

En premier lieu, sur le terrain du droit de la propriété intellectuelle, le dispositif aujourd'hui en vigueur impose notamment des exceptions au breveté qui doit « supporter » des intrusions dans le périmètre couvert par son invention lorsque des considérations de santé l'exigent. Une telle hypothèse se rencontre en particulier, on le sait, pour la « promotion des médicaments génériques » (articles L.5121-10-03 et L. 5125-23 du code de la santé publique ; article L.613-5 du code de la propriété intellectuelle).

En deuxième lieu, comme d'illustres précédents l'ont montré en la matière<sup>29</sup>, sur le terrain du droit des contrats, il est désormais bien établi que la liberté proclamée par les textes se heurte néanmoins à des limites qu'impose la sauvegarde de l'intérêt général. Le droit de la concurrence interdit précisément à cette fin que puissent être conclues des ententes anticoncurrentielles selon des modalités qui restent à définir.

Les normes applicables à ce titre s'inscrivent effectivement dans la durée.

b) Des intérêts collectifs pérennes

La communication des griefs que la Commission européenne adresse en l'espèce à Teva met en avant la nécessité d'un examen rigoureux de la teneur du document litigieux au regard de différents impératifs. Au-delà de procédures en cours en dehors de l'Union, la commissaire chargée de la politique de concurrence redoute que pour mettre fin à un litige né d'une infraction au brevet détenu par Céphalon, l'accord finalement conclu entre cette entreprise et le laboratoire Teva constitue une atteinte à la concurrence au sens des dispositions du TFUE. Elle se préoccupe en vérité du respect d'une double exigence : la sauvegarde des intérêts du marché **(1-)** et de la santé publique **(2-)**.

28 - Cf. notamment en ce sens Les entreprises du médicament à consulter sur le site [www.leem.org](http://www.leem.org)

29 - Cf. en ce sens, les accords reprochés notamment à Lundbeck, Johnson & Johnson, Servier cette chronique JDSAM 2014 n°4 p.76

## 1- Sauvegarde des intérêts du marché

Il suffira vraisemblablement ici de se contenter d'un bref rappel. L'évocation dans ces lignes de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles a en effet toujours été rattachée à des hypothèses dans lesquelles pouvaient notamment s'appliquer les dispositions de l'article 101 du TFUE. En d'autres termes, on le sait, les autorités et instances compétentes apprécient la validité des comportements qui leur sont soumis en considération de leur influence positive ou négative sur les marchés concernés.

Dans ce contexte, une certaine réticence s'impose de toute évidence à l'égard des accords dits de « pay for delay » en raison de leur contenu intrinsèque. Il est clair en effet que l'idée qui préside à leur élaboration et leur mise en oeuvre est de resserrer, moyennant finance, l'offre de médicaments autour de produits fournis par des laboratoires qui entendent pleinement jouir de leur monopole sans partage. L'arrêt précité rendu par le Tribunal le 8 septembre 2016 contient d'ailleurs sur ce point d'utiles précisions qui pourraient être transposées à la présente affaire.

En tout état de cause, d'autres éléments sont encore à prendre en considération.

## 2- Sauvegarde des intérêts de santé publique

La question de la validité des accords soumis à examen appelle également un regard différent de celui qui vient d'être évoqué. Le communiqué de presse de la Commission réfère en l'espèce, comme en d'autres occasions, aux dangers que font peser les pratiques litigieuses sur la politique de santé mise en place par chaque État.

On ne saurait au demeurant s'en étonner. Il va pour ainsi dire de soi en effet que tout obstacle « forcé » à la commercialisation des médicaments génériques rend plus onéreux l'accès à des traitements utiles à la communauté des patients. La plus grande prudence s'impose dès lors lorsque sont en jeu des stratégies dotées de telles incidences par la volonté des parties.

Le contentieux en la matière s'étoffe ainsi au fil des saisines opérées par les organes désignés par les textes pour s'assurer de la mise en oeuvre des objectifs de concurrence. Le risque d'entente anticoncurrentielle ne recouvre toutefois qu'une partie des possibilités de mise en oeuvre des règles applicables.

### B. Des abus de position dominante

Comme il a déjà été précisé dans cette chronique, les échanges marchands dans lesquels s'impliquent les acteurs de santé doivent en outre s'inscrire dans une perspective qui tienne compte de l'interdiction des abus de position dominante. Sont alors en cause des comportements qui atteignent le marché au travers d'excès qui n'ont pas lieu d'être dans une vision ouverte des rapports de concurrence. Il est imposé à ce titre aux entreprises de laisser à tout concurrent une capacité d'intervention à la hauteur de ses ambitions. Mais, on le sait, il arrive que des pressions dont la

nature reste à définir lui soit imposées.

De tels comportements ne sauraient pas davantage rester impunis. Des exemples récents témoignent de l'application de règles strictes en la matière, à l'échelle de l'Union européenne **(a)** ou du territoire national **(b)**.

#### a) Abus à l'échelle de l'Union européenne

Le médicament, à l'évidence, n'est pas une « marchandise » quelconque. Les conditions de son élaboration et les modalités de sa commercialisation s'inscrivent en effet à l'intérieur d'un processus réputé pour sa complexité, sa longueur, ses coûts. Dans la rigueur des principes, on le sait, les prix sont libres. Toutefois, pour des raisons évidentes, les enjeux de santé publique contredisent clairement le plein exercice de cette capacité. Au-delà d'une nécessaire intervention des pouvoirs publics en la matière, au gré des législations de chaque État, un contrôle s'opère au regard de possibles débordements qui enfreignent les règles de concurrence.

L'hypothèse que l'on évoque se rattache en vérité à une étape décisive de l'activité de Commission de l'Union européenne. Pour la première fois, en effet, elle s'est récemment saisie de possibles pratiques tarifaires excessives dans l'industrie pharmaceutique<sup>30</sup>.

Conformément à l'approche dictée par l'article 102 du TFUE, il appartient à l'organe précité d'examiner le statut de l'initiateur des pratiques litigieuses **(1-)** et l'abus éventuellement commis **(2-)**.

#### 1- Statut de l'initiateur des pratiques litigieuses

L'enquête en cours vise Aspen, une société pharmaceutique mondiale dont le siège se trouve en Afrique du Sud qui possède plusieurs filiales dans l'EEE. Une part importante de ses activités a trait à des « médicaments de niche » contenant des principes actifs divers utilisés dans le traitement du cancer, notamment des tumeurs du sang.

Ils sont vendus sous différentes formules et sous de multiples marques. Le communiqué de presse précise également qu'Aspen a acquis ces médicaments après l'expiration des brevets les protégeant. En l'état actuel des choses, aucune autre information n'est donnée sur l'état du marché dans lequel Aspen entend manifestement prospérer. Mais son comportement n'est pas pour autant à l'abri de tout reproche.

#### 2- Abus éventuellement commis

A l'origine de l'enquête à laquelle ces lignes se réfèrent, des informations accréditent largement l'idée selon laquelle Aspen aurait imposé des hausses de prix excessives et injustifiées, atteignant plusieurs centaines de pour cent du prix initial. La société aurait, par exemple, menacé de retirer

30 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 15 mai 2017 IP/17/1323 ; cf. également [www.capital.fr/entreprises-marches](http://www.capital.fr/entreprises-marches); [www.rfi.fr/afrique](http://www.rfi.fr/afrique)

du marché les médicaments en cause dans certains Etats membres afin d'imposer ces hausses de prix et aurait même mis sa menace à exécution dans certaines hypothèses.

La commissaire chargée de la politique de concurrence, on s'en doute, a vivement réagi à ces comportements. « En cas de maladies graves, il peut arriver que la vie des patients dépende de la disponibilité de certains médicaments. Les sociétés qui les produisent devraient voir leurs efforts récompensés de sorte qu'elles soient incitées à en poursuivre la production. Mais lorsque le prix d'un médicament augmente soudainement de plusieurs centaines de pour cent, il y a matière pour la Commission à enquêter. Plus précisément, dans la présente affaire, nous allons évaluer si Aspen enfreint les règles de concurrence de l'UE en facturant des prix excessifs pour un certain nombre de médicaments ».

Il est à observer que l'enquête concerne l'ensemble du territoire de l'EEE, à l'exception de l'Italie dont l'Autorité de concurrence est entrée en voie de condamnation à l'encontre d'Aspen le 28 septembre 2016.

D'autres possibilités sont prévues par les textes.

b) Abus à l'échelle du territoire national

L'interdiction des abus de position dominante a donné lieu en droit interne à la saisine de différentes instances auxquelles il revenait de retenir ou non la responsabilité de professionnels impliqués dans le domaine de la santé. L'hypothèse considérée a d'ailleurs déjà été évoquée dans cette chronique<sup>31</sup>. Depuis lors, est revenue sur le devant de la scène une affaire complexe dans laquelle était en cause le refus d'un éditeur de logiciels de vendre sa base de données d'informations médicales à certains laboratoires pharmaceutiques qui souhaitaient l'utiliser dans le même temps avec le logiciel d'un concurrent auquel il reprochait des actes de contrefaçon.

La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur ce point en rejetant le pourvoi du demandeur antérieurement condamné par les différentes autorités ou instances saisies pour abus de position dominante<sup>32</sup>. Elle approuve ainsi la décision des juges du fond qui avaient retenu l'existence de la pratique anticoncurrentielle (1-) en l'absence de tout fait justificatif apte à faire disparaître l'infraction aux règles de concurrence (2-).

1- Existence de la pratique anticoncurrentielle

Les nombreux moyens du pourvoi formé par le demandeur offraient à la Haute juridiction la possibilité de vérifier le bien-fondé de la motivation développée par les juges du fond. Point par point, l'arrêt étudié se livre à un examen rigoureux des conditions et modalités de l'abus de position dominante retenues dans la présente procédure.

La qualification d'abus de position dominante requiert, on

.....

31 - Cf. JDSAM 2014 n°4 p. 74

32 - Com., 21 juin 2017 Contrats, Concurr. Consomm. 2017 comm.182 observations G. Decocq, RLC 2017 n°63 p.6

le sait la réunion des différents éléments énoncés à l'article 102 du TFUE et à l'article L. 420-2 du code de commerce. Au-delà de la définition légale, s'impose en cas de litige une appréciation concrète des données à prendre en considération. Comme en témoigne la décision examinée dans ces lignes, ni l'Autorité de la concurrence ni la Cour d'appel n'avaient failli en l'espèce à leur mission.

L'arrêt se livre plus précisément à une double démonstration. En premier lieu, l'existence de la pratique litigieuse est établie au regard de critères « qualitatifs ». Entre dans ce cadre et sous cette dénomination toute la fraction de l'arrêt où la Haute juridiction analyse la motivation de l'arrêt critiqué au regard des exigences du texte applicable. Dans cette optique, elle approuve sans réserve l'analyse par laquelle les juges du fond ont retenu la nature illicite et l'effet anticoncurrentiel de la stratégie développée par Cegedim. Sur le premier point, est suffisamment caractérisée l'importance que peut avoir pour les laboratoires pharmaceutiques l'accès à « des données relatives aux noms, adresses et spécialités des médecins prescripteurs de médicaments ou de produits relatifs à la santé afin de connaître quels sont les médecins qui prescrivent leurs médicaments et les zones géographiques les plus concernées afin de pouvoir entrer en contact avec ces professionnels pour leur faire connaître leurs médicaments et produits » . Sur le second point, est également établie pour les hauts magistrats l'incidence néfaste du refus de vente reproché au demandeur « en créant au préjudice de la société Euris, sans justification économique ou juridique, un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à l'ensemble de ses concurrents sur le marché de des logiciels de gestion de la relation clients dans le secteur de la santé ».

En deuxième lieu, l'existence de la pratique litigieuse est établie en considération de critères « quantitatifs ». D'une part, une pluralité d'éléments statistiques permet d'établir la position dominante de Cegedim sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques. D'autre part, quant au montant de la sanction infligée par les juges du fond, rien n'est effectivement à leur reprocher. L'assiette retenue est approuvée par les hauts magistrats pour lesquels pouvait à bon droit être retenue la valeur des ventes réalisées par Cegedim sur le marché précédemment délimité. La proportionnalité de la sanction n'est pas davantage remise en cause en l'absence de toute circonstance apte à entraîner la modération.

Dans cette perspective, seul le recours à l'existence d'un fait justificatif était de nature à apprécier différemment le comportement de Cegedim.

2- Absence de fait justificatif

La notion de fait justificatif n'appelle vraisemblablement pas en elle-même de longs développements. Elle contribue, on le sait, à faire disparaître le caractère délictueux d'un comportement qui aurait dû normalement, en d'autres circonstances, être poursuivi et sanctionné.

La question posée en l'espèce était de savoir si le grief de contrefaçon qu'invoquait le demandeur au pourvoi était ou non de nature à l'exonérer de sa responsabilité pour abus de position dominante. La Haute juridiction écarte logiquement l'argument au regard des conditions d'admission que requiert généralement le fait justificatif de légitime défense.

En d'autres termes, l'abus demeure au regard de la gravité de la stratégie mise en place par le demandeur. L'analyse des hauts magistrats tient en réalité à une double considération. D'une part, question de nature, la pratique reprochée à Cegedim n'était pas « réservée » au seul prétendu contrefacteur. D'autre part, question en outre de degré, la pratique litigieuse dépassait en intensité le « seuil » généralement fixé pour l'admission du fait justificatif de légitime défense. La disproportion des agissements imputé à Cegedim au terme d'une analyse minutieuse de son comportement ne pouvait que conduire à l'approbation de sa condamnation.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles conduit ainsi à la mise en œuvre d'un dispositif dans lequel toutes les éventualités ont été envisagées sans complaisance aucune à l'égard des tentatives de débordements que pourrait commettre telle ou telle entreprise.

Les opérations de concentration relèvent quant à elles d'une approche différente.

## 2. Santé et contrôle des opérations de concentration

La compétition que se livrent les entreprises dans une économie libérale appelle de leur part des choix stratégiques. L'innovation y contribue pour une part essentielle. Mais d'autres possibilités leur sont offertes. Elles peuvent en particulier rechercher des alliances avec d'autres en vue de se diversifier ou améliorer leur productivité et conquérir ainsi de nouvelles parts de marché. Dans la rigueur des principes, elles sont en effet libres de le faire comme bon leur semble. Toutefois, ces opérations ne sont pas nécessairement neutres pour le maintien d'une véritable concurrence. Les pouvoirs publics ne s'y sont pas trompés. Ils ont par anticipation veillé à la préserver en instituant un éventuel contrôle de telles opérations.

Cette mesure s'étend à tous les domaines d'activités. Dans cette perspective, les firmes impliquées dans le domaine de la santé doivent également veiller au respect de la procédure instituée par les textes, au rythme et conditions fixées à cet endroit. De nouveaux exemples de cette contrainte viennent s'ajouter à ceux précédemment examinés dans cette rubrique. Ils témoignent tout particulièrement de la vitalité des échanges en la matière sans que soit perdu de vue pour autant l'espoir d'une meilleure approche du traitement des maladies<sup>33</sup>.

33 - Cf. sur l'ensemble de la question B. Espesson-Vergeat, Le contrôle des opérations de concentration dans le secteur des établissements de santé : un enjeu économique, un impact de santé publique RLC 2017 n°65 p. 18

Les modalités de ce contrôle relèvent d'une distinction logique qui tient aux pouvoirs respectivement conférés la Commission de l'Union européenne (A) et à l'Autorité de la concurrence (B).

### A. Contrôle de la Commission de l'Union européenne

Il revient à la Commission européenne de procéder au contrôle des opérations de concentration selon des critères établis par les textes. Sans entrer dans le détail du dispositif applicable, il suffira sans doute de mettre en avant une nouvelle fois la condition de dimension européenne du changement envisagé. Au-delà, bien sûr, tout reste à faire. Si, traditionnellement, l'attention se focalise principalement sur le contenu du projet soumis à examen (b), il peut arriver que des éléments de réponse figurent dans le déroulement lui-même de la procédure (a).

#### a) Du respect de règles de procédure

La décision qui appartient *in fine* à la Commission la conduit à un examen de tous les éléments aptes à forger sa conviction. Pour cette raison, elle doit recevoir des intéressés tous les éléments liés au projet qu'ils souhaitent voir évoluer favorablement à leur profit.

Le contentieux en la matière est extrêmement rare. Il n'en est que plus intéressant d'évoquer le sort qui pourrait être réservé à l'opération de concentration prévue entre Merck et Sigma-Aldrich sans qu'aient été respectées les règles de procédure<sup>34</sup>. La finalité de celles-ci (1-) implique que soient respectées leurs modalités (2-).

#### 1- Finalité des règles de procédure

Le dispositif institué par les textes se justifie au regard des menaces que peuvent faire peser les opérations de concentration sur l'équilibre des marchés. La décision finale ne s'impose pas toutefois immédiatement. Comme l'expose Margrethe Vestager, commissaire chargée de la politique de concurrence, elle implique « une coopération de la part des entreprises concernées ».

L'obligation de notification permet tout d'abord à la Commission de prendre « officiellement » connaissance du projet auquel elle est appelée à donner ou non des suites favorables.

Elle se prolonge ensuite par l'obligation imposée aux entreprises de lui communiquer « des renseignements corrects et exhaustifs ». Il en est ainsi afin de permettre à la Commission de se prononcer dans un sens ou un autre avec toute la rapidité et la précision voulues.

Il reste alors à en examiner la mise en oeuvre dans une espèce donnée.

34 - Commission européenne, Communiqué de presse du 6 juillet 2017 IP/IT/ 1924 ; V. Coursière-Pluntz Option finance 2 octobre 2017, RLC 2017 n°64 p.5

2- Modalités des règles de procédure

La difficulté qu'il convient d'évoquer dans ces lignes s'inscrit dans un processus précédemment évoqué. On se souvient en effet que les phases préliminaires à respecter s'étaient bien déroulées sans encombre<sup>35</sup>. Mais les choses ne pouvaient en rester là, l'autorisation de la Commission ayant été donnée sous réserve de certains engagements.

La vérification que devait en faire la Commission a été l'occasion de la communication de griefs à laquelle on se réfère ici<sup>36</sup>. Il est plus précisément reproché aux entités en cause d'avoir, « de propos délibéré ou par négligence » fourni des renseignements inexacts ou dénaturés et dès lors faussé son appréciation des choses. La sanction encourue par Merck pourrait aller jusqu'à 1 % de son chiffre d'affaires mondial....

Le contrôle confié à la Commission intègre d'autres paramètres plus traditionnels.

b) Du respect de règles de fond

Pour des raisons évidentes, la Commission s'attache à un examen dûment circonstancié de l'opération dont elle est saisie. De décisions récentes, on retiendra la priorité donnée à ses préoccupations essentielles.

Il lui importe par exemple que soit intégralement respectée la liberté de choix du consommateur **(1-)** et préservé à, son profit, le maintien d'un prix équitable **(2-)**.

1- Respect de la liberté de choix du consommateur

Le projet de concentration entre Essilor et Luxottica avait de quoi séduire les économistes qui l'ont au demeurant en son temps abondamment commenté<sup>37</sup>. Mais il pouvait également intriguer ou inquiéter les juristes au regard de ses effets sur la concurrence.

On en sait aujourd'hui davantage. La Commission de l'Union européenne a décidé en effet d'ouvrir une enquête approfondie à son sujet<sup>38</sup>. Elle redoute en effet, compte tenu de la forte implantation de chacune des entreprises en présence soit de nature à affecter la concurrence sur le marché des verres de lunetterie. Pour cette raison, elle examinera l'ensemble des éléments pertinents sur ce point pour maintenir en particulier la liberté de choix du consommateur.

D'autres considérations peuvent intervenir.

2- Maintien d'un prix équitable

Dans une décision récente, la Commission a autorisé l'acquisition de Bard par BD<sup>39</sup>. Elle met en présence deux sociétés américaines actives au niveau mondial dans la fourniture de dispositifs médicaux. Leurs activités sont largement complémentaires. Mais, dit la Commission, elles se chevauchent sur les marchés des dispositifs de biopsie par forage et des marqueurs tissulaires, tous deux utilisés pour diagnostiquer des affections telles le cancer du sein.

L'autorisation n'est cependant donnée qu'à des conditions qui permettent « à des millions de patients européens et aux systèmes de santé des États membres de continuer à accéder à des prix équitables à une gamme de dispositifs médicaux innovants ».

Le contrôle des concentrations peut également intervenir dans un cadre distinct.

B. Contrôle de l'Autorité de la concurrence

La mise en œuvre des pouvoirs reconnus à l'Autorité de la concurrence en matière de concentration, tels que prévus par le code de commerce (articles L. 430-1 s. du code de commerce), est décidément d'actualité. Deux observations suffiront à s'en convaincre. La première repose sur un communiqué publié le 20 octobre 2017 à son initiative. Il annonce l'ouverture d'une consultation publique sur ce sujet en vue de la modernisation et la simplification du droit des concentrations<sup>40</sup>. La seconde s'appuie sur le nombre de décisions rendues depuis peu de temps dans le domaine auquel est consacrée cette revue.

Pour la clarté de l'exposé, il sera d'ailleurs procédé à une étude synthétique, plutôt que chronologique, de celles-ci. Dans cette perspective, il est possible de répertorier les décisions rendues autour de deux axes principaux. Les concentrations dont l'Autorité de concurrence a eu à connaître concernent les marchés soit de produits **(a)** soit de services de santé **(b)**.

a) Concentrations sur les marchés de produits

Une première série de décisions concerne des entreprises actives dans un secteur où sont principalement échangés des « produits », selon une terminologie qu'il reste à affiner.

Il ressort de l'inventaire de l'actualité récente que les opérations de concentration soumises à l'Autorité de la concurrence portaient essentiellement sur les produits médicaux ou matériels d'hygiène à usage professionnel **(1-)** soit sur les produits d'assurance santé **(2-)**.

1- Produits médicaux ou matériels d'hygiène à usage professionnel

On signalera tout d'abord qu'est en cours d'examen une opération tendant à la prise de contrôle de Menix Group

35 - Cf. cette chronique JDSAM 2015 n°3 p.80 ; *adde* RLC 2015 n°45 p.11 observations V. Levy

36 - Commission européenne, Communiqué de presse du 6 juillet 2017 IP/17/1924 précité

37 - Cf. notamment en ce sens, Le Figaro, 16 janvier 2017 ; Le Monde, 11 janvier 2017 ; L'Express, 19 janvier 2017 ; Les Echos, 16 janvier 2017

38 - Commission européenne, Communiqué de presse du 26 septembre 2017 IP/17/3481

39 - Commission européenne, Communiqué de presse du 18 octobre 2017 IP/17/4024

40 - A consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

par Five Arrows Managers. Le projet concerne le marché de la fabrication et de la vente de prothèses orthopédiques, d'implants dentaires et de dispositifs médicaux pour chirurgie CMF<sup>41</sup>.

On se référera ensuite à la décision du 18 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société TMF par le Groupe Mutuelle Nationale des Hospitaliers<sup>42</sup>. L'Autorité de la concurrence donne sa caution au dossier qui lui a été transmis pour une concentration qui concerne différents types de marchés de produits, en particulier ceux de la fabrication et la distribution de produits d'hygiène et d'entretien à usage professionnel (points 14 s.).

D'autres exemples peuvent également être donnés dans un cadre distinct.

2- Produits d'assurance santé

Il ne s'agit assurément pas d'une véritable « nouveauté ». Des cas de rapprochements en la matière ont en effet déjà été rapportés dans cette chronique<sup>43</sup>. Depuis lors, l'Autorité de la concurrence a été saisie de dossiers dont le sort peut être abordé rapidement dans ces lignes.

En premier lieu, a été approuvée par elle la fusion des Unions Mutualistes de Groupe Istya et Groupe Harmonie<sup>44</sup> à l'issue d'un examen minutieux portant notamment sur les marchés amont des produits d'assurance de personnes et, plus précisément, les marchés des assurances santé complémentaire, prévoyance etc.. (points 11 s.).

En deuxième lieu, a également connu un sort favorable l'opération relative à la prise de contrôle exclusif de contrats d'assurance Amis par le Groupe Malakoff Médéric<sup>45</sup>. La cible de l'opération était un portefeuille de contrats d'assurance de complémentaire santé individuelle.

L'Autorité de la concurrence en étudie le fonctionnement et l'ensemble des composantes pour finalement l'autoriser.

En troisième lieu, doit encore être signalée la décision du 27 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de Mutex par Harmonie Mutuelle<sup>46</sup>. Il en ressort une analyse qui n'est pas sans rappeler l'une des décisions qui viennent

.....

41 - Autorité de la concurrence, Notification du 29 septembre 2017 à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

42 - Autorité de la concurrence, Décision n° 17-DCC-114 du 18 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société BTMF par le Groupe Mutuelle nationale des Hospitaliers ( décision susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat ) à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

43 - Cf. notamment cette chronique JDSAM 2016 n°14 p. 87 ; JDSAM 2017 n°1 p. 104

44 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-104 du 5 juillet 2017 relative à la fusion des Unions Mutualistes de Groupe Istya et Groupe Harmonie à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

45 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-113 du 18 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de contrats d'assurance Amis par le groupe Malakoff Médéric ( décision susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat ) à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

46 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-119 du 27 juillet 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de Mutex par Harmonie Mutuelle (décision susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat ) à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

d'être évoquées dans les secteurs de produits d'assurance de personnes (complémentaire santé, prévoyance etc..). Par la force des choses, en effet, l'Autorité de la concurrence est conduite à cerner de plus près les éléments aptes à caractériser l'activité des opérateurs en cause et leur devenir une fois réalisée la prise de contrôle envisagée. (points 6 s.). Elle n'y oppose aucune objection.

L'étude serait incomplète sans que soit explorée une autre direction.

b) Concentrations sur les marchés de services de santé

Il convient également d'examiner à l'aune du droit des concentrations les rapprochements vers lesquels se sont encore orientés les établissements de santé. L'Autorité de la concurrence a eu à en connaître au travers de deux hypothèses intéressantes. L'une concerne les services de santé traditionnels (1-). L'autre conduit à évoquer des services de e-santé (2-).

1- Services de santé traditionnels

Il a fréquemment été demandé à l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur des opérations de concentration dans lesquelles cherchaient à s'engager des établissements de soins. On y ajoutera encore deux « épisodes ».

En premier lieu, doit être étudiée une opération d'envergure, comme en témoigne au demeurant le déroulement lui-même. Il s'agit de la décision du 23 juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Médipôle Partenaires par le groupe Elsan<sup>47</sup>. D'une part, dans la forme, si l'issue en est bien une décision positive de l'Autorité de la concurrence, il convient d'observer la mise en œuvre en l'espèce, *ab initio*, d'une possibilité de renvoi prévue par le droit de l'Union européenne<sup>48</sup>. En d'autres termes, le règlement n° 139/2004 autorise les entreprises à demander, au stade de la pré-notification, le renvoi à une autorité nationale de concurrence d'une opération de concentration qui atteint les seuils de notification européens, lorsque la concentration « risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct ». Tel fut donc le cas en l'espèce. D'autre part, dans le fond, la décision livre un certain nombre d'enseignements auxquels il n'est possible de se référer dans ces lignes que de façon succincte. On indiquera simplement que l'autorisation donnée en l'espèce, après analyse minutieuse, dans tous les domaines d'activités, des effets du rapprochement soumis à examen (points 7 s.), impose néanmoins à Elsan en

.....

47 - Décision n°17-DCC-95 du 23 juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Médipôle Partenaires par le groupe Elsan à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr); *adde* sur l'ensemble de la question, B. Espesson-Vergeat, Le contrôle des opérations de concentration dans le secteur des établissements de santé : un enjeu économique, un impact de santé publique RLC 2017 n°65 p. 18 précité.

48 - Sur ce point cf. RLC 2017 n° 58 p.5



contrepartie certains « sacrifices » (« engagements »), qu'ils soient d'ordre structurel ou comportemental (points 190 s.).

En deuxième lieu, intervient au cours de la période observée une décision par laquelle l'Autorité approuve la prise de contrôle exclusif de la société Colisée International par la société Indigo International<sup>49</sup>. Elle consolide ainsi « le secteur de l'exploitation d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, des centres de soins de suite et de réadaptation, de la promotion immobilière et des services à la personne ».

La liste n'est pas close pour autant.

## 2- Services de e-santé

La décision rendue par l'Autorité de la concurrence le 1<sup>er</sup> juin 2017 illustre à son tour la diversification que recherchent certains opérateurs économiques. En l'espèce, était en question le projet de prise de contrôle exclusif de la société Asten Santé par la société La poste Silver<sup>50</sup>. Il revenait dès lors à l'Autorité de se prononcer à l'issue d'un examen rigoureux des tenants et aboutissants soumis à ses services. L'issue favorable qu'elle réserve à cette opération repose sur deux séries d'arguments. Les uns s'attachent aux éléments de l'activité des parties en présence. Les autres portent sur les particularités des marchés en cause. Les lecteurs seront sûrement intéressés par les développements consacrés au marché de l'e-santé. L'Autorité de la concurrence y précise en effet les modalités essentielles des marchés de services, en mettant l'accent sur les marchés de services en général (points 7 s.) et des marchés spécifiques des services informatiques spécifiques au secteur de la santé (points 10 s.).

La diversité des situations que l'on vient d'évoquer fait « vivre » le droit de la concurrence. Il y en aura encore assurément bien d'autres. Chacun doit alors prendre conscience de la rigueur et de la réactivité des pouvoirs publics en la matière afin de conjurer tout risque de détournement ou de débordement. Politique de concurrence et politique sanitaire n'ont en réalité, sur les marchés, d'autres fins.

**Caroline Carreau**

49- Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-80 du 7 juin 2017 relative la prise de contrôle exclusif de la société Colisée International par la société Indigo International à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)

50- Autorité de la concurrence, Décision 17-DCC- 74 du 1<sup>er</sup> juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Asten Santé par la société La poste Silver à consulter sur le site [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)