

Études thématiques



Études thématiques

Droit de la concurrence et santé	85
Champ d'application des règles de concurrence	88
Application du droit de la concurrence dans le secteur de la santé	88
Compétence organique du Conseil de la concurrence	108
Modalités d'application des règles de concurrence	112
Analyse des marchés de la santé	112
Interventions des autorités de concurrence	121
Conclusion	143
Les pratiques de ciseau tarifaire	145
Définition et mise en œuvre des tests de ciseau tarifaire	148
La référence à la situation de l'opérateur intégré	148
Le périmètre pertinent des coûts et des recettes	151
Niveau de segmentation et d'agrégation	152
Test période par période et valeur nette actualisée	154
L'examen des effets de ciseau au regard du droit de la concurrence	156
La position de l'opérateur intégré sur les différents marchés	157
La nécessité de la prestation intermédiaire pour l'exercice de la concurrence en aval	158
La coordination entre les branches amont et aval de l'opérateur intégré	162
L'autonomie des entreprises vis-à-vis des lois et réglementations en vigueur	163
L'impact sur la concurrence	165
L'absence de justifications objectives	166
Les effets de ciseau tarifaire dans le jeu concurrentiel	168
Ciseaux tarifaires et comportements stratégiques	168
Ouverture des marchés et dynamique des investissements	171
Les synergies entre droit de la concurrence et régulation sectorielle	174
Conclusion	177

Études thématiques

Droit de la concurrence et santé

Il existe, à l'égard de l'application des mécanismes concurrentiels au secteur de la santé, une méfiance générale et historique. Concurrence et santé semblent appartenir à des sphères étrangères l'une à l'autre. La santé a certes un coût¹, mais elle n'a pas de prix, ce qui l'exclurait de toute logique marchande, et donc concurrentielle. Cet ancrage culturel est ancien : « *Le serment d'Hippocrate, qui est probablement l'un des plus anciens documents anticoncurrentiels de la planète [...], organise déjà des marchés, et bien plus, légitime la vocation non économique du secteur*². »

Les codes de déontologie, édictant des règles d'éthique aux professionnels de la santé, sont représentatifs de cette orientation culturelle. Le comportement concurrentiel paraît incompatible avec l'objet même du service rendu, et lorsqu'il est fait référence à la concurrence, elle n'est envisagée que dans un but d'exclusion. Plusieurs professionnels de la santé se voient ainsi interdire toute baisse d'honoraires pratiquée dans un but de concurrence³ ou toute « *concurrence directe* » avec le confrère dont ils ont assuré le remplacement⁴. Le professionnel doit exercer son activité dans le souci du bien-être du patient, et non par recherche de profit personnel. Il est, ainsi, souvent libre de donner gratuitement des soins⁵, et doit déterminer le montant de ses honoraires avec « *tact et mesure*⁶ ». De façon générale, le Code de la santé publique prévoit que la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce⁷.

Ces dispositions font écho à celles de l'article 16-1 du Code civil selon lesquelles « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit*

1. Selon les statistiques de l'OCDE, près de 9 % du PIB sont consacrés au financement des dépenses de santé en France (chiffres de 2004).

2. N. Diricq, Introduction au colloque « Concurrence et organisation du système de santé », *Concurrence-consumation*, n° 158, avril 2008, p. 22.

3. Interdiction adressée au médecin (article R. 4127-67 du CSP), à la sage-femme (R. 4127-355), au pharmacien biologiste (R. 4235-75), à l'infirmier (R. 4312-42), et au pédicure-podologue (R. 4322-61).

4. Interdiction adressée au masseur-kinésithérapeute (article R. 4321-130), au médecin (R. 4127-86), au chirurgien-dentiste (R. 4127-277), à la sage-femme (R. 4127-342), à l'infirmier (R. 4312-47), et au pédicure-podologue (R. 4322-87).

5. Articles R. 4127-240 (chirurgien-dentiste), R. 4312-40 (infirmier) et R. 4322-61 (pédicure-podologue).

6. Articles R. 4321-98 (masseur-kinésithérapeute), R. 4127-53 (médecin), R. 4127-240 (chirurgien-dentiste), R. 4127-341 (sage-femme), R. 4235-65 (pharmacien), R. 4235-75 (pharmacien-biologiste), R. 4312-40 (infirmier), R. 4322-61 (pédicure-podologue).

7. Article R. 4127-19.

patrimonial». Pour reprendre la *summa divisio* entre bien et personne, la santé, définie comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social*⁸ », concerne la personne, et est dépourvue en ce sens de toute valeur patrimoniale attachée à la propriété d'un bien.

Le principe constitutionnel de protection de la santé publique prime ainsi sur la liberté d'entreprendre⁹. En droit communautaire, la protection de la santé publique peut également justifier certaines dérogations étatiques à la liberté des échanges : selon la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), « *la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE et il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection*¹⁰ ».

Envisagée cependant de façon plus restrictive, c'est-à-dire non pas comme un état de bien-être qu'il s'agit de préserver, mais comme un secteur regroupant les activités de service de soins et de vente de produits de santé, la santé ne peut être exclue du champ économique.

Ces activités ne sont certes pas dépourvues de certaines particularités au regard de l'analyse économique, mises en évidence par Arrow dans un article de 1963¹¹ marquant, pour les économistes de la santé, la naissance de leur discipline.

Dans cet article fondateur, l'auteur établit le caractère économique des activités de soins, et attire l'attention sur les particularités de la demande et de l'offre sur les marchés de la santé.

Le marché des activités de soins est caractérisé par une asymétrie d'information entre le consommateur de services et le professionnel offreur de services. Or, le modèle de concurrence pure et parfaite repose sur le postulat que la concurrence conduit à une allocation optimale des ressources (à savoir la maximisation du profit des offreurs et la maximisation de l'utilité des demandeurs en termes de prix et de qualité), si les offreurs et les demandeurs disposent d'une information parfaite sur le marché (pour les offreurs sur leurs coûts, les technologies disponibles ; pour les demandeurs sur leur préférence, sur les prix et la qualité des services).

La demande de soins, qui est dérivée de la demande de santé, présente un caractère instable, irrégulier et imprévisible. La détermination d'un état de santé étant difficile et subjective¹², la traduction de la demande de santé en demande de soins induit, selon Arrow, une incertitude quant à l'utilité de l'achat de soins : les demandeurs ne connaissent pas leurs besoins *ex ante* et ne peuvent évaluer *ex post* la qualité ou le prix des prestations. C'est précisément l'information sur cette utilité qui est achetée aux médecins sous forme de soins qualifiés. Les soins sont ainsi considérés comme des biens de confiance, le seul contrôle de la qualité résidant dans des procédures de certification *a priori* des professionnels de santé, et l'édic-

8. Définition résultant du préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

9. Décision du Conseil constitutionnel, 8 janvier 1991, 90-283 DC.

10. CJCE, 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband c/ DocMorris NV et Jacques Waterval, C-322/01, § 103.

11. K-F Arrow, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *American Economic Review*, 1963.

12. « *La santé est un état précaire qui ne laisse rien présager de bon* », nous enseigne ainsi le personnage célèbre de Jules Romain, Knock.

tion de normes éthiques. Ces considérations s'ajoutent au fait que le patient est un demandeur captif : il ne choisit ni son état, ni le moment pour demander des soins. Le mécanisme d'assurance, public ou privé¹³, ainsi que le caractère fondamental du bien acheté le rendent en outre peu sensible au prix.

Le comportement de l'offreur, quant à lui, est censé être principalement guidé par le souci du bien-être du client, ce qui le distingue des autres professions du monde des affaires où l'intérêt personnel est la norme acceptée. La relation de confiance qui se noue entre l'offreur et le demandeur de soins empêche un comportement de négociation pure, et un ajustement par les prix.

Cependant, l'asymétrie d'informations entre offreurs et demandeurs, ainsi que la couverture assurantielle des patients, à l'origine de leur insensibilité aux prix, rendent difficile la séparation entre prestations de soins légitimes, qui seules répondent aux besoins du patient, et prestations induites, visant à augmenter les revenus du professionnel.

Tous ces éléments contribuent à ce que le libre fonctionnement du marché ne peut suffire à garantir des prix concurrentiels et à assurer une bonne qualité de services. *« Il en résulte que, pour le professionnel, [...], la tentation est grande de choisir délibérément une moindre qualité de service pour épargner du temps ou de l'argent ou amener les clients à avoir encore recours à leurs services alors que ce n'est pas nécessaire¹⁴ ».*

Les marchés de la santé sont aussi caractérisés par un fort degré de réglementation perturbant le fonctionnement normal de la concurrence. La prise en charge des soins et dispositifs de santé par la sécurité sociale a en effet amené l'État à en réglementer largement les prix pour maîtriser les dépenses publiques. Par ailleurs, les particularités des relations patient/praticien, soulignées plus haut, expliquent que l'offre soit très réglementée (notamment l'exercice des professions de santé : conditions d'accès et répartition géographique), mais aussi les autres secteurs de la santé tels les prestations de service des hôpitaux ou les circuits de distribution des produits.

Ces éléments ne peuvent cependant occulter la réalité de l'existence d'une demande, en termes de services de soins ou de produits de santé, dont la rencontre avec l'offre est rémunératrice pour les offreurs. Cette rencontre caractérise l'existence d'un marché

Or, la concurrence a vocation à régir toute activité s'exerçant sur un marché, sans que son application suppose un modèle économique marchand particulier.

Indépendamment de l'objectif non patrimonial des activités liées au secteur de la santé (le maintien d'un bien-être général de la personne), la concurrence trouve donc à s'appliquer, même si la spécificité des missions de santé interdit que le droit de la concurrence en devienne le seul régulateur.

13. L'effet des mécanismes d'assurance dans le domaine de la santé a ainsi été étudié dans le cadre de l'expérience de la RAND *Health Insurance Experience*, conduite pendant huit ans, sur une large échelle aux États-Unis. L'étude montre que si l'on souhaite diminuer les dépenses de santé, l'augmentation de la contribution financière des patients est nécessaire.

14. Conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Pavlov, présentées le 23 mars 2000, C-180/98 à C-184/98.

Ainsi, si ce secteur présente de nombreuses caractéristiques lui conférant une identité particulière, l'existence de marchés de la santé justifie sa soumission aux règles de la concurrence, et à la compétence organique du Conseil de la concurrence. Ce rattachement se matérialise par une analyse adaptée des marchés, et des interventions ciblées sur les différents domaines du secteur.

Champ d'application des règles de concurrence

L'application au secteur de la santé des règles de concurrence s'envisage sous deux angles. Le premier, général, a trait au champ d'application du droit de la concurrence dans ce domaine. Le second, propre à l'organisation juridictionnelle française, à la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître des agissements anticoncurrentiels sur les marchés de la santé.

Application du droit de la concurrence dans le secteur de la santé

Il existe dans les textes communautaires et français une différence rédactionnelle tenant au critère d'application des règles de concurrence. Alors que l'article L. 410-1 du Code de commerce fait référence aux activités économiques (« *de production, de distribution et de services* »), le traité CE regroupe les articles relatifs aux règles de concurrence sous une section intitulée « *les règles propres aux entreprises* ». Dans un cas, le critère est fonctionnel, lié à la nature de l'activité en cause, dans l'autre il est organique, subordonné à la qualification d'« entreprise » de l'entité, auteure des pratiques.

En pratique cependant, les critères sont identiques¹⁵ : un organisme est assujéti au droit de la concurrence, quelle que soit sa forme juridique, s'il constitue une entreprise au sens de la jurisprudence communautaire et nationale. L'arrêt de la CJCE du 23 avril 1991 définit ainsi la notion d'entreprise comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*¹⁶ ».

Plus particulièrement, c'est l'activité d'offreur sur un marché qu'il convient de prendre en considération pour établir le caractère économique de l'intervention d'un opérateur et lui conférer la qualité « d'entreprise ».

L'exigence d'une commercialisation d'un bien ou d'un service pour l'application du droit de la concurrence a été posée par la jurisprudence communautaire et nationale¹⁷. La Cour de cassation a ainsi considéré que l'activité de la Direction météorologique nationale (DMN), qui n'a pas pour objet de commercialiser les informations qu'elle recueille auprès du grand public, n'est pas de nature écono-

15. CJCE, du 23 avril 1991, Höfner et Esler, C-41/90, § 21 ; – 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, § 17 ; – 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance, C. 244/94, § 14.

16. Höfner et Esler, précité, § 21.

17. Cass. com., 12 décembre 1995, Direction météorologique nationale (DMN).

mique. Dans la formulation générale du célèbre arrêt Fenin¹⁸, la Cour de justice a rappelé, dans le même sens, que « *c'est le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique* », et non l'activité d'achat.

L'achat n'est donc pas considéré, en tant que tel, comme une activité économique. Pour recevoir cette qualification, il doit être effectué en vue de répondre à une offre sur un marché. En conséquence, lorsqu'une entité achète un produit pour en faire un usage dans le cadre d'une activité non économique, comme une activité de nature purement sociale, même si elle peut exercer un pouvoir économique important en tant que puissance d'achat, elle n'agit pas en tant qu'entreprise¹⁹.

En définitive, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné.

Deux questions se posent, s'agissant de l'application de ce critère aux activités liées au secteur de la santé.

La première, liée au but de l'activité tel que défini par la jurisprudence, concerne les mutuelles de santé. La question de l'inclusion de ces groupements à but non lucratif dans le champ de la concurrence peut en effet se poser si l'on considère, à l'instar du critère de commercialité de l'achat pour revendre, que l'exigence d'une activité d'offre sur un marché implique la recherche d'un bénéfice. La réponse de la jurisprudence à cette question est positive. La Cour de cassation a affirmé que « *le régime juridique des mutuelles comme le caractère non lucratif de leur activité n'est pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors qu'elles procèdent, comme en l'espèce, par la commercialisation de médicaments, à une activité de production, de distribution et de services*²⁰ ». Ainsi, même lorsqu'une activité n'est pas motivée par la recherche d'un profit, elle peut, lorsqu'elle est de nature à offrir un bien ou un service sur un marché, être soumise au droit de la concurrence.

La seconde question est liée, quant à elle, à la nature de l'activité. La jurisprudence définit l'activité économique comme une activité d'offre sur un marché. S'agissant des activités du secteur de la santé, il faut cependant tenir compte du fait qu'entre l'offre du professionnel de la santé, et la demande du patient, s'insère l'assureur, public ou privé, qui finance les soins grâce à une mutualisation du risque. Cette relation tripartite peut être envisagée sous deux angles. D'une part, celui de la rencontre directe et individuelle de l'offre et de la demande de soins, qui peut s'effectuer principalement sur la qualité des prestations offertes²¹. D'autre part, celui de la prise en charge financière de la demande de soins par les assureurs, publics ou privés. Or, l'existence d'une offre sur un marché sera caractérisée différemment selon qu'est considérée l'une ou l'autre situation.

18. CJCE, 11 juillet 2006, Fenin, C-205/03 P. Cet arrêt fait suite aux arrêts de la CJCE, 16 juin 1987, Commission/Italie, C-118/85, § 7 ; - 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, § 36.

19. Ainsi, le Service national de santé espagnol, organisme gérant le système national de santé publique espagnol, qui fournit gratuitement des prestations de santé à ses assurés, ne constitue pas une entreprise lorsqu'il achète à une association (la FENIN) les produits utilisés dans les hôpitaux espagnols, car il ne vend pas ses prestations sur un marché : CJCE, 11 juillet 2006, Fenin, précité.

20. Cass. com., 21 octobre 1997, chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire. Dans le même sens : CJCE, 16 novembre 1995, FFSA, précité : « *Le seul fait que la CCMSA ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique* » ; CA Paris, 5 décembre 1991, SOFI.

21. Voir décision 08-D-06, § 89 (cette décision a été réformée par CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés).

On peut en ce sens distinguer les activités de soins et de commercialisation de produits de santé, des activités de gestion de la protection sociale.

Activités de soins et de commercialisation de produits de santé

La confusion est souvent entretenue entre le champ d'application de la liberté des prix et celui d'application du droit de la concurrence. S'agissant du secteur de la santé, ces deux notions doivent pourtant être distinguées. En effet, si les activités du secteur ne répondent pas toujours au principe de la liberté des prix institué par l'article L. 410-2 du Code de commerce, cette circonstance n'est cependant pas de nature à les exclure du champ de la concurrence.

Application du principe de la liberté des prix

La détermination des prix de certains marchés de la santé ne répond pas au jeu de la concurrence. Les prix de ces marchés sont alors fixés sans que cette fixation résulte nécessairement d'une décision unilatérale des pouvoirs publics : le prix peut en effet être négocié entre les pouvoirs publics, représentant les demandeurs, et les offreurs.

Substitution des règles imposant la fixation du prix au principe de liberté des prix

Un renversement de principe s'est opéré avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Alors que l'ordonnance du 30 juin 1945, antérieurement en vigueur, prévoyait que « *les prix de tous les produits et services sont et demeurent bloqués*²² », la détermination des prix obéit, aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui codifié à l'article L. 410-2 du Code de commerce, au « *jeu de la concurrence*²³ ».

Ce principe de liberté des prix a valeur législative ; le Parlement peut donc toujours voter une loi soustrayant certains secteurs à son application. C'est ce qui a été fait pour le prix des médicaments et services médicaux remboursables.

Instituant un régime nouveau de fixation des prix et des marges des produits et services pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie, les dispositions de l'article L. 162-38 du Code de la sécurité sociale, issues de l'article 28 de la loi du 30 juillet 1987, prévoient ainsi que : « *Sans préjudice des dispositions du présent code relatives aux conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les professions de santé, les ministres chargés de l'Économie, de la Santé et de la Sécurité sociale peuvent fixer par arrêtés les prix et les marges des produits et les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Cette fixation tient compte de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés. Les dispositions du titre VI de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont applicables aux infractions prévues par ces arrêtés.* »

22. Article 16 de l'ordonnance.

23. Alinéa 1 de l'article L. 410-2 du Code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont déterminés par le jeu de la concurrence.* »

La fixation conventionnelle ou réglementaire du prix et des marges des services et des produits de santé, pris en charge par le régime obligatoire d'assurance maladie, ne permet pas la confrontation individuelle de l'offre et de la demande sur les prix.

Le Conseil d'État²⁴ a, en ce sens, précisé que les dispositions du Code de la santé publique relatives à la fixation du prix et des marges des médicaments remboursables se substituaient, dans leur champ d'application, aux dispositions en matière de prix de l'article L. 410-2 du Code de commerce²⁵.

De son côté, le Conseil de la concurrence a reconnu, s'agissant des honoraires des médecins du secteur I qui correspondent aux tarifs conventionnels, que ces praticiens « *n'agissent pas en agents économiques libres de fixer leurs prix*²⁶ ».

Le principe de liberté des prix, de valeur législative, fait échec à tout texte réglementaire instituant un régime de fixation des prix ou marges en dehors des exceptions prévues à l'article L. 410-2²⁷. Le Conseil a rappelé en particulier que le respect de la hiérarchie des normes fait que les règles de déontologie médicale, de valeur réglementaire, ne peuvent utilement être invoquées pour contrevenir au principe législatif de liberté des prix²⁸. C'est ainsi par exemple que l'article R. 4127-67 du Code de la santé publique, qui interdit toute pratique tendant à abaisser, dans un but de concurrence, le montant des honoraires ne peut à lui seul faire obstacle à la libre détermination des prix²⁹.

Ainsi, les normes législatives de fixation des prix des services et des produits de santé peuvent se substituer au principe de liberté tarifaire édicté par l'article L. 410-2 du Code de commerce. Par définition, cette dérogation ne s'applique qu'aux marchés de la santé à prix réglementés.

Soumission à dimension variable des marchés de la santé au principe de liberté des prix

Deux types de marchés de la santé peuvent être distingués du point de vue de la liberté tarifaire : les marchés où les prix sont fixés par les pouvoirs publics et les marchés où les prix sont libres.

24. CE, 12 juin 1992, Lacombe.

25. S'agissant du secteur des services, la Haute juridiction a également jugé que le prix des prestations prises en charge par le régime de sécurité sociale faisait partie des prix fixés en matière de santé, dont la détermination échappe au principe de liberté édicté à l'article L. 410-2 du Code de commerce (CE, 1^{er} avril 1998, Union hospitalière privée). L'espèce concernait le montant des honoraires perçus par les praticiens exerçant à titre libéral dans les structures d'hospitalisation à la demande des patients, ainsi que le montant de la redevance perçue par l'établissement pour cet exercice, redevance déduite du montant des honoraires (article L. 6146-10 du Code de la santé publique, anciennement article L. 714-36 du CSP).

26. Décision 08-D-06 (précitée), § 73.

27. Secteurs ou zones où la concurrence par les prix est limitée; situations anormales de hausses ou baisses des prix.

28. Décision 07-D-41.

29. « [...] le Code de déontologie médicale ne saurait conduire à méconnaître des règles de niveau législatif, comme celles édictées à l'article L. 410-2, premier alinéa, du Code de commerce, consacrant le principe de la liberté des prix et à l'article L. 420-1 du même code, prohibant les ententes anticoncurrentielles. Le Code de déontologie médicale est en effet un texte de niveau réglementaire, et compte tenu de la hiérarchie des normes, ses différentes dispositions ont nécessairement un champ d'application limité aux situations dans lesquelles elles ne se heurtent pas à des dispositions de rang supérieur. En particulier, une règle comme l'interdiction de diminuer ses honoraires dans un but de concurrence prévue à l'article 67 de ce code ne s'applique pas à une situation pour laquelle le législateur n'a pas fait le choix de déroger au principe de la liberté des prix » (décision 07-D-41, § 126).

Dans le secteur de la santé, la fixation des prix, par voie réglementaire ou conventionnelle, ne concerne que les soins pris en charge par la sécurité sociale, qui sont inscrits, pour les actes médicaux, sur la classification commune des actes médicaux³⁰, pour les médicaments, sur la liste des spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux, ou, pour les dispositifs médicaux, sur la liste des produits et prestations (LPP).

La détermination des tarifs de ces soins pris en charge par l'assurance sociale résulte soit, pour le secteur des services, de conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé, soit, pour le secteur des produits, de conventions conclues entre le comité économique des produits de santé (CEPS) et les entreprises exploitant des médicaments, ou de la fixation par décision du ministre ou du CEPS³¹.

Marchés libres

Les soins non inscrits, ou dont la délivrance n'entre pas dans le cadre de la fixation tarifaire, relèvent du régime du droit commun de la liberté des prix prévu au premier alinéa de l'article L. 410-2 du Code de commerce.

Un exemple soumis au Conseil répond au cas des soins non inscrits. En l'espèce, le Conseil a constaté que le prix de certains appareillages médicaux, non inscrits sur la liste des produits et prestations remboursables, était fixé selon les lois du marché³².

De même, les soins répondant à la demande de l'hôpital ne font pas partie du périmètre de la fixation tarifaire. La rémunération par l'hôpital des services d'un médecin extérieur, par exemple un prestataire d'examen anatomo-cyto-pathologistes, est ainsi fixée librement³³.

Dans les deux décisions répondant aux exemples cités, le Conseil relève que les consignes tarifaires de syndicats de médecins ou d'instances ordinales à l'occasion de la passation de marchés publics hospitaliers portant sur ces appareillages ou prestations allaient à l'encontre du libre jeu de la concurrence choisi par les pouvoirs publics et les a sanctionnées comme des ententes anticoncurrentielles.

Deux précisions qui tiennent aux particularités des marchés de la santé peuvent être apportées sur l'application à ceux-ci du principe de liberté tarifaire.

Tout d'abord, les marchés de soins à prix libres peuvent être pratiquement circonscrits à des situations marginales où la tension concurrentielle est faible. Dans

30. Article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale. Certaines prestations marginales, non inscrites sur la liste, ont également vocation à être remboursées selon un accord de gré à gré avec l'organisme d'assurance maladie, mais leur tarification est libre.

31. Articles L. 162-16-4 du Code de la sécurité sociale et L. 162-38 du même code : « Sans préjudice des dispositions relatives aux conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les professions de santé ou entre le comité institué par l'article L. 162-17-3 et les entreprises exploitant des médicaments ou les fabricants ou distributeurs de produits ou prestations, les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale, ou ledit comité pour ce qui concerne les produits mentionnés à l'article L. 165-1, peuvent fixer par décision les prix et les marges des produits et les prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Cette fixation tient compte de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés. »

32. Décision 07-D-05, § 61.

33. Décision 07-D-41.

ces circonstances, la fixation des prix n'est pas aisée, car il s'agit de produits rares. Le Conseil admet alors plus largement les justifications des pratiques au regard du progrès économique.

Ainsi en est-il du marché de la fourniture des orthoprothèses non inscrites à la LPP, qui ont vocation à être remboursées selon un accord de gré à gré avec l'assurance maladie, concerné par l'espèce citée précédemment³⁴. Le syndicat des orthoprotésistes incitait ses adhérents à utiliser, pour l'élaboration des devis permettant d'établir la demande d'accord préalable de l'assurance maladie, le même barème tarifaire que celui proposé aux pouvoirs publics pour les produits dont l'inscription sur la liste des produits et des prestations remboursables était demandée. Ces incitations à l'égard des professionnels tendaient à limiter la liberté des prix, et à pratiquer un tarif équivalent à celui fixé. Le Conseil a estimé que ces pratiques constituaient une entente anticoncurrentielle, mais qu'elle pouvait bénéficier des dispositions du II de l'article L. 420-4 du Code de commerce, pour contribution au progrès économique.

En effet, *« la pratique concerne des appareillages dont l'utilisation est rare, que les patients doivent parfois recevoir à bref délai et dont les organismes de sécurité sociale ont souvent du mal à apprécier la valeur lorsqu'ils examinent les devis accompagnant les demandes de prise en charge. Ces organismes hésitent, dans un certain nombre de cas, à refuser les devis pour ne pas porter préjudice aux patients. Dans ce contexte, la préconisation d'une méthode de tarification, utilisée par ailleurs par les pouvoirs publics pour l'essentiel des produits de GAO, peut contribuer tout à la fois à la modération des rémunérations demandées par les orthoprotésistes et à éviter d'éventuels refus de prise en charge, ce qui bénéficie tant aux patients qu'au système de protection sociale »*³⁵. Le Conseil a souligné en outre que la pratique portait sur une demande marginale, qu'elle n'était pas obligatoire, les entreprises pouvant utiliser une autre méthode de calcul et qu'enfin, elle intervenait dans un contexte où la concurrence pouvait difficilement jouer.

Ensuite, le fonctionnement normal de l'arbitrage de l'offre et de la demande sur les prix peut être perturbé par le mécanisme assurantiel. La prise en charge par la sécurité sociale du financement des soins, associée parfois à la faible tension concurrentielle d'un marché, implique en effet une certaine insensibilité aux prix des demandeurs et une faible incitation des offreurs à baisser leurs prix.

Lorsque ces produits sont remboursés, on constate une convergence de fait entre le tarif de remboursement et le prix des biens et services.

Comme l'a indiqué le Conseil dans sa décision 00-D-10 concernant des pratiques relevées sur le marché de l'optique médicale, *« le tarif de remboursement de la sécurité sociale peut être considéré comme un prix plancher en dessous duquel un commerçant n'a aucun intérêt à faire une offre, dès lors que le rabais consenti serait sans effet sur la demande »*³⁶. De plus, même si les demandeurs obtenaient des tarifs inférieurs au

34. Décision 07-D-05, précitée.

35. Décision 07-D-05, § 61.

36. Décision 00-D-10.

tarif de remboursement, cette baisse ferait courir le risque que l'autorité publique en prenne acte, et diminue le tarif servant de base au remboursement par l'assurance maladie obligatoire (tarif de responsabilité) initialement prévu.

Ce même constat a été effectué par le Conseil dans un autre avis, relatif au marché des médicaments rétrocédés au public par l'hôpital³⁷. Ainsi qu'il a été précisé, le prix de l'offre de soins répondant à la demande de l'hôpital est libre : tandis que le prix de cession des médicaments au public par l'hôpital est fixé, le prix de vente des laboratoires aux hôpitaux est déterminé librement. Les produits concernés par la rétrocession étant « *le plus souvent innovants et peu susceptibles d'être concurrencés par un équivalent thérapeutique ou un générique* », le Conseil en déduit qu'il est « *permis de penser que le phénomène d'attraction des prix négociés vers le prix "officiel" de cession jouera [...] pour les médicaments rétrocédés [...], de sorte que les prix de vente aux établissements ne seront pas très éloignés des prix de cession arrêtés par le ministre*³⁸ ».

Dans l'avis 04-A-02 relatif au marché libre de l'approvisionnement des établissements de santé privés en dispositifs médicaux, il a aussi été relevé que, malgré la mise en œuvre d'appel d'offres et la présence d'une pluralité d'offres potentiels, les établissements ne payent que rarement les dispositifs médicaux à des prix inférieurs au tarif de remboursement (le tarif interministériel des prestations sanitaires, correspondant aujourd'hui au tarif de la liste des produits et prestations remboursables).

Ces marchés libres doivent être distingués des marchés à prix fixés par voie réglementaire ou conventionnelle.

Marchés réglementés

La fixation des tarifs résulte soit, pour le secteur des services, de conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé, soit, pour le secteur des produits, de conventions conclues entre le comité économique des produits de santé (CEPS) et les entreprises exploitant des médicaments, ou de la fixation par décision du ministre ou du CEPS³⁹.

Pour les professionnels exerçant en ville, les conventions conclues entre ces professionnels et l'assurance maladie définissent « *les tarifs des honoraires, rémunérations et frais accessoires dus aux professionnels par les assurés sociaux en dehors des cas de dépassement autorisés par la convention pour les médecins et les chirurgiens-dentistes*⁴⁰ ». C'est ainsi que l'article 4.3 de la convention nationale, conclue entre les médecins libéraux et l'assurance maladie, approuvée par arrêté du 3 février 2005, distingue les médecins signataires qui doivent appliquer les tarifs (de secteur I), et les médecins signataires autorisés à appliquer des honoraires différents (de secteur II). Les médecins non signataires (de secteur III) restent quant à eux entièrement libres de leurs honoraires.

37. Avis 04-A-03.

38. Avis 04-A-03, § 64.

39. Article L. 162-16-4 du Code de la sécurité sociale.

40. Article L. 162-14-1, 1° du Code de la sécurité sociale.

La cour d'appel de Paris en a déduit qu'il existait une distinction, du point de vue de la concurrence, selon que l'exercice de la médecine s'effectue dans le secteur I, « qui exclut, à l'évidence, toute concurrence par les honoraires », ou dans le secteur II, où existe « une faculté de concurrence par les prix, même si celle-ci est strictement limitée par l'exigence de tact et de modération, et si la circonstance que le dépassement d'honoraires est remboursé de manière variable par les organismes complémentaires pèse nécessairement sur la fixation des tarifs et sur leur impact vis-à-vis de la clientèle⁴¹ ».

S'agissant des soins fournis aux patients par les établissements de santé publics ou privés à but non lucratif, les tarifs fixés s'appliquent dans des conditions similaires pour la rémunération des prestations fournies en mode ambulatoire, et un forfait journalier fixé par arrêté est dû en cas d'hospitalisation⁴². Les soins fournis par les établissements de santé privés à but lucratif sont quant à eux rémunérés selon les tarifs fixés par contrat entre l'agence régionale de l'hospitalisation et l'établissement⁴³.

Il existe par conséquent, dans le secteur de la santé, un marché libre et un marché réglementé indépendants du point de vue de la fixation des prix : sur le marché libre, les prix sont déterminés par la confrontation individuelle de l'offre et de la demande, sur le marché réglementé, les prix sont fixés. Dans ce dernier cas, la fixation du prix peut, néanmoins, être le résultat d'une négociation.

Négociation des tarifs sur les marchés réglementés

La fixation des prix sur les marchés réglementés empêche les variations tarifaires liées à la confrontation individuelle de l'offre et de la demande. Mais cette fixation résulte elle-même souvent de négociations, entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé, ou entre le CEPS et les entreprises exploitant des médicaments.

La fixation par voie conventionnelle du prix tend, en effet, à se substituer à la fixation par voie unilatérale.

Ce constat a été fait par le Conseil, dans le secteur des produits de santé, dans un avis relatif aux conventions passées entre le CEPS et les laboratoires⁴⁴. Le Conseil constate que « la régulation du prix des médicaments remboursables a considérablement évolué avec l'intervention d'un accord-cadre conclu le 25 janvier 1994 entre l'État et le syndicat national de l'industrie pharmaceutique. En effet, en vue de maîtriser l'évolution globale des dépenses d'assurance maladie, on a substitué au régime de fixation autoritaire des prix par l'administration une logique contractuelle. Les prix sont toujours fixés par arrêté ministériel mais sur proposition du Comité économique du médicament dans le cadre de conventions globales et pluriannuelles conclues entre le Comité et les laboratoires pharmaceutiques [...]. L'accord-cadre a donc permis la mise en œuvre d'un embryon de système conventionnel dans lequel l'État négocie avec les entreprises les prix des produits. Ceux-ci continuent toutefois à être fixés par arrêté conjoint

41. CA Paris, 15 avril 1992, Asseco CFDT.

42. Article L. 174-4 du Code de la sécurité sociale.

43. Article L. 6114-4 du Code de la santé publique.

44. Avis 99-A-05.

du ministre de la santé et du ministre de la sécurité sociale et demeurent couplés à la décision d'inscription du médicament».

Dans le cas d'une négociation du prix, son montant correspond au point d'équilibre existant entre l'approvisionnement à un coût raisonnable de médicaments, et l'encouragement de l'innovation⁴⁵.

La Cour de justice des communautés européennes, dans sa dernière jurisprudence relative aux importations parallèles, fait un constat similaire. Dans son arrêt du 16 septembre 2008, relatif au refus d'un laboratoire d'approvisionner des grossistes effectuant des exportations parallèles, la Cour estime que *« le contrôle exercé par les États membres sur les prix de vente ou de remboursement des médicaments ne soustrait pas entièrement les prix de ces produits à la loi de l'offre et de la demande⁴⁶ »*. Le prix des médicaments soumis à fixation étatique reflète en effet leur utilité sanitaire : les produits innovants ont une valeur thérapeutique plus importante, et leur prix sera plus élevé : *« Même dans les États membres où les prix de vente ou les montants de remboursement des médicaments sont fixés par les autorités publiques, précise ainsi la Cour, les producteurs des médicaments concernés participent aux négociations qui, à la demande de ces producteurs et en partant de prix proposés par ceux-ci, aboutissent à la fixation des prix et des montants à appliquer. [...] Lors de la fixation des prix des médicaments, lesdites autorités ont pour mission non seulement de maîtriser les dépenses liées aux systèmes de santé publique et d'assurer un approvisionnement suffisant de médicaments à un coût raisonnable, mais également de promouvoir le rendement de la production de médicaments ainsi que d'encourager la recherche et le développement de nouveaux médicaments. [...] Le niveau auquel est fixé le prix de vente ou le montant de remboursement d'un médicament donné est fonction du poids respectif qu'ont, lors de la négociation relative au prix de celui-ci, tant les autorités publiques de l'État membre concerné que les entreprises pharmaceutiques⁴⁷ »*.

La détermination contractuelle du prix concerne également le secteur des soins. *« L'essentiel des prix, rappelle ainsi le Conseil dans une décision récente⁴⁸, voire leur totalité, étant pris en charge par des assureurs (caisses maladie et assurances complémentaires), la détermination des prix, sur ces marchés, ne résulte pas d'une confrontation individuelle entre l'offre et la demande mais d'une confrontation entre des demandeurs collectivement représentés par leurs caisses d'assurance et des offreurs, collectivement représentés par leurs syndicats représentatifs. Les prix qui en résultent sont alors "fixés" au sens qu'ils s'appliquent uniformément à tous les actes des offreurs »*.

Ainsi, même sur les marchés réglementés où il existe un prix fixé à l'égard de tous les offreurs pour un médicament donné ou des soins délivrés par certains praticiens, les modalités de fixation de ce tarif ne sont pas étrangères à la logique de la

45. L'alinéa premier de l'article L. 162-16-4 du Code de la santé publique prévoit ainsi que la fixation du prix du médicament *« tient compte principalement de l'amélioration du service médical rendu apportée par le médicament, des prix des médicaments à même visée thérapeutique, des volumes de vente prévus ou constatés ainsi que des conditions prévisibles et réelles d'utilisation du médicament »*.

46. CJCE, 16 septembre 2008, sot. Lélou kai Sia EE, C-468/06 à C-478/06, § 61.

47. *Op. cit.*, § 63.

48. Décision 08-D-06, § 89.

rencontre de l'offre et de la demande. Le prix n'est pas libre, car il ne peut varier, mais cela n'exclut pas que sa détermination puisse faire l'objet d'une négociation.

Malgré cette négociation du prix réglementé, il est dérogé au principe de liberté tarifaire en cas de fixation du prix, par voie réglementaire ou conventionnelle. Cette dérogation au principe de liberté tarifaire pour les marchés réglementés de la santé n'est, cependant, pas de nature à écarter les règles de la concurrence.

Application des règles de concurrence

Indépendamment des modalités de détermination du prix, les règles de la concurrence dans le secteur de services et de commercialisation des produits de santé sont applicables.

La concurrence trouve, en effet, à s'appliquer dès lors qu'il existe une demande de soins ou de produits de santé, à laquelle répond une offre. Cette rencontre entre une offre et une demande caractérise l'existence d'un marché qui doit respecter les règles de concurrence. En cas de réglementation des prix sur un marché, la concurrence applicable concerne alors tous les autres aspects du fonctionnement de ce marché.

Application des règles de concurrence aux marchés de la santé

L'examen des décisions des autorités de concurrence montre la généralité d'application des règles de concurrence dans le secteur de la commercialisation des services et des produits de santé. Ces règles s'appliquent par exemple à l'égard de l'activité des médecins spécialistes⁴⁹, des radiologues libéraux⁵⁰, des entreprises chargées du transport d'urgence des malades⁵¹, des biologistes⁵², des chirurgiens-dentistes⁵³, des laboratoires pharmaceutiques⁵⁴, des fabricants de matériel médical⁵⁵ ou des pharmaciens⁵⁶, même lorsqu'ils exercent sous une forme mutualiste⁵⁷. Ces activités sont, en effet, des activités économiques s'exerçant sur un marché.

La soumission des hôpitaux publics au droit de la concurrence en tant qu'offreur de services n'a, certes, pas encore été tranchée par les autorités de concurrence française et communautaire et les juridictions de contrôle, même si la Cour de justice des communautés européennes y avait été invitée dans l'affaire Fenin. Dans un arrêt du 12 juillet 2001, la Cour de justice a, toutefois, jugé que les prestations hospitalières entraînent dans le cadre de la libre prestation de services de l'article 60 du Traité (aujourd'hui article 50 CE⁵⁸). Bien que le champ d'application de la concurrence et celui de la libre prestation de services ne se confondent

49. CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov, précité.

50. Décision 06-D-36, § 44.

51. CJCE, 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99; décisions 02-D-23; 03-D-47; 06-D-05.

52. Décision 99-D-01.

53. Décision 05-D-43.

54. Décisions 07-MC-09; 07-D-09; 07-D-22; 07-D-45; 07-D-46; 96-D-12.

55. Décisions 98-D-62; 99-D-01.

56. Décisions 95-D-35, 97-D-18.

57. Cass. com., 21 octobre 1997, Chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire.

58. CJCE, 12 juillet 2001, Smits, C-157/99.

pas totalement, le raisonnement de la Cour pourrait présager un prochain arrêt en matière d'application du droit de la concurrence aux hôpitaux. La Cour a jugé dans cette espèce que les hôpitaux exerçaient une activité économique, nonobstant la circonstance que les prestations soient financées par les caisses d'assurance maladie, la qualification de prestations de services n'impliquant pas que le service soit payé directement par le bénéficiaire, mais que le financement soit la contrepartie économique des prestations, la proportionnalité de ce financement au service étant indifférente. En d'autres termes, ce qui est déterminant pour la Cour, c'est le caractère rémunérateur de l'activité.

Indépendamment de ce domaine particulier, la question la plus débattue en jurisprudence a porté sur la soumission de l'activité professionnelle libérale de soins médicaux au droit de la concurrence. Ces professions se distinguent des professions commerçantes par le fait qu'elles ne poursuivent pas seulement un profit financier mais contribuent aussi à la poursuite de l'intérêt général.

Certaines dispositions du Code de la santé publique semblent exclure cette activité de la dynamique concurrentielle. L'article R. 4127-67 du Code de la santé publique, mentionné plus haut, interdit ainsi toute pratique tendant à abaisser, dans un but de concurrence, le montant des honoraires. De façon générale, l'article R. 4127-19 du même code édicte que la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est ainsi interdit⁵⁹.

Ces professions sont autorégulées par des codes de déontologie qui soumettent les rapports de concurrence entre leurs membres à des règles de comportement particulières faisant appel à des principes de confraternité, n'ayant généralement pas cours dans des relations commerciales « normales ». Si ces règles déontologiques traduisent des préoccupations humanistes et éthiques pour l'exercice d'une profession, ces normes de conduite ne peuvent, cependant, être de nature à écarter l'application du droit de la concurrence, qui ne dépend pas de la nature ou de l'objet de l'activité économique considérée. La cour d'appel a en ce sens précisé que le fait de ne pas pouvoir pratiquer son activité comme un commerce, dans un seul but de profit, ne peut retirer à l'offre sa nature d'activité de services⁶⁰.

Ainsi, selon la jurisprudence communautaire et nationale, les particularités attachées à cette activité et son caractère réglementé ne sont pas de nature à l'exclure « *du champ d'application du droit de la concurrence, dès lors qu'elle s'analyse en une activité de services, permettant la rencontre, moyennant paiement, d'une demande de la part des malades, et d'une offre de la part des médecins*⁶¹ ».

La concurrence trouve en effet à s'appliquer sur un marché, lieu de rencontre d'une offre et d'une demande : « *La confrontation des offres de ces services et des demandes émanant des patients, précise ainsi le Conseil, donne lieu à la création d'un marché;*

59. Article R. 4127-57 du Code de la santé publique.

60. En ce sens : CA Paris, 15 avril 1992, Asseco CFDT.

61. CA Paris, 4 avril 1997, Syndicats des médecins de la Somme. Dans le même sens : CJCE, 12 février 2000, Pavel Pavlov, précité, § 76.

[...] dès lors les membres du corps médical, pour ce qui est de leur comportement d'acteurs sur le marché de soins, se trouvent bien dans la situation de l'entreprise au sens [de l'article L. 410-1 du Code de commerce] et ils ne sauraient, dans cette mesure, se soustraire à l'application [du Code de commerce]⁶²».

S'agissant de l'offre de soins, la Cour de justice des communautés européennes a relevé, dans l'arrêt Pavlov, que cette offre est rémunérée, et fournie par des opérateurs économiques indépendants, qui «*assument les risques financiers afférents à l'exercice de leur activité*⁶³». L'exercice de la médecine en mode libéral est défini dans la directive «*Qualification*» comme «*une profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du public*⁶⁴». Le Conseil a relevé que le caractère non commercial de ce mode d'exercice ne faisait pas obstacle à la nature économique de l'activité exercée⁶⁵. En France, les médecins exercent en majorité sous le mode d'exercice libéral⁶⁶, qui concerne les cabinets de ville, mais également les établissements de soins privés, où les médecins ne sont pas salariés de l'établissement, mais y exercent à titre libéral selon les contrats conclus avec la clinique, ou, de façon dérogatoire, les hôpitaux publics au titre de l'activité libérale des praticiens hospitaliers⁶⁷.

L'offre de soins répond à une demande qui dispose d'une liberté de choix. Dans son rapport annuel de 1991, le Conseil de la concurrence souligne l'importance du choix du demandeur : «*La libre expression de choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système économique. Il n'appartient donc pas à l'organisme exclusivement chargé de veiller à ce que la demande puisse s'exprimer aussi librement que possible, de critiquer les conditions dans lesquelles cette liberté a été utilisée*⁶⁸». L'article L. 1110-8 du Code de la santé publique dispose ainsi que «*le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un droit fondamental de la législation sanitaire*⁶⁹». Le droit de choisir son médecin est érigé par le Conseil d'État en principe général du droit⁷⁰.

62. Décision 91-D-43. V. également décision 08-D-06 (précitée), n° 67.

63. CJCE, Pavel Pavlov, précité.

64. Directive 2005/36 du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, § 43.

65. Avis 08-A-15, § 47.

66. 54 % des médecins exercent soit en mode libéral exclusivement, soit en mode « mixte » (salarié-libéral) : chiffres de l'Ordre national des médecins du 1^{er} janvier 2006, correspondant à la population médicale de l'année 2005.

67. Article L. 6154-1 du Code de la santé publique : «*Dès lors que l'intérêt du service public hospitalier n'y fait pas obstacle, les praticiens statutaires exerçant à temps plein dans les établissements publics de santé et les syndicats interhospitaliers autorisés à exercer les missions d'un établissement de santé sont autorisés à exercer une activité libérale dans les conditions définies [ci-après].*»

68. Rapport annuel d'activité, 1991, p. XXVII.

69. V. également article L. 162-2 du Code de la sécurité sociale.

70. CE, 18 février 1998, section locale du Pacifique Sud de l'Ordre des médecins. V. également, Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, Bull. civ., n° 283 : un contrat de cession de clientèle, proposant aux patients une option resreinte entre plusieurs praticiens, est frappé de nullité pour absence de respect de la liberté de choix du patient.

Il est vrai que l'exercice de cette liberté pour le demandeur est confronté aux particularités du secteur, qui tiennent notamment à l'asymétrie d'information entre l'offre et la demande. Ceci ne remet cependant pas en cause l'existence du marché et, par voie de conséquence, l'application du droit de la concurrence, quelle que soit l'asymétrie d'information qui peut affecter la relation de l'offre et de la demande de soins. De plus, ainsi que le Conseil l'a indiqué, le patient garde la possibilité « d'arbitrer la satisfaction qu'il ressent de la prestation médicale⁷¹ » : même subjectif, le libre choix existe. Selon le Conseil, l'organisation même des soins remboursables tend à assurer l'effectivité du libre choix du patient sur la qualité : « Reporter sur le payeur final principal, l'assureur, le soin de régler l'équilibre économique de la confrontation de l'offre et de la demande permet au malade de se concentrer sur la partie concurrentielle du marché qu'il maîtrise, c'est-à-dire le libre choix de son prestataire de soins en fonction de la qualité qu'il perçoit des soins qui lui sont offerts, ce qui rétablit une situation concurrentielle mieux équilibrée⁷². »

Les règles de concurrence s'appliquent, ainsi, aux marchés de la santé, en raison de la nature économique de l'activité de soins. Lorsque les règles de concurrence s'appliquent sur des marchés réglementés, elles s'adaptent au fonctionnement de ces marchés.

Concurrence applicable sur les marchés réglementés

La dérogation au principe de liberté des prix sur certains marchés de la santé n'empêche pas leur soumission aux règles de concurrence sur tous les autres aspects de leur fonctionnement. Le Conseil a, en ce sens, précisé que « le fait qu'une réglementation restreigne le jeu de la concurrence ne fait pas obstacle à l'application du droit des ententes⁷³ ».

Le comportement des acteurs sur un marché à prix réglementés est ainsi soumis aux règles de concurrence. Une affaire récente, citée précédemment, a permis au Conseil d'apporter des précisions sur ce point⁷⁴. Le Conseil avait été saisi de pratiques mises en œuvre par des syndicats de médecins spécialistes du secteur I qui encourageaient leurs adhérents à utiliser quasi systématiquement les dépassements exceptionnels d'honoraires, en vue de s'affranchir de l'encadrement tarifaire propre à ce secteur. Certains syndicats mis en cause avaient avancé pour leur défense qu'en raison de la nature administrée du marché (seul le secteur I était concerné en l'espèce), il n'était pas envisageable qu'une entente tarifaire soit mise en œuvre. Néanmoins, précise le Conseil, « comme dans tout secteur de services où les prix sont réglementés, la véritable concurrence s'exerce entre les prestataires par la qualité du service rendu : la réputation, la disponibilité, la qualité relationnelle ou encore l'accessibilité et l'aménagement des locaux et le cas échéant les équipements entrent en ligne de compte et caractérisent la qualité de l'offre de soins de chaque médecin. C'est en fonction de cette qualité et de la satisfaction globale qu'il en retire que le malade met en

71. Décision 08-D-06, précitée, § 90.

72. Décision 08-D-06, § 90.

73. Décision 01-D-07.

74. Décision 08-D-06, précitée.

*concurrence les médecins de secteur I et choisit son médecin, sans que des considérations de prix entrent dans ce choix puisque ce prix est conventionnellement fixé et unique, à l'éventuel dépassement exceptionnel près, quel que soit le médecin*⁷⁵ ».

La jurisprudence communautaire a, dans le même sens, estimé que le médicament dont le prix est fixé ne fait pas l'objet d'une concurrence par les prix entre entreprises pharmaceutiques, mais d'une concurrence portant sur d'autres paramètres, en particulier l'innovation⁷⁶.

La réglementation des prix doit elle-même respecter le fonctionnement concurrentiel du marché. Dans l'avis précité relatif aux conventions passées entre le CEPS et les laboratoires⁷⁷, le Conseil relève ainsi que « *le projet a été rédigé de façon à garantir aux entreprises pharmaceutiques la plus grande transparence possible des règles applicables et un égal accès au marché* ».

L'absence éventuelle de la détermination du prix par les lois du marché n'empêche donc pas l'inclusion, dans le champ de la concurrence, des activités d'offre de services et des produits de santé sur les marchés réglementés, même si, ainsi que l'a souligné le Conseil dans la décision 05-D-72, « *les critères pour qualifier une pratique commerciale [d'anticoncurrentielle] et donc, dans une certaine mesure, d'anormale, sont nécessairement différents lorsque cette pratique a lieu sur un marché pour lequel les mécanismes normaux de la concurrence ne fonctionnent pas*⁷⁸ ».

Cette analyse, reconnaissant la distinction entre d'une part, la liberté des prix, et d'autre part, le respect des règles de concurrence, ne semble, néanmoins, pas être partagée par la cour d'appel de Paris. Dans un arrêt du 18 mars 2009, la Cour a, en effet, réformé la décision « *médecins* » précitée, en précisant que « *la cour ne partage pas l'appréciation du Conseil selon laquelle une pratique concertée de médecins conventionnés tendant à s'affranchir des tarifs imposés entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 précité puisque, précisément, cette modalité de leur activité professionnelle échappe à toute concurrence et qu'il ne peut donc être retenu que les agissements reprochés aux syndicats aient eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, en particulier de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché*⁷⁹ ».

Il convient de souligner que les autorités de concurrence et les juridictions de contrôle écartent systématiquement l'exception de l'autorité étatique qu'invoquent régulièrement les entreprises convaincues de pratiques anticoncurrentielles. Ces dernières s'abritent derrière le caractère « *réglementé* » ou « *régulé*⁸⁰ » du secteur pour écarter leur responsabilité. Mais, dans les affaires examinées par les autorités de concurrence, les comportements anticoncurrentiels ne découlent jamais

75. *Op. cit.*, § 72.

76. CJCE, 29 novembre 1983, Roussel, C-181/82, § 9; TPICE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline, T-168/01, § 106.

77. Avis 99-A-05.

78. Décision 05-D-72, § 269.

79. CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés.

80. Sur l'incidence de l'existence d'un régulateur sur le droit de la concurrence, voir TPICE, 10 avril 2008, Deutsche Telekom AG, T-271/03.

directement de la réglementation étatique, mais s'insinuent dans les interstices du marché laissés au libre jeu de la concurrence.

Dès lors, les conditions d'application du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce ou de la jurisprudence *Ladbroke* sont très rarement réunies. D'après cette jurisprudence, « *les articles 81 CE et 82 CE ne visent que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 81 CE et 82 CE ne sont pas d'application. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause, ainsi que l'impliquent ces dispositions, dans des comportements autonomes des entreprises*⁸¹ ». En revanche, les articles 81 et 82 CE peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises.

C'est ainsi que, dans l'affaire *Glaxo* soumise au Tribunal de première instance⁸², l'entreprise prétendait que la signature de contrats avec les grossistes espagnols réglementant les prix des médicaments selon leur destination pour éviter les exportations parallèles de médicaments était imposée par la réglementation espagnole. Le Tribunal réfute l'argument : la législation espagnole prévoyait uniquement la fixation par les pouvoirs publics de prix maximaux pour les médicaments remboursés par la sécurité sociale.

En définitive, la fixation des tarifs sur certains marchés de fourniture de soins n'empêche pas l'application du droit de la concurrence. Il n'existe pas de lien indéfectible entre la liberté tarifaire et le champ concurrentiel. Si l'on excepte l'activité des hôpitaux publics, qu'aucune décision n'a, à ce jour, soumis explicitement au droit de la concurrence, l'application de ce droit aux activités de soins et de commercialisation des produits de santé s'avère même générale. Les activités de protection sociale, destinées à prendre en charge financièrement la demande de santé, ne sont quant à elles pas soumises de la même façon aux règles concurrentielles.

Activités de gestion de la protection sociale

La prise en charge de certains soins, de plus en plus coûteux à titre individuel, suppose obligatoirement la mutualisation de leur financement. Le financement de la santé peut en effet être divisé en trois parties : la part individuelle dont le coût est supporté par le patient, la part « mutualisable » financée par les complémentaires santé, et la part sociale financée par les assurances maladie obligatoires. Les deux premiers modes de financement concernent les dépenses les moins onéreuses, et en principe non vitales. À l'inverse, les assurances maladie obligatoires couvrent les dépenses les plus coûteuses. Pour reprendre l'exemple utilisé dans un récent colloque, quel patient pourra prendre en charge, ou même quel assureur

81. CJCE, 11 novembre 1997, *Commission et France/Ladbroke Racing*, C-359/95 P et C-379/95 P, § 33.

82. TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline*, précité.

accepterait de prendre en charge, une maladie orpheline coûtant 700 000 euros par an et par personne⁸³ ?

À échelle plus globale, les statistiques de l'OCDE mettent en évidence l'augmentation des dépenses de santé en proportion du PIB dans les pays membres. Ainsi, alors qu'en 1970, ces dépenses représentaient à peine 5 % du PIB en moyenne, elles atteignent 8,9 % en 2004, leur augmentation étant plus rapide que celle du PIB dans tous les pays de l'OCDE (à l'exception de la Finlande). Or, ce sont pour les trois quarts les finances publiques qui supportent la charge de ces coûts, dont l'augmentation est surtout liée aux progrès de la médecine, à l'accroissement de la demande en raison du vieillissement de la population et de la valeur accordée à la santé dans la société contemporaine⁸⁴. La nécessité d'une assurance publique répond également à une autre donnée : dans le secteur de la santé, les soins satisfont un besoin individuel, mais aussi social. Ainsi par exemple, se soumettre à une vaccination permet à l'individu de s'immuniser contre un risque, et à la société de se prémunir contre l'apparition de maladies transmissibles. En d'autres termes, l'état sanitaire d'un pays dépend de la bonne santé individuelle, ce qui constitue un lien de solidarité entre les individus et une source d'externalités positives⁸⁵.

La question de l'application du droit de la concurrence aux activités de gestion de la protection sociale s'est notamment posée à l'occasion de contentieux relatifs aux demandes de paiement de cotisations et aux conditions d'affiliation. Certains assurés prétendaient, en effet, que la fixation unilatérale des conditions de paiement et d'affiliation par l'organisme de protection sociale était incompatible avec l'article 82 du traité. Ces contentieux ont permis de définir une ligne de partage entre l'activité concurrentielle et l'activité sociale proprement dite : le droit de la concurrence ne s'applique pas aux activités de gestion d'un service de solidarité. Différentes formes de solidarité peuvent cependant se présenter, qu'il convient de définir.

Défaut d'application du droit de la concurrence aux activités de gestion d'un service de solidarité

Il est apparu aux juridictions communautaires que les activités exclusivement sociales, fondées sur le principe de solidarité nationale, n'avaient pas à être régies par les règles de concurrence. Le critère de solidarité a été utilisé pour la première fois dans l'arrêt Poucet rendu par la Cour de justice le 17 février 1993. En l'espèce, le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault avait saisi la Cour de justice, par voie de question préjudicielle, aux fins de savoir si l'affiliation obligatoire des travailleurs non salariés non agricoles (artisans) à un régime de sécurité sociale déterminé et dans des conditions fixées unilatéralement par celui-ci, était compatible avec l'article 82 du traité CE. Il fallait préalablement établir si l'organisme était ou non une entreprise. La Cour a apporté une réponse négative,

83. N. Renaudin, « Concurrence et organisation du système de santé », *Concurrence et consommation*, avril 2008, p. 40.

84. OCDE, *Vers de systèmes de santé plus performants*, 2006, p. 8.

85. M. Guillaume, « La concurrence en économie de la santé : une liaison difficile mais légitime », *Sève*, n° 15, juillet 2007, p. 24.

relevant que « les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité de Rome ».

La solidarité peut être définie comme l'interdiction, au sein d'un groupe, « de penser en termes de stricte contrepartie; elle interdit de laisser à chaque membre la faculté de mesurer son appartenance au système de solidarité à l'aune de ses intérêts propres, et de lui laisser mesurer le montant de sa contribution; elle met la loi du groupe au-dessus des arbitrages du marché⁸⁶ ».

À la prestation dotée d'une contrepartie s'oppose la prestation fournie par seule considération sociale, par solidarité du groupe à l'égard de la personne dont la situation nécessite des soins. Si le service de financement de la santé est la manifestation d'une solidarité du groupe à l'égard du patient, le service n'est pas économique et la concurrence n'a pas à s'appliquer. En d'autres termes, la concurrence, outil d'une meilleure allocation des ressources, suppose par hypothèse des rapports commutatifs, et est étrangère aux mécanismes propres à la justice distributive. Pour déterminer si un service est économique et ressort du champ d'application du droit de la concurrence, il faut donc principalement mettre en évidence l'existence d'une équivalence entre le service d'assurance et les cotisations reçues en contrepartie. L'existence de relations réciproques, impliquant un paiement effectué personnellement par le bénéficiaire⁸⁷, ou la poursuite d'une activité lucrative⁸⁸, n'est en revanche pas nécessaire à cette qualification⁸⁹.

Formes de solidarité

De nombreuses espèces ont permis aux juridictions françaises et communautaires de préciser la nature du critère de solidarité et sa dimension variable. En effet, entre une relation économique purement bilatérale et le bénéfice d'un financement octroyé grâce à la solidarité nationale, existent plusieurs formes de partage des risques, dont il a fallu déterminer si elles ressortissaient ou non du champ de la concurrence.

Dans ses conclusions présentées à la Cour dans l'affaire Fenin, l'avocat général Maduro relevait que les activités exercées dans des conditions de marché « sont caractérisées par un comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité⁹⁰ ».

86. A. Lyon-Caen, « Droit social et droit de la concurrence, observations sur une rencontre : les orientations sociales du droit contemporain », *Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 331.

87. CJCE, 12 juillet 2001, Smits, précité, § 56 : la Cour a jugé que les prestations hospitalières entraient dans le champ de l'article 50, alors même qu'elles étaient financées directement par les caisses d'assurance maladie.

88. CJCE, 16 novembre 1995, FFSA, précité; Conseil de la concurrence, décision 91-D-04.

89. La Cour de justice s'est ainsi inspirée du critère de qualification du « service », au sens de l'article 50 du traité CE. Entrent en effet dans le cadre de la libre prestation de services les « prestations fournies normalement contre rémunération ».

90. Conclusions du 10 novembre 2005, § 13.

La première forme de solidarité, dans laquelle le degré de partage est le moins poussé, est, en effet, celle du régime de santé de capitalisation. Dans ce système, qui est plus fréquemment celui des prestations de prévoyance que celui des assurances santé, les prestations de financement ne bénéficient qu'aux cotisants, et il existe un lien de corrélation entre les prestations versées et les cotisations dues.

Dans l'affaire Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), la Cour de justice détaille ainsi le régime complémentaire et facultatif d'une assurance vieillesse⁹¹. Elle reconnaît que l'indépendance des cotisations par rapport au risque octroie au régime des « *éléments de solidarité* », mais de portée limitée⁹². En effet, relève-t-elle, « *l'affiliation au régime [...] est facultative, ce régime fonctionne selon le principe de la capitalisation et les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire* »⁹³.

Dans l'arrêt Pavlov, les éléments de solidarité entre médecins spécialistes adhérent à un régime complémentaire sont encore plus nombreux (cotisations indépendantes du risque, obligation d'accepter tous les membres de la profession sans examen médical préalable, prise en charge du versement des cotisations en vue de poursuivre la constitution de la pension en cas d'invalidité ou indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur), mais ces aspects ne retirent pas à l'activité de ce régime de capitalisation sa nature économique⁹⁴.

Si le caractère facultatif de l'affiliation peut être relevé⁹⁵, c'est surtout la corrélation entre les cotisations et les prestations qui caractérise le régime de capitalisation, et donc la nature économique de l'activité.

La Cour l'a rappelé à l'occasion de trois affaires relatives à des fonds sectoriels néerlandais en charge de la gestion de régimes complémentaires obligatoires⁹⁶. Elle constate que même si l'affiliation est en principe obligatoire, le système est celui de la capitalisation et que le montant des prestations n'est pas fonction des besoins des personnes, mais dépend des résultats financiers des placements réalisés avec les cotisations. Elle en conclut qu'un « *fonds de pension chargé de la gestion d'un régime complémentaire, instauré par une convention collective conclue entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé et auquel l'affiliation a été rendue obligatoire par les pouvoirs publics pour tous les travailleurs de ce secteur est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité* ». Le caractère facultatif ou obligatoire de l'affiliation ne peut donc être considéré comme déterminant dans la qualification d'« entreprise » des organismes de gestion de fonds complémentaires.

91. CJCE, 15 novembre 1995, FFSA, précité.

92. *Op. cit.*, § 19.

93. *Op. cit.*, § 17.

94. CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov, précité, § 80.

95. Par exemple dans l'affaire FFSA.

96. CJCE, 21 septembre 1999, Albany International, C-67/96 ; – Brentjens/Handelsonderneming, C-115/97 à C-117/97 ; – Bokken, C-219/97.

Finally, as the Council of Competition⁹⁷, « *l'assurance de la part des dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie est une activité de services; [...] ces services sont offerts aussi bien par des sociétés mutualistes que par des organismes qui ne sont pas régis par le Code de la mutualité, dont notamment des sociétés d'assurances; [...] tous ces acteurs, qui entendent garantir la protection complémentaire de celle dispensée par la sécurité sociale, sont donc concurrents dans l'exploitation de ce marché; la circonstance que les mutuelles ne poursuivent pas un but lucratif et qu'elles bénéficient d'un régime fiscal particulier ne saurait faire obstacle à l'application des règles du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors que leurs pratiques sont de nature à avoir une incidence sur le marché* ».

The Council, according to the same criteria, estimated that the organizations managing the complementary health insurance schemes, such as the Mutualité des hospitaliers, were businesses exercising an economic activity in competition with insurance companies⁹⁸. Likewise, the health insurance services provided by the mutualities under the Code of Mutualities fall within the competitive sector⁹⁹.

In health redistribution schemes, the second form of solidarity, the application of competition rules, the sharing of risks among beneficiaries constitutes the core of the regime. The services received by the insured are identical, so that compulsory contributions are proportional to their income. In other words, there is no correlation, and therefore, no exchange, between the services, which are identical whatever the amount of the contributions of the insured, and the contributions, the amount of which is a function of income. An individual pays for the costs of care benefiting another. The system allows each to benefit from a health coverage even if they do not have the means, thanks to the compensatory mechanism between contributions.

By a judgment of the 25 November 1992, the Criminal Chamber of the Court of Cassation held that the management of a complementary health insurance scheme, even if optional, « *selon les principes de répartition et de solidarité nationale* », cannot be qualified as « *commerciale, économique ou spéculative* », and therefore cannot fall within the competitive field¹⁰⁰. In the Poucet case mentioned above, the Court of Justice details the functioning of the redistribution regime¹⁰¹. It notes that in a health insurance scheme and maternity, solidarity « *se concrétise par le fait que ce régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle et pensions de retraite, seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires d'une pension d'invalidité et les assurés retraités dont les ressources sont les plus modestes, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires. En outre, les personnes qui ne relèvent plus de ce régime conservent leurs droits aux prestations pendant un an, à titre gratuit. Cette solidarité implique une redistribution du* ».

97. Décision 91-D-04, précitée.

98. Décision 01-D-55.

99. Cass. com., 21 octobre 1997, n° 95-14.457, Chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire.

100. Cass. crim., 25 novembre 1992, n° 91-83.512.

101. CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, précité.

*revenu entre les plus nantis et ceux qui, en l'absence d'un tel régime et compte tenu de leurs moyens et conditions de santé, seraient privés de la couverture sociale nécessaire*¹⁰² ».

Quelques mois après cet arrêt, le Conseil a estimé que les organismes de gestion des régimes spéciaux exerçaient une « *mission exclusive de toute activité commerciale, économique ou spéculative* », après avoir relevé que « *l'affiliation à ces régimes est obligatoire et que les taux de cotisation ainsi que les prestations qu'ils délivrent sont fixés par des textes législatifs et réglementaires*¹⁰³ ».

De façon générale, les organismes de gestion des régimes obligatoires de sécurité sociale ne sont pas des entreprises.

La solidarité connaît sans doute sa forme la plus aboutie lorsque les bénéficiaires des prestations dépassent la communauté des cotisants ou de leurs ayants droit. Dans ce cas, le système n'est plus seulement celui d'un partage des risques, par compensation entre cotisations, mais celui d'une prise en charge des risques, même à l'égard des non-cotisants. Les cotisants supportent un coût qui bénéficie à un tiers à leur collectivité. En France, la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle a ainsi mis en place un droit immédiat à l'assurance maladie pour toute personne, résidant en France de façon stable et régulière depuis plus de trois mois, qui n'est pas couverte au titre de son activité professionnelle ou comme ayant droit d'un assuré¹⁰⁴. Le système de sécurité sociale espagnol, mis en cause dans l'affaire Fenin¹⁰⁵, fonctionne conformément à ce dernier principe de solidarité. Dans son arrêt, le Tribunal de première instance (TPI) relève que le financement de la sécurité sociale est assuré par des cotisations sociales et autres contributions étatiques. La prestation, quant à elle, est une « *prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle*¹⁰⁶ ».

Les activités de l'assurance sociale publique sont donc, généralement, exclues du champ concurrentiel. Le critère d'application reste néanmoins un critère matériel et non organique : la part de l'activité des caisses primaires d'assurance maladie qui ne concerne pas la gestion du régime de répartition peut, en effet, être qualifiée d'activité de service, entrant dans le champ concurrentiel, si celles-ci vendent des biens ou des services¹⁰⁷.

En définitive, de nombreuses activités du secteur de la santé peuvent être qualifiées d'activités économiques, régies en conséquence par les règles de concurrence. La délimitation du champ d'application du droit de la concurrence permet d'envisager le champ d'intervention des autorités de concurrence, et plus particulièrement celui du Conseil de la concurrence. La compétence organique du Conseil doit néanmoins également tenir compte de la règle de séparation des ordres de juridiction.

102. *Op. cit.*, § 10.

103. Décision 93-D-20.

104. Article L. 162-2-1 du Code de la sécurité sociale.

105. TPI, 4 mars 2003, Fenin, T-319/99.

106. *Op. cit.*, § 39.

107. Décision 01-D-62, relative à la mise à disposition d'appareils médicaux par certaines CPAM.

Compétence organique du Conseil de la concurrence

Le Conseil ne dispose d'aucun texte définissant précisément sa compétence. Cette dernière est délimitée par le rapprochement des articles L. 410-1¹⁰⁸ et L. 462-6¹⁰⁹ du Code de commerce et par l'application du principe constitutionnel protégeant le domaine de compétence réservé aux juridictions administratives, rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant au juge judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence¹¹⁰.

Or, il est régulièrement opposé au Conseil que son intervention sur un marché réglementé constitue une immixtion dans le service public de la santé, remettant en cause la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif¹¹¹.

Comme en matière de compétence matérielle, le critère dégagé est lié aux activités en cause, et non au statut juridique, public ou privé, de la personne les ayant mises en œuvre. La compétence du Conseil de la concurrence porte sur les pratiques anticoncurrentielles liées aux activités économiques visées à l'article L. 410-1 du Code de commerce, y compris lorsqu'elles sont le fait de personnes publiques. En revanche, sa compétence fait place à celle des juridictions administratives lorsque l'examen des pratiques incriminées conduirait inévitablement à porter une appréciation sur la légalité d'un acte administratif qu'il s'agisse d'un acte unilatéral (comme un décret ou un arrêté) ou d'un contrat administratif.

La distinction entre les « pratiques » et les « actes administratifs » n'est pas toujours aisée dans le secteur de la santé.

En témoignent deux décisions du Conseil en matière de convention tarifaire conclue entre les médecins et les organismes de sécurité sociale. Dans une première décision¹¹², le Conseil s'est déclaré incompétent pour apprécier la fermeture aux nouveaux médecins des secteurs tarifaires à « honoraires différents » (de secteur II), imposée par les conventions nationales de 1993 et de 1998 conclues entre les organismes de sécurité sociale et les organisations professionnelles de médecins.

Ces conventions acquièrent en effet, après approbation ministérielle, le caractère d'actes réglementaires, et seules les juridictions administratives sont compétentes pour en connaître. Cette décision entre dans la ligne de celles rendues en matière de régime tarifaire des établissements de soins privés, fixé dans les contrats d'objectifs et de moyens conclus entre les établissements privés et les agences régionales de l'hospitalisation¹¹³, ou par arrêté interministériel¹¹⁴. Les questions relatives

108. « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. »

109. Dans sa rédaction avant l'entrée en vigueur de la loi LME : « Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. »

110. Décision 86-224 DC.

111. Pour les décisions les plus récentes : 04-D-05, § 21 ; 07-D-41, § 79 ; 08-D-06, § 75.

112. Décision 02-D-52.

113. Décision 00-D-03.

114. Décision 01-D-05.

au bien-fondé des tarifs relèvent en effet de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, appréciation qui ressort de la seule compétence du juge administratif.

Dans une seconde décision, déjà mentionnée¹¹⁵, au contraire, le Conseil a rappelé que, si la vérification des conditions légales du recours au dépassement exceptionnel (DE) des honoraires des médecins conventionnés relève de la compétence des caisses d'assurance maladie, le Conseil peut connaître de la qualification, au regard des règles de concurrence, des consignes syndicales tendant au recours généralisé aux DE pour obtenir des revalorisations tarifaires. Il s'agit là, en effet, de l'appréciation d'une pratique et non d'un acte administratif.

Le critère de répartition des compétences a été clarifié dans un arrêt du Tribunal des conflits : « *Si, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques*¹¹⁶. » Dans un arrêt de principe du 16 mai 2000, la Cour de cassation s'est alignée sur la jurisprudence du Tribunal des conflits¹¹⁷.

Il résulte de ces arrêts que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour connaître des activités d'organismes publics ou privés chargés d'une mission de service public lorsque les activités concernées relèvent de leur mission de service public et qu'elles sont exercées au moyen de prérogatives de puissance publique.

Il convient là encore d'avoir en mémoire que la répartition des compétences obéit à une analyse matérielle et non organique : une entité investie de missions de service public avec usage de prérogatives de puissance publique peut aussi avoir des activités exercées en concurrence. Pour cette part de son activité, elle relève de la compétence du Conseil. C'est ainsi que les activités de la CPAM tendant à mettre à la disposition d'assurés sociaux des appareils médicaux constituent une activité de service, exercée en concurrence¹¹⁸.

Ces règles de partage des compétences ont permis au Conseil et aux juridictions de déterminer la compétence du Conseil, notamment à l'égard des agissements des différentes autorités ordinales de santé, investies de missions de service public (de défense de l'honneur de la profession et du respect des devoirs professionnels). La ligne de partage entre la compétence du juge administratif et la compétence du Conseil se situe dans la portée des pratiques de ces autorités. Si elles se limitent à l'exercice de leurs missions de service public, elles relèvent du juge administratif. Par contre, si elles interviennent sur un marché et sortent de leurs missions de service public, elles relèvent du Conseil.

115. Décision 08-D-06, § 75.

116. TC, 18 octobre 1999, Aéroports de Paris.

117. Cass. com., 16 mai 2000, Navsa.

118. Décision 01-D-62.

Dans l'arrêt Bouguen du 2 avril 1943, relatif au Conseil supérieur de l'Ordre des médecins, le Conseil d'État, réuni en Assemblée, a rappelé que le pouvoir disciplinaire des instances ordinales ou leur rôle d'inscription au tableau, portant sur le service public d'organisation et de contrôle de l'exercice de la profession médicale, relevait des juridictions administratives.

La Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 16 mai 2000, qu'au contraire, le Conseil de l'Ordre se comporte comme un acteur économique sur un marché lorsqu'il diffuse un communiqué s'opposant à l'activité de portage de médicaments à domicile : ces pratiques qui ne manifestent pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique, et qui sortent de la mission de service public conférée à l'ordre professionnel, constituent des interventions sur un marché dont le Conseil de la concurrence peut connaître¹¹⁹, ces comportements visant en l'espèce à empêcher le développement d'une activité concurrentielle sur un marché.

C'est ainsi que la publication d'une « mise en garde » commentant les conditions d'application d'une réglementation¹²⁰, ou l'envoi de courriers par l'Ordre des chirurgiens-dentistes dans lesquels il se livre à une interprétation erronée de la législation applicable à son activité¹²¹, ne manifeste pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique, et relève de la compétence du Conseil.

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par des conseils de l'Ordre de médecins, à l'occasion d'appels d'offres en matière d'examen anatomo-cytopathologiques¹²², le Conseil opère une classification des comportements qui lui sont soumis. En établissant et en diffusant à ses adhérents un document intitulé *Relations entre anatomo et cyto pathologistes libéraux et hôpitaux*, dans lequel il rappelait que les médecins spécialistes en anatomie et cytologie pathologiques ne peuvent offrir aux établissements hospitaliers des prix inférieurs de plus de 5 % aux tarifs issus de la NGAP (nomenclature des actes et des tarifs de remboursement), lors des réponses aux appels d'offres des hôpitaux, puis en procédant à d'autres recommandations sur le même thème, assorties de poursuites disciplinaires ou administratives contre les médecins récalcitrants, le Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes s'était rendu coupable d'une entente anticoncurrentielle. Le Conseil départemental du Nord de l'Ordre et le centre de pathologie Liberté ont adhéré à l'entente en relayant les consignes sur le terrain. À l'inverse, le refus d'inscrire au tableau (destiné à répertorier les contrats relatifs à l'exercice de la médecine) un contrat de marché public conclu entre un hôpital et une société de médecins est une décision prise dans le cadre des missions de service public du conseil départemental, qui ne ressort pas de la compétence du Conseil. Tel est le cas également de la décision disciplinaire prise par un conseil régional de l'Ordre, ou de l'émission d'avis sur la situation d'appels d'offres non diffusés à la profession ou à des tiers : « *En effet, la mise en œuvre d'une action disciplinaire par une instance professionnelle n'est pas susceptible de constituer une pratique*

119. Cass. com., 16 mai 2000, Conseil central de l'Ordre national des pharmaciens.

120. Décision 98-D-73.

121. Décisions 03-D-52, 05-D-43.

122. Décision 07-D-41, précitée, § 84 et s.

anticoncurrentielle lorsqu'elle n'est pas exercée dans le cadre d'une action plus large à visée anticoncurrentielle. »

Une décision plus récente¹²³ détaille précisément les conditions de mise en œuvre d'une action disciplinaire au regard de la compétence du Conseil : « *Le pouvoir disciplinaire est [...] l'une des prérogatives de puissance publique à la disposition de l'Ordre. L'engagement, par un conseil de l'Ordre, d'une action disciplinaire à l'encontre d'un de ses membres ne relève donc pas en principe du champ de compétence du Conseil de la concurrence. Il en va de même lorsqu'un conseil de l'Ordre s'adresse nominativement à l'un de ses membres en lui demandant de modifier son comportement au motif d'une contrariété avec les règles de déontologie, le cas échéant sous peine d'engager à son encontre une action disciplinaire : une telle mise en demeure s'inscrit bien dans l'exercice du pouvoir disciplinaire*¹²⁴. »

Le Conseil en conclut qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la licéité des instructions, adressées individuellement et nominativement à certains chirurgiens-dentistes, visant à la résiliation des contrats de partenariat conclus avec des compagnies d'assurance et des mutuelles.

En revanche, constitue une activité de services, qui relève de la compétence du Conseil de la concurrence, l'interprétation, à destination de l'ensemble de la profession de chirurgien-dentiste, des conséquences à tirer du retrait de l'avis favorable décidé par le Conseil national à l'égard de ces partenariats¹²⁵. Dans ce dernier cas, en effet, les différents conseils de l'Ordre « *ne se sont pas bornés à publier la décision de retrait de l'avis favorable [...], mais ils ont largement commenté celle-ci en s'adressant à l'ensemble des chirurgiens-dentistes de leur ressort, qu'ils soient ou non concernés par les conventions ne bénéficiant pas de l'avis favorable du Conseil national, en les incitant à ne pas adhérer ou à résilier leur adhésion à ces conventions* ».

L'incompétence du Conseil pour connaître des pratiques accomplies par certains organismes ne saurait pour autant les faire échapper au droit de la concurrence. En effet, le juge administratif contrôle la légalité des actes administratifs au regard des règles européennes et nationales de concurrence, même si les actes contrôlés s'inscrivent dans le cadre d'une mission de service public¹²⁶.

Il convient aussi de préciser que si le Conseil ne peut sanctionner de tels actes dans ses attributions répressives, il est souvent appelé à donner son avis sur leur portée au regard du droit de la concurrence, lorsqu'il est saisi sur le fondement des articles L. 462-1, L. 462-2 et L. 462-3 du Code de commerce. C'est ainsi que dans un avis du 25 novembre 2008, après avoir constaté que la mise en œuvre d'une convention de tiers payant relevait de l'exercice, par les caisses de sécurité sociale, de leur mission de service public par l'emploi de prérogatives de puissance publique

123. Décision 09-D-07 du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé.

124. § 110.

125. § 112.

126. CE, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance; 3 novembre 1997, Million et Marais; 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics.

et qu'il n'était pas compétent pour en apprécier la régularité, le Conseil a néanmoins donné son avis sur ce texte litigieux, l'estimant restrictif de concurrence¹²⁷.

Finalement, la compétence matérielle et organique du Conseil dans le secteur de la santé s'avère vaste. Elle lui permet de connaître des comportements intervenants sur les marchés de commercialisation des produits et d'activité de services de santé. Dans ces secteurs, le Conseil mène ainsi une analyse concurrentielle des marchés et des pratiques.

Modalités d'application des règles de concurrence

Analyse des marchés de la santé

Le marché se définit comme « *le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts* »¹²⁸.

Dans le secteur de la santé, la délimitation géographique du marché la plus étendue couvre le territoire national, en raison de la nécessité de prendre en compte les législations de chaque État membre, et notamment les politiques d'achat et de remboursement en matière de santé du pays concerné¹²⁹. Il arrive que le marché soit de dimension locale, comme le Conseil l'a constaté dans le secteur de l'accès des médecins à des dispositifs médicaux, tels des scanners ou IRM¹³⁰.

Les critères utilisés pour délimiter un marché de produits privilégient la substituable des produits ou services du point de vue du demandeur¹³¹. Or, les difficultés particulières au secteur de la santé se concentrent précisément sur les conditions d'exercice de la demande, qui ne répondent pas toujours aux mécanismes traditionnels relevés sur les marchés concurrentiels. Le consommateur final doit, la plupart du temps, passer par l'intermédiaire d'un prescripteur, le praticien libéral ou hospitalier. Patient et prescripteur sont généralement peu sensibles au prix, le premier en raison de la prise en charge des coûts par l'assurance, publique ou privée, le second en raison de la priorité accordée à l'efficacité thérapeutique. « *En forçant le trait, le consommateur n'achète rien : il s'en remet à son médecin (décision d'achat), puis à ses assureurs (paiement des soins) [...]. La responsabilisation financière du consommateur est donc embryonnaire, et dépend de l'importance des sommes restant à sa charge* »¹³².

Dans ces conditions, la détermination du marché pertinent dans le secteur de la santé nécessite de tenir plus particulièrement compte de certains critères : la caractérisation de la demande et l'identification de l'usage thérapeutique d'un bien ou

127. Avis 08-A-20, § 35.

128. CA Paris, 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéocommunication.

129. En ce sens, TPICE, 27 septembre 2006, Glaxo, précité, § 149 et 161 ; avis 05-A-01, § 63.

130. Décision 06-D-36.

131. Ces critères sont détaillés dans l'étude thématique du rapport annuel du Conseil de 2001, p. 92 et s.

132. Contribution précitée de la France aux tables rondes de l'OCDE : *Compétition in the provision of hospital services*, 2006, p. 130.

d'un service impliquent en particulier d'étudier, notamment, le processus de formation de la demande, les modalités de son financement et les caractéristiques du bien offert.

Processus de formation de la demande

L'asymétrie d'informations affectant la relation patient/offreur de soins affecte le processus de formation de la demande. Le patient n'a pas toujours la connaissance nécessaire pour se soigner seul : « *Des tiers doivent donc forcément être impliqués et intervenir dans le processus de décision pour déterminer quel produit doit être consommé*¹³³. »

L'élaboration de la demande se complexifie lorsqu'elle porte sur des produits ou services soumis à prescription. Dans ce cas en effet, le patient est considéré comme ne pouvant agir de façon autonome, car il ne dispose pas de l'information suffisante pour choisir le protocole de soins assurant sa guérison. Le choix des soins dépendra donc de leur prescription par le médecin. L'offreur doit alors répondre à deux demandes simultanées : celle du médecin prescripteur et celle du patient.

Dans le secteur des services, cette particularité de la demande a été rappelée dans la décision déjà mentionnée, relative aux examens de scanner et d'IRM pratiqués par les médecins libéraux. Le Conseil a ainsi relevé que le radiologue libéral « *en sa qualité de prestataire de service de détail* », doit répondre à la fois « *aux besoins des médecins prescripteurs et des patients*¹³⁴. »

S'agissant de la demande de médicaments au détail, plusieurs cas de figures doivent être distingués du point de vue du processus de formation de la demande. La distinction, instaurée par la directive instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain¹³⁵, entre les médicaments soumis ou non à prescription médicale, permet d'identifier les principaux.

Les médicaments à prescription médicale facultative (PMF¹³⁶) sont ceux proposés par les officines en vente libre. Ces médicaments sont adaptés à une utilisation autonome par le patient, sur le conseil éventuel du pharmacien. Il ressort ainsi de la directive précitée que les produits à prescription médicale facultative sont des produits dont la toxicité est modérée, y compris en cas de surdosage et d'emploi prolongé, et dont l'emploi ne nécessite pas, *a priori*, un avis médical¹³⁷. Leurs propriétés sont, aux termes de l'avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) du 27 mai 2005, « *adaptées à un usage par le patient seul, avec le conseil éventuel du pharmacien lors de l'achat, c'est-à-dire que la pathologie traitée ne nécessite pas obligatoirement un diagnostic médical initial, ni un suivi médical régulier du traitement*¹³⁸. » En cas de symptômes ou de pathologies

133. P. Rey, « Concurrence et organisation du système de santé », *Concurrence et consommation*, n° 158, 2008.

134. Décision 06-D-36, précitée, § 67.

135. Directive 2001/83, article 70.

136. La terminologie anglo-saxonne (médicaments « *over the counter* » – OTC, en accès libre) est également parfois utilisée.

137. *Op. cit.*, article 71 § 1.

138. Article 1.2 de l'avis publié au BO du 15 septembre 2005.

ne nécessitant pas de diagnostic médical préalable ou de surveillance médicale, le patient, au vu des indications contenues dans la notice des médicaments, peut évaluer lui-même sa situation pathologique, et décider éventuellement du moment d'une intervention médicale¹³⁹.

En France, les médicaments vendus sans prescription médicale obligatoire comprennent les médicaments non listés et non remboursables, qui sont régis par le principe de liberté des prix et des marges de distribution, et les médicaments non listés et remboursables, qui suivent la même réglementation que les médicaments à prescription obligatoire, concernant les prix et les marges. Cette seconde catégorie représente la grande majorité des médicaments à prescription médicale facultative, alors que de nombreux pays assimilent totalement ou largement prescription médicale facultative et médicaments non remboursables¹⁴⁰.

Les médicaments sans prescription médicale obligatoire ne représentent donc pas une catégorie homogène. Dans son avis relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron, le Conseil établit ainsi une distinction, dans le secteur de l'homéopathie, entre le marché des « *médicaments à nom de marque* », non remboursés, en vente libre, et généralement non prescrits, achetés par le consommateur soit de manière spontanée, soit sur le conseil du pharmacien, et le marché des « *médicaments à nom commun* », remboursables et généralement prescrits¹⁴¹.

Les médicaments à prescription médicale obligatoire (PMO) présentent pour la santé des risques directs ou indirects, ou contiennent des substances dont l'activité ou les effets indésirables nécessitent une surveillance médicale¹⁴². Leur offre répond à la décision du patient de consulter un médecin et d'acheter le produit, et à celle du médecin de prescrire ce type de médicament.

Dans le cas du marché du médicament doté d'un générique, un stade supplémentaire dans le processus de formation de la demande a été identifié par le Conseil. Le pharmacien peut, en effet, substituer à la spécialité prescrite une spécialité du même groupe générique, à condition que le prescripteur n'ait pas exclu cette possibilité pour des raisons particulières tenant au patient¹⁴³. Ainsi, « *l'identité du médicament finalement acheté par le consommateur résulte d'une série de décisions successives du prescripteur, du pharmacien, et de l'acheteur*¹⁴⁴ ». Cette faculté, introduite dans la loi du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999¹⁴⁵, concerne tant les pharmaciens-hospitaliers qui sont chargés de l'approvisionnement des produits de santé nécessaires aux besoins des malades des

139. Article 3.2 de l'avis.

140. Rapport sur *La situation de l'automédication en France et perspectives d'évolution* remis au ministère de la Santé, 2006.

141. Avis 05-A-01, § 46.

142. Article L. 5132-6 du Code de la santé publique.

143. Article L. 5125-23, 3^e alinéa, du Code de la santé publique.

144. Décisions 07-D-22, § 38-39 (annulée pour des questions de procédure par CA Paris, 26 novembre 2008, CSRP, affaire renvoyée devant le Conseil); 07-MC-06, § 93, confirmée par CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough (pourvoi rejeté par Cass. com., 13 janvier 2009).

145. Article 29 de la loi n° 98-1194.

établissements de santé¹⁴⁶, que les pharmaciens d'officine. Or, si dans la première situation, l'intervention du pharmacien hospitalier dans la décision d'achat correspond à sa fonction de demandeur sur le marché, la seconde situation s'avère plus atypique, dans la mesure où le pharmacien d'officine qui vend des médicaments, offre sur le marché, peut également intervenir en tant que prescripteur.

Cette distinction entre les médicaments non soumis à prescription obligatoire et ceux qui y sont soumis a été utilisée par la Cour de justice des communautés européennes interrogée sur la question de la compatibilité avec le principe de libre circulation des marchandises de l'interdiction générale, par la législation allemande, d'une commercialisation de médicaments *via* Internet¹⁴⁷. La Cour estime que pour les médicaments non soumis à prescription, l'information, le conseil et le contrôle du client peuvent être correctement effectués par Internet, et que rien ne peut justifier une interdiction absolue de vente par ce biais. Pour les médicaments soumis à prescription en revanche, l'arrêt donne un pouvoir général à l'État membre d'interdire leur vente par correspondance, en raison des risques pouvant s'attacher à leur utilisation.

Ces considérations propres au processus de décision du demandeur s'ajoutent, nous l'avons vu en matière de médicaments soumis à prescription facultative, au caractère remboursable ou non du service ou du produit.

Modalités de financement des besoins de santé

Dans une décision CibaGeigy/Sandoz du 17 juillet 1996, la Commission européenne indique que l'on « *peut notamment distinguer les médicaments soumis à prescription médicale et les médicaments non soumis à prescription médicale ou bien ceux qui sont remboursés en totalité ou en partie par les systèmes d'assurance maladie de ceux qui ne le sont pas*¹⁴⁸ ».

Le caractère remboursable d'un produit n'implique pas sa prise en charge : les médicaments, même remboursables, fournis en vente libre ne sont généralement pas remboursés en raison de l'absence de prescription. Par cette implication financière, les patients sont censés retrouver les incitations économiques nécessaires à la réalisation d'arbitrages concurrentiels. Dans une réponse écrite, le ministère de la santé précise ainsi que l'utilisation de ces médicaments sans avis médical « *est l'un des volets de la prise en charge responsable par les patients de leur santé*¹⁴⁹ ». Cette implication financière devrait permettre, d'une part, de limiter la tendance à la surconsommation des patients qui ne supportent pas la totalité des coûts (aléa moral), et d'autre part, d'éviter les prestations induites, ne répondant pas strictement aux besoins des patients¹⁵⁰.

146. Articles L. 5126-1 et L. 5126-5 du Code de la santé publique.

147. CJCE, 11 décembre 2003, DocMorris, précité.

148. Décision Ciba-Geigy/Sandoz.

149. Réponse du ministère de la Santé publiée au *JO* du Sénat du 18 mai 2006.

150. Sur cette question, K. Arrow, « Uncertainty and the welfare economics of medical care », *American economics review*, vol. 53, décembre 1963, p. 941.

En revanche, la demande d'un médicament prescrit et remboursable est caractérisée par la double circonstance que le consommateur final n'est pas celui qui prend la décision d'achat et qu'il n'en supporte pas le coût : « *En raison de cette structure unique, constate ainsi la Commission dans sa récente étude sur le secteur pharmaceutique, il y a habituellement une sensibilité limitée concernant les prix de la part des "décideurs" ou des patients*¹⁵¹ ». Ainsi, même si deux médicaments peuvent, d'un point de vue médical, se substituer l'un à l'autre, ils ne se feront pas forcément concurrence, et donc ne partageront pas le même marché, si l'un d'eux est remboursé et l'autre non.

Du point de vue de la demande, la substituabilité des produits ou services peut aussi être affectée par les modalités de remboursement. L'offre d'un taxi non conventionné effectuant le transport de malade assis et n'ouvrant pas droit, pour le patient, au système du tiers payant, ne sera, par exemple, pas ou faiblement substituable à un taxi qui en bénéficie¹⁵².

Les modalités de remboursement sont ainsi prises en compte pour la délimitation du marché. Il convient à cet égard de distinguer selon que le marché est libre ou non. Le Conseil a ainsi eu l'occasion d'opérer une distinction entre le cas de la médecine de ville, pour laquelle le tarif des examens est fixé, et celui de la médecine hospitalière, pour laquelle les tarifs des prestations entrant dans les relations entre hôpitaux et médecins sont fixés librement¹⁵³. Dans le second cas, qui est celui d'un marché libre, la gestion par les hôpitaux de leurs dépenses les incite à contrôler les coûts et optimiser la consommation. Ce fait est renforcé par l'introduction de la tarification à l'activité (T2A) des prestations hospitalières. Ce système, qui rémunère forfaitairement les hôpitaux à la prestation rendue, introduit en effet « *une concurrence "fictive" par les prix : les établissements ne sont pas en concurrence réelle, mais le financement sur la base d'un prix fixe conduit chaque hôpital à comparer ses coûts réels au prix qu'il reçoit. L'hôpital est ainsi mis en face de ses choix thérapeutiques [...] et/ou économiques [...]*¹⁵⁴ ».

Les autorités de concurrence doivent également identifier les caractéristiques du bien ou du service offert.

Caractéristiques du bien ou du service offert

Dans le secteur des services, certaines précisions ont été apportées par la décision 05-D-43 relative à l'activité des chirurgiens-dentistes. L'espèce opposait un prothésiste dentaire, qui proposait le nettoyage des prothèses amovibles, et l'Ordre national des chirurgiens-dentistes, qui soutenait que cette activité était réservée

151. Étude sectorielle dans l'industrie pharmaceutique : rapport préliminaire du 28 novembre 2008, p. 49.

152. Avis 08-A-23.

153. Décision 07-D-41, précitée, § 107. V. également décision 07-D-05, § 49 (confirmée par CA Paris, 29 janvier 2008, UFOP). La décision 07-D-09 distingue également les ventes de médicaments en ville et les ventes à l'hôpital (§ 51-52).

154. Contribution de la France aux tables rondes de l'OCDE : *Compétition in the provision of hospital services*, 2006, p. 130.

aux seuls membres de cette profession. Le Conseil¹⁵⁵ puis la cour d'appel¹⁵⁶ ont délimité le marché, en constatant que l'opération de nettoyage était d'une faible technicité, qu'elle ne présentait aucun risque pour le patient dans la mesure où elle ne nécessitait aucune intervention en bouche, et ne justifiait donc ni un diagnostic, ni l'intervention préalable d'un chirurgien-dentiste. Le marché pertinent a donc été défini comme celui du nettoyage des prothèses amovibles, notamment par un bain d'ultrasons, marché distinct de celui des interventions effectuées par les chirurgiens-dentistes.

Encore dans le secteur des services, le domaine hospitalier a fait l'objet de plusieurs décisions ministérielles de concentration¹⁵⁷. Le ministre a identifié un marché hospitalier global, sans segmenter selon que l'offre provient d'un hôpital public, ou privé avec ou sans but lucratif, compte tenu de l'identité de leurs missions, de leur soumission commune à la régulation de l'Agence régionale de l'hospitalisation, d'une prise en charge identique des patients (les assurances complémentaires couvrant les dépassements des praticiens hospitaliers privés), et enfin, de la convergence à terme de leurs modes de financement.

Dans le secteur des produits, la décision précitée relative à la mise en œuvre de pratiques par la SCM Imagerie médicale du Nivolet¹⁵⁸ distingue, au sein du marché de l'accès aux équipements lourds, l'accès aux scanners et l'accès aux IRM, notamment en raison de la différence de fonction des deux équipements pour traiter certaines pathologies, et conclut donc à leur non-substituabilité du point de vue du radiologue utilisateur.

Dans ce secteur, la question de la caractérisation du bien offert s'est notamment posée dans les contentieux mettant en cause les comportements des laboratoires pharmaceutiques tendant à évincer leurs concurrents sur le marché sur lequel ils détiennent une position dominante, ou à l'occasion de contrôles d'opérations de concentration¹⁵⁹.

Dans l'avis précité relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron, le Conseil relève ainsi les différences thérapeutiques entre les médicaments à nom commun homéopathiques, et les médicaments allopathiques remboursables : les prescriptions de l'homéopathie se distinguent par l'individualisation du traitement, leur totale innocuité, notamment à l'égard des patients sensibles, et les modes d'administration des médicaments¹⁶⁰.

Plusieurs conceptions de la substituabilité d'un même produit peuvent coexister. Celle tout d'abord des pouvoirs publics en matière de médicaments remboursables à PMO, qui tend à être large afin de permettre la maîtrise des dépenses de santé :

155. Décision 05-D-43, § 44 et s.

156. CA Paris, 7 mars 2006 (pouvoi rejeté par Cass. com., 20 février 2007).

157. 15 novembre 2002, Société Media-Partenaires et 4 décembre 2003, Société Carpio Santé.

158. Décision 06-D-36, précitée.

159. Il est rappelé que la détermination du marché en matière de contrôle des concentrations résulte d'une analyse prospective, et ne peut donc être assimilée à la délimitation *ex post* du marché pertinent affecté par des pratiques anticoncurrentielles : CA Paris, 8 avril 2008, Glaxo.

160. Avis 05-A-01, précité, § 49 et s.

si un grand nombre de médicaments rendent le même service thérapeutique, le choix du prescripteur s'élargit au profit de la spécialité pharmaceutique la moins chère. Celle ensuite des laboratoires pharmaceutiques, qui dépendra, quant à elle, du contexte : dans le cadre de la protection de la propriété intellectuelle, le médicament est considéré comme unique, non substituable, puisqu'il fait l'objet d'un brevet récompensant une innovation thérapeutique. Dans le cadre de la caractérisation d'une position dominante, les laboratoires auront une conception du marché plus large, pour se défendre contre des accusations d'abus¹⁶¹.

Les décisions des juridictions et autorités de concurrence concernent, dans ce secteur des médicaments, essentiellement les médicaments remboursables vendus en ville ou à l'hôpital soumis à PMO. Les critères de définition des marchés sont variés : dans l'affaire Lilly, la Cour de cassation a ainsi indiqué qu'il est tenu compte des propriétés pharmacologiques du produit considéré, « *telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, de ses modalités d'emploi, de l'ampleur de sa diffusion et de la connaissance qu'en ont les consommateurs*¹⁶² ». Dans sa décision précitée du 17 juillet 1996, la Commission précise les critères applicables : le troisième niveau de la classification « *anatomique, thérapeutique et chimique* » (ATC) est applicable, de même que les habitudes de prescription des médecins ou la tolérance du patient.

Les propriétés chimiques des spécialités pharmaceutiques ne peuvent en effet constituer le seul critère pour la détermination du marché : ainsi, « *l'interchangeabilité des produits ne dépend pas fondamentalement de leur identité physique ou chimique mais de leur interchangeabilité fonctionnelle du point de vue du dispensateur, et donc, dans le cas des médicaments soumis à prescription, également du point de vue des médecins établis*¹⁶³ ».

Identité physique des médicaments prescrits

La classification ATC a été établie par l'OMS dans un but statistique, afin d'évaluer la consommation de médicaments et d'établir des comparaisons internationales.

La classification comporte plusieurs niveaux. Le premier concerne l'organe soigné. Cette distinction en classes anatomiques est suivie d'une sous-classification rassemblant les médicaments appartenant au même groupe thérapeutique. Cette sous-classification s'affine encore au niveau 3, où sont regroupés les médicaments du même groupe thérapeutique, mais ayant de surcroît, les mêmes indications thérapeutiques. Au niveau inférieur, c'est-à-dire au niveau 4, sont rassemblées toutes les spécialités pharmaceutiques appartenant au même groupe thérapeutique, ayant les mêmes indications thérapeutiques et des similitudes pharmacologiques. Enfin, au niveau 5, sont répertoriés chacun des médicaments selon leur principe actif, avec un numéro différent pour chacun d'entre eux.

¹⁶¹. La société Arrow, dans son recours exercé à l'encontre de la décision 07-MC-06, a ainsi soutenu que le marché pertinent retenu par le Conseil n'était pas limité à celui de la vente en officine de la buprénorphine à haut dosage, mais incluait la méthadone (CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough).

¹⁶². Cass. com., 15 juin 1999, société Lilly.

¹⁶³. Extrait de l'arrêt faisant l'objet du pourvoi (CA Paris, 6 mai 1997, Lilly France).

Le troisième niveau ATC permet donc de regrouper les médicaments en termes d'indications thérapeutiques, c'est-à-dire en fonction de l'usage auquel ils sont destinés.

Cette classification constitue un guide d'analyse pour les autorités de concurrence, mais ne constitue pas en elle-même, selon l'OMS, un système « *approprié pour guider les décisions concernant le remboursement, le prix et la substitution thérapeutique*¹⁶⁴ ».

Interchangeabilité fonctionnelle des médicaments prescrits

La nature de certains médicaments conduit parfois à abandonner le principe de l'utilisation du niveau 3 de la classification ATC. Un même médicament peut en effet avoir plusieurs indications différentes : la bromocriptine, qui est un inhibiteur de la prolactine et qui bloque la lactation des femmes ne désirant pas allaiter, peut aussi traiter certaines tumeurs au cerveau ou encore agir contre les troubles de la maladie de Parkinson. Faut-il, dans ce cas de figure, délimiter un ou plusieurs marchés correspondant à chacune des indications thérapeutiques ? Le marché pertinent étant essentiellement caractérisé au regard de la demande, c'est donc au regard de la décision du médecin prescripteur que doit être délimité le marché.

Dans l'affaire Lilly, le Dobutrex, utilisé pour le traitement du choc septique, du choc cardiogénique et de l'insuffisance cardiaque aiguë, est ainsi apparu incontournable pour les prescripteurs : « *La cour d'appel a estimé que le Dobutrex devait être classé au niveau 5 car il n'a aucun équivalent pour certaines indications et que, pour les médecins hospitaliers dont les pharmaciens qui exécutent les prescriptions, il est tenu pour indispensable et non substituable*¹⁶⁵. »

Il est intéressant de noter que dans cette affaire, l'appréciation du caractère incontournable du produit a été notamment fondée par le Conseil¹⁶⁶, puis la cour d'appel¹⁶⁷, sur le constat que le Dobutrex était commercialisé à un prix significativement supérieur à la Dopamine, médicament considéré comme le plus proche du Dobutrex. Ainsi, le niveau du prix de vente du médicament peut être un indice de délimitation du marché, alors même que dans ce secteur, la demande répond aux prescriptions médicales, ce qui la rend captive et insensible au prix¹⁶⁸. Il est vrai que cette affaire concernait la vente des médicaments en milieu hospitalier, qui n'est plus administrée depuis 1987, et pour laquelle les prix sont libres.

La Commission a franchi à cet égard un pas supplémentaire dans sa décision *Astra Zeneca* du 15 juin 2005. Elle tient compte en effet du facteur prix pour délimiter le marché d'un médicament remboursable, alors même qu'existe une fixation nationale du prix : « *Le marché en cause n'est pas déterminé en tenant compte du fait que certains produits se sont concurrencés l'un l'autre au sens large, mais bien que ces produits étaient suffisamment interchangeables pour exercer une pression sensible sur le*

164. Précision apportée sur le site de l'OMS : « *The ATC/DDD system by itself is not suitable for guiding decisions about reimbursement, pricing and therapeutic substitution* » (traduction libre).

165. Cass. com., 15 juin 1999, précité.

166. Décision 96-D-12.

167. CA Paris, 6 mai 1997, Lilly France, précité.

168. Décision 96-D-12, précitée.

pouvoir de marché de l'autre produit, notamment en termes de fixation des prix. [...] Bien que des produits distincts puissent "se concurrencer" dans une certaine mesure, un marché en cause dans les affaires de concurrence ne devrait inclure que les produits à même d'exercer une pression considérable sur le comportement d'une entreprise et d'empêcher celle-ci de se comporter indépendamment de toute pression concurrentielle effective¹⁶⁹.»

D'après cette analyse, même en cas d'inélasticité de la demande aux prix, le niveau de fixation du prix du médicament est un indice de délimitation de son marché. Si une spécialité est conventionnellement fixée à un niveau élevé entre l'entreprise exploitant le médicament et les autorités publiques, c'est qu'elle détient une particularité innovante par rapport aux autres spécialités du même type, ce qui constitue un indice de délimitation du marché. La vente du médicament bénéficiant d'un prix élevé démontre en effet l'absence de pressions concurrentielles exercées par les autres médicaments moins coûteux. Cet aspect est notamment détaillé dans les conclusions de l'avocat général Colomer présentées le 1^{er} avril 2008 dans l'affaire du refus d'approvisionnement des grossistes en médicaments effectuant des exportations parallèles :

« Il ne faut pas oublier la situation des entreprises pharmaceutiques, en particulier lorsqu'elles disposent de nouveaux brevets qui, en général, supposent une avancée pour le patient qui reçoit un traitement médical au moyen de ces médicaments. Cet aspect revêt une grande importance, dans la mesure où l'État membre, qui est tenu de veiller à la qualité de la santé au service du patient, n'a pas intérêt à se priver des meilleurs moyens que lui offre le marché, pour autant qu'il se les procure à un prix raisonnable. [...] En somme, bien que le marché des produits pharmaceutiques ne fonctionne pas en régime normal de concurrence, le système de régulation des prix n'échappe pas complètement à ses fabricants qui les négocient avec les autorités sanitaires des États membres, tout en bénéficiant d'un certain poids sur le marché où ils s'adaptent aisément aux aléas de la politique sanitaire, du moins dans le domaine des médicaments¹⁷⁰.»

Dans l'affaire Astra Zeneca, le produit en cause était le Losec, un anti-ulcéreux, qui entre, en tant qu'IPP, dans la même catégorie thérapeutique que les anti-H2. Les IPP (dont le Losec) ont, à la différence des anti-H2, une action directe et rapide sur les sécrétions d'acides pour soigner l'ulcère. Or, la Commission a observé que les IPP, malgré des prix très supérieurs aux anti-H2, avaient progressivement remplacé ces derniers sur le marché, traduisant une demande des prescripteurs de plus en plus importante. La Commission a ainsi estimé que les IPP soumis à prescription constituent un marché de produit distinct.

Dans la décision Sandoz-Novartis, la démonstration du caractère incontournable du produit s'appuie sur son mode d'acquisition par les hôpitaux. Le médicament faisait l'objet d'une procédure de marché négocié sans mise en concurrence : *« Les pharmaciens hospitaliers [...] ont confirmé que la ciclosporine était un médicament indispensable et ont indiqué que l'hôpital utilisait, pour ce produit, la procédure*

¹⁶⁹. § 370 (traduction libre).

¹⁷⁰. Ces conclusions ont été reprises par la Cour : CJCE, 16 septembre 2008, Sot. Léloukas et Sia EE, précité, § 61.

*de l'article 312 bis du Code des marchés publics, c'est-à-dire une procédure réservée aux spécialités pharmaceutiques sous monopole, qui présente la caractéristique d'être un marché négocié sans mise en concurrence*¹⁷¹.» La formulation de la demande exprimée à travers ce type de procédure (sans mise en concurrence), traduit la non-substituabilité des spécialités en cause, au regard des hôpitaux.

C'est ainsi que deux produits présentant des similitudes physiques ne feront pas, de façon automatique, partie du même marché. Dans la décision Arrow Génériques¹⁷², le Conseil opère une distinction entre deux produits de substitution à l'héroïne, classés tous deux au quatrième niveau de la classification ATC, en constatant que les modalités de délivrance des produits ne sont pas les mêmes (l'un est délivré sur simple ordonnance d'un médecin généraliste, l'autre sur prescription d'un médecin attaché à un centre de soins spécialisé et nécessite la possession d'un carnet à souche du pharmacien), que leur protocole n'est pas identique, ni la population concernée.

Ces différents facteurs, relatifs au prix des produits ou à leur mode d'acquisition et de délivrance, qui permettent de les distinguer du point de vue des médecins prescripteurs, peuvent donc constituer des éléments de différenciation entre spécialités qui, pourtant, ont les mêmes visées thérapeutiques.

Il existe donc, dans le secteur de la santé, une variété de marchés qui nécessite une analyse adaptée. Cette variété reflète la diversité des interventions des autorités de concurrence.

Interventions des autorités de concurrence

L'examen de la méthode de délimitation des marchés montre qu'il n'existe pas un marché de la santé, sur lequel un comportement anticoncurrentiel type pourrait être identifié, mais une diversité d'agissements sur des marchés divers et indépendants. Les autorités de concurrence sont amenées à intervenir sur ces différents marchés. En particulier, ces interventions ne sont pas limitées aux marchés libres, répondant à la dynamique de l'offre et de la demande; elles concernent également les marchés réglementés, sur lesquels la tension concurrentielle par les prix est atténuée ou inexistante. Dans ce cas, la concurrence qui s'applique est une concurrence par l'innovation, ou par la qualité des services, mais non essentiellement une concurrence par les prix.

Les espèces soumises aux autorités de concurrence reflètent cependant la complexité du secteur, le marché libre et le marché réglementé étant souvent étroitement imbriqués. Les interventions des autorités seront donc présentées par secteur, selon qu'elles concernent les produits de santé, ou les services.

171. Décision 03-D-35, confirmée par CA, 30 mars 2004, Novartis Pharma.

172. Décision 07-MC-06, § 76, confirmée par CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough (pourvoi rejeté par Cass. com., 13 janvier 2009).

Interventions dans le secteur des produits de santé

Le secteur des produits de santé est très vaste, puisqu'il comprend le domaine, tentaculaire, des médicaments, mais aussi celui des dispositifs et fluides médicaux. Au sein d'un ensemble de pratiques condamnables, les problèmes de concurrence les plus actuels se trouvent dans le secteur des médicaments tandis que le secteur des dispositifs et fluides médicaux se caractérise par des pratiques plus « traditionnelles », aisément repérables dans d'autres secteurs de l'économie, même si elles revêtent, dans le secteur de la santé, un caractère de gravité particulière.

Médicaments

Selon l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique, « on entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales ainsi que de tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier les fonctions organiques ».

La spécialité pharmaceutique est, quant à elle, définie comme étant tout médicament préparé à l'avance présenté sous un conditionnement particulier caractérisé par une dénomination spéciale, et vendu dans plus d'une pharmacie.

Les autorités de concurrence ont été amenées à intervenir tant sur le marché de gros de médicaments que sur le marché de détail. La concurrence entre les médicaments doit, en effet, pouvoir s'exercer sur les dimensions des marchés qui restent libres. Il s'agit, sur le marché de gros, de la concurrence intramarque qui peut exister grâce aux différents circuits de distribution, et notamment au commerce parallèle, et, sur le marché de détail, de la concurrence intermarques suscitée par l'introduction des génériques.

Commerce parallèle des médicaments

Le prix de vente en gros des médicaments pris en charge par les organismes de sécurité sociale est fixe¹⁷³. Cette fixation est nationale, et non communautaire. En effet, si le prix du médicament était unique dans l'Union, il serait nécessairement plus élevé dans les pays où il est actuellement le plus faible, ce qui pourrait nuire à leur consommation.

Ces prix variant d'un pays à l'autre, les distributeurs sont incités à s'approvisionner dans un pays où le prix est faible pour exporter dans un pays où le prix sera plus élevé, afin de profiter du différentiel de prix. Dans ce schéma de commercialisation, la première mise sur le marché est faite dans un autre pays que celui de la consommation finale. Les médicaments concernés sont principalement ceux sous brevet, offrant un différentiel de prix élevé. L'activité d'exportation peut être effectuée par les fabricants eux-mêmes, les grossistes-répartiteurs, ou, en France,

173. En France, cette fixation résulte d'une convention entre l'entreprise exploitant le médicament et le Comité économique des produits de santé. Le prix de détail fixé comprend les marges des distributeurs (grossistes et officines) et les taxes en vigueur (v. article L. 162-38 du Code de la sécurité sociale ; arrêté modifié du 4 août 1987 relatif aux prix et marges des médicaments remboursables).

les « *purs exportateurs*¹⁷⁴ ». Ces derniers ne vendent pas les médicaments sur le territoire national, à la différence des grossistes-répartiteurs qui sont présents aussi bien à l'exportation que sur le marché national, et doivent assumer à ce dernier titre l'obligation de service public de garantir l'approvisionnement régulier du marché national¹⁷⁵.

Les questions soumises aux autorités de concurrence sont liées au comportement des laboratoires tendant à restreindre ou interdire les activités d'exportation par les intermédiaires, grossistes ou exportateurs, en instaurant des prix différenciés selon que les médicaments sont vendus sur le territoire national ou exportés, ou en restreignant les quantités vendues. Les laboratoires maximisent leur profit en adaptant leurs prix aux prix administrés dans chaque État membre et réalisent ainsi des gains qui leur permettent d'investir dans la recherche et le développement. Les exportations parallèles les privent de ces gains, la marge étant confisquée par les intermédiaires (*free riding*).

Ce comportement n'a pas toujours reçu la même qualification au regard des règles de concurrence. Lorsque les grossistes acceptent, en signant des contrats, la mise en place par le fabricant d'une politique tarifaire différente selon que les médicaments sont destinés à l'exportation ou non¹⁷⁶, ou lorsqu'ils acceptent tacitement l'invitation du laboratoire leur interdisant d'exporter en acceptant des factures émises par le fabricant comportant la mention « *exportation interdite*¹⁷⁷ », les pratiques en cause peuvent être qualifiées d'ententes verticales.

Lorsqu'en revanche aucun élément n'établit que les décisions restrictives de concurrence (cessations de livraisons ou autres) procèdent d'une entente, celles-ci peuvent être qualifiées, dans certaines conditions, d'abus de la position dominante du laboratoire à l'égard des grossistes¹⁷⁸.

La question de la position dominante du laboratoire sur les marchés de gros conditionne la qualification d'abus.

Si le Conseil semble considérer, dans une décision rendant obligatoires des engagements dans laquelle il ne se prononce pas au fond¹⁷⁹, qu'il existe un marché de « *l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs pour l'ensemble de la gamme de médicaments de chaque laboratoire commercialisés auprès des usagers via le circuit officinal* », ou adopte la classification ATC¹⁸⁰, le Tribunal de première instance des communautés européennes¹⁸¹ a défini le marché de produits comme comprenant « *l'ensemble des médicaments pris en charge par le système d'assurance espagnol d'assurance maladie, dont la revente dégage un profit* » en raison du différentiel de prix

174. Article R. 5124-4 du Code de la santé publique.

175. Article R. 5124-59 du Code de la santé publique.

176. TPICE, 27 septembre 2006, Glaxo, précité, § 79.

177. CJCE, 11 janvier 1990, Sandoz, C-277/87.

178. Décision 05-D-72 (confirmée par CA Paris, 23 janvier 2007, Pharma-Lab); CA Paris, 16 juillet 2002, Pharmajet; CJCE, 6 janvier 2004, Bayer AG, C-02/01.

179. Décision 07-D-22, annulée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 novembre 2008, pour des raisons procédurales; affaire renvoyée devant le Conseil de la concurrence.

180. 05-D-72.

181. TPICE, 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline, T-168/01, § 159

avec les prix existant dans l'État membre de destination¹⁸². Cette définition du marché, comme le marché d'arbitrage des médicaments remboursés en Espagne, rend cependant quasiment impossible la constatation d'une position dominante d'un laboratoire.

Mais les principaux problèmes posés par les pratiques des laboratoires pharmaceutiques concernent moins leur caractère, unilatéral ou bilatéral, que leur conformité aux exigences concurrentielles. Leur résolution dépend de l'arbitrage des autorités et juridictions de concurrence entre plusieurs considérations contradictoires. Si en effet les exportations parallèles favorisent la concurrence intramarque sur le marché de gros de l'approvisionnement en médicaments et les échanges sur le marché unique, celles-ci ne doivent pas empêcher les laboratoires de récupérer les profits nécessaires au financement de leur recherche et développement, et ainsi d'exacerber la concurrence intermarques existant entre les laboratoires. La fabrication d'un médicament entraîne en effet des coûts fixes élevés (pour rechercher et développer le produit), et des coûts variables relativement bas (pour fabriquer le produit après son développement). Or, le laboratoire n'investira dans la recherche et le développement que si les bénéfices escomptés couvrent ses coûts d'investissement¹⁸³. À l'inverse, le refus d'approvisionnement des grossistes ne doit pas constituer un obstacle à l'approvisionnement du marché national.

La position du Conseil à cet égard a pour origine le constat que les commandes litigieuses des grossistes ou exportateurs portent sur des produits à prix réglementés, alors qu'elles sont destinées à approvisionner des territoires différents de celui pour lequel le prix a été fixé. Il n'en est cependant pas déduit que le refus de vente des laboratoires au prix réglementé serait toujours licite lorsqu'il porte sur des produits destinés à l'exportation. Une telle position contreviendrait en effet au développement des échanges et au renforcement de la concurrence sur le marché de gros¹⁸⁴. Le Conseil analyse différemment la pratique selon le statut des distributeurs concernés : exportateurs purs, ou grossistes-répartiteurs soumis à des obligations de service public.

Dans le premier cas, qui concerne la France, seul pays où existe la catégorie de purs exportateurs, le Conseil a considéré qu'il n'était pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux, en refusant de livrer à un prix administré un produit commandé par un exportateur. Ces restrictions de vente de la part des laboratoires ne sont tout d'abord pas de nature à empêcher le commerce parallèle, compte tenu de l'activité limitée qu'exercent certains exportateurs par rapport à celle des grossistes-répartiteurs. En outre, il existe « *un lien étroit entre le caractère du médicament remboursable par le système de sécurité sociale, la fixation par les pouvoirs publics d'un prix de vente du médicament remboursable et l'obligation de livrer ces médicaments aux officines pour satisfaire les besoins des assurés sociaux, dans le cadre de circuits de distribution soumis à des obligations de service public destinées*

182. Le différentiel considéré comme attractif avoisine les 15-20 %.

183. Voir les conclusions de l'avocat général Jacobs, 28 octobre 2004, Syfait, § 89.

184. TPICE, 27 septembre 2006, Glaxo, précité, § 121.

à assurer la sécurité des approvisionnements¹⁸⁵ ». Sur le marché de gros, le bénéfice de l'approvisionnement au prix réglementé est ainsi justifié par les contraintes d'approvisionnement du territoire. Les purs exportateurs, qui ne sont soumis à aucune obligation d'approvisionnement, car ils n'ont pas d'activités sur le territoire national et se contentent de revendre les médicaments avec profits à l'étranger, ne sont donc pas en droit d'exiger d'être livrés en médicaments au prix réglementé. Le refus des laboratoires de les approvisionner en médicaments à prix administrés n'est donc pas abusif.

Le second cas, correspondant aux restrictions de vente à l'égard des grossistes-répartiteurs soumis à des obligations de service public en termes d'approvisionnement du territoire, mais qui peuvent aussi se livrer à des exportations est abordé différemment par les autorités.

Différentes précisions ont été apportées par le Conseil, dans plusieurs décisions statuant sur des demandes de mesures conservatoires formulées à l'encontre des laboratoires ayant mis en place des restrictions d'approvisionnement, et notamment des systèmes de quotas¹⁸⁶ à l'égard des grossistes-répartiteurs, et aussi dans une décision rendant obligatoires des engagements¹⁸⁷.

Le Conseil rappelle dans cette dernière décision que les refus de livrer s'apprécient au regard du contexte économique et réglementaire et qu'une entreprise en position dominante ne commet pas nécessairement un abus en refusant d'honorer intégralement une commande. Il lui incombe, sur le fondement de l'article 81, paragraphe 2, de la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, comme aux distributeurs « *d'assurer, dans la limite de leur responsabilité respective, un approvisionnement approprié et continu (des médicaments pour lesquels il est titulaire d'une AMM) pour les pharmacies et les personnes autorisées à délivrer des médicaments de manière à couvrir les besoins des patients de l'État membre concerné*¹⁸⁸ ». Les laboratoires peuvent donc limiter les quantités vendues, car lorsqu'ils tentent d'empêcher le commerce parallèle, ils cherchent « *non pas à maintenir des écarts de prix dont [ils] seraient responsables mais plutôt à éviter les conséquences qu'entraînerait l'application généralisée, dans la Communauté, des prix bas qui leur sont imposés par les autorités publiques de certains États membres*¹⁸⁹ ». Cette action est d'autant plus légitime qu'elle tend à préserver l'organisation nationale séparée des États membres qui vise à assurer un approvisionnement suffisant du territoire et impose des obligations de service public.

¹⁸⁵. Décision précitée 05-D-72, § 264 (confirmée par CA Paris, 23 janvier 2007, Pharma-Lab). Si, dans sa décision 02-MC-09, le Conseil rejette la demande de mesures conservatoires formulée par un exportateur pur à l'encontre de laboratoires ayant refusé de vendre certaines de leurs spécialités, c'est en raison de l'absence de caractérisation de l'atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de telles mesures.

¹⁸⁶. Décisions 00-MC-14; 01-MC-04; 04-D-05; 04-D-06.

¹⁸⁷. Décision 07-D-22 (annulée par la cour d'appel le 26 novembre 2008 pour des raisons de procédure; affaire renvoyée devant le Conseil de la concurrence).

¹⁸⁸. Décision 07-D-22, § 96.

¹⁸⁹. Décision 07-D-22, § 97.

Les systèmes de contingentements mis en place par les laboratoires sont donc *a priori* licites sauf s'ils vont au-delà de ces objectifs et sont disproportionnés¹⁹⁰.

Ils sont donc susceptibles de constituer des abus de position dominante s'ils rigidifient excessivement la distribution, en empêchant toute modulation de l'offre au profit des grossistes performants qui amélioreraient leurs services, et en s'opposant à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché.

En conclusion, les pratiques de contingentement doivent être « limitées à ce qui est strictement nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché national¹⁹¹ ». En ce sens, la position du Conseil n'est pas éloignée de celle qu'a prise plus récemment la Cour de justice des communautés européennes.

À la suite du Conseil, les juridictions communautaires ont en effet eu à analyser des restrictions commerciales au commerce parallèle des médicaments, dans deux affaires notamment.

Dans l'affaire Glaxo, déjà mentionnée, le Tribunal de première instance¹⁹² a eu à connaître de la décision de la Commission refusant d'exempter, sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 81 CE, la mise en place, dans les conditions générales de vente signées entre GlaxoSmithKline (GSK) et ses grossistes établis en Espagne, d'une politique tarifaire différente selon que les médicaments vendus étaient destinés à l'exportation ou non. Le Tribunal a souligné l'ambiguïté de l'effet du commerce parallèle sur la concurrence. Il a estimé que la réduction du commerce parallèle n'était pas un abus par objet, et reproché à la Commission de n'avoir pas suffisamment examiné si les gains d'efficacité allégués par Glaxo étaient réels, et si les avantages liés aux restrictions du commerce parallèle étaient de nature à compenser ses inconvénients. Dans son analyse, le Tribunal a constaté l'existence d'une concurrence entre les producteurs de médicaments portant principalement sur l'innovation. Dans le secteur du médicament, en effet, la demande porte fréquemment sur le produit le plus probant en termes d'efficacité thérapeutique. Dans ces conditions, la concurrence véritable ne s'exerce pas au niveau de la vente au détail, mais en amont, au stade de la recherche, afin, pour le laboratoire, d'être celui qui proposera le meilleur produit du moment. À côté de cette concurrence entre les marques des laboratoires, « dont le rôle est central », existe une concurrence intramarque suscitée par le commerce parallèle, mais dont le rôle peut être limité par les fixations des prix des médicaments : les grossistes sont susceptibles de conserver l'avantage, en termes de prix, du commerce parallèle, au détriment du consommateur final auquel ils ne rétrocéderaient pas une part du différentiel de prix (patient ou sécurité sociale). Dans ces conditions, il convient d'apprécier à quelle forme de concurrence il doit être donné priorité¹⁹³, ce qui nécessite d'établir un bilan concurrentiel.

190. Décision précitée 04-D-05, § 39.

191. Décision 07-D-22, § 100.

192. TPICE, 27 septembre 2006, précité.

193. *Op. cit.*, § 315.

La Cour de justice a, quant à elle, eu à répondre à des questions préjudicielles de la cour d'appel d'Athènes relatives à un éventuel abus de position dominante de GSK au regard de l'article 82 CE¹⁹⁴. Dans cette affaire, le laboratoire avait cessé les approvisionnements de trois médicaments auprès des grossistes grecs, avant d'en reprendre la fourniture, mais en quantité limitée, afin de satisfaire la demande grecque. La Cour rappelle à titre liminaire que le refus, par une entreprise en position dominante, de satisfaire les commandes de ses clients est abusif, lorsque, « *sans aucune justification objective, ce comportement est de nature à éliminer la concurrence de la part d'un partenaire commercial*¹⁹⁵ ».

La Cour rejette ensuite les justifications d'ordre général avancées par le laboratoire, et tenant aux particularités du secteur de la distribution des produits pharmaceutiques, dans lequel le prix fait souvent l'objet d'une réglementation étatique. La fixation d'un prix ne peut en effet être de nature à rendre inapplicables les règles de concurrence. L'application de ces règles est envisagée sous deux angles par la Cour.

Du point de vue du bien-être du consommateur, la Cour estime que le commerce parallèle est susceptible d'exercer une pression sur les prix, tant à l'égard des caisses d'assurance maladie qu'à l'égard des patients, pour la partie non remboursable de leurs médicaments. En France, la concurrence entre les grossistes est surtout susceptible de faire pression sur les prix des médicaments vendus aux établissements de santé, à l'égard desquels le prix reste libre¹⁹⁶.

Du point de vue du fonctionnement de la concurrence, la Cour rappelle que lorsqu'un médicament est protégé par un brevet, « *la concurrence par les prix entre un producteur et ses distributeurs, ou entre les commerçants parallèles et distributeurs nationaux, est, jusqu'à l'expiration de ce brevet, la seule forme de concurrence envisageable*¹⁹⁷ ». Enfin, selon la Cour, même lorsque les prix sont fixés par voie étatique, ils ne sont pas entièrement soustraits à la loi de l'offre et de la demande, étant dépendants du poids respectif des autorités publiques de l'État membre et des entreprises pharmaceutiques dans les négociations servant à fixer les prix.

Pour autant, la Cour envisage des justifications particulières au refus de vente des laboratoires. Ces derniers peuvent en effet prendre des mesures raisonnables et proportionnées à la nécessité de préserver leurs intérêts commerciaux, en écartant les commandes présentant un caractère anormal. Il appartiendra, selon la Cour, à la juridiction de renvoi de déterminer si les commandes ne sont pas anormales, eu égard aux relations commerciales antérieures entre le grossiste et le laboratoire, et en considération des besoins du marché de l'État membre concerné.

Les interventions des autorités de concurrence dans le secteur du médicament ne concernent pas seulement les marchés de gros. Elles sont également relatives aux marchés de détail, et plus particulièrement aux questions concurrentielles posées à l'occasion de l'entrée des génériques sur un marché.

194. CJCE, 16 septembre 2008, Sot. Lélou kai Sia EE, précité.

195. *Op. cit.*, § 34.

196. Sur ce point, voir décision 02-MC-09.

197. *Op. cit.*, § 64.

Entrée des génériques sur un marché

L'article L. 5121-1 5° du Code de la santé publique définit la spécialité générique « *comme celle qui a la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence doit avoir été démontrée par des études de disponibilité appropriées* ». Le médicament générique est donc substituable à la spécialité pharmaceutique dont il est la copie, alors que son prix est en moyenne 30 % moins cher que celui de la spécialité pharmaceutique de référence (princeps), car il ne nécessite aucun frais de recherche ou de développement.

Le développement de médicaments génériques sur un marché est fréquemment entravé par le comportement des entreprises pharmaceutiques innovantes¹⁹⁸, qui sont, avant l'expiration du brevet protégeant le médicament, en situation monopolistique sur le marché¹⁹⁹. Ces pratiques sont d'autant plus nocives que, dans le secteur du médicament, l'intensité concurrentielle est faible. Dans son avis 04-A-03, le Conseil constate en ce sens que « *la concurrence est, en général, peu intense dans le secteur du médicament. Elle est pratiquement nulle pour les médicaments innovants sans équivalent thérapeutique. Dans les autres cas, la concurrence est affaiblie par les stratégies volontaires de différenciation de la part des industriels qui "choisissent" les indications des spécialités qu'ils commercialisent au travers des essais cliniques qu'ils mettent en œuvre, de sorte que les indications des médicaments, même lorsqu'elles sont très voisines, ne se recouvrent pas parfaitement. Ils parviennent ainsi à réduire le champ de la concurrence par les prix, qui se trouve en pratique limitée aux médicaments génériques* ».

Le rapport préliminaire du 28 novembre 2008 de l'enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique menée par la Commission européenne identifie ainsi plusieurs types de comportements retardant l'entrée des génériques sur les marchés : dépôts de brevets multiples pour un seul type de médicament (« *grappes de brevets* »), contentieux abusifs, ou transactions secrètes entre les entreprises fabricant les princeps et les génériques tendant à retarder leur entrée sur le marché. Ces retards ont une incidence importante sur les dépenses de santé.

Les comportements des entreprises pharmaceutiques soumis à l'appréciation du Conseil ont d'abord concerné leurs relations commerciales avec les établissements hospitaliers, et ensuite avec les officines.

Comportement des laboratoires dans leurs relations avec les hôpitaux

Dans la première situation, répondant au cas d'un marché où les prix sont déterminés librement, des remises ont tout d'abord été accordées par les laboratoires à des fins anticoncurrentielles. Plusieurs variantes de cette stratégie se sont succédé.

Ont tout d'abord été mises en œuvre des pratiques de couplage : un médicament fabriqué en monopole grâce à la détention d'un brevet n'est fourni qu'à la condition

¹⁹⁸. Dans une note d'actualités de la DGCCRF, le régime de propriété industrielle protecteur, ainsi que la définition restrictive des génériques sont également considérés comme des freins au développement du marché des génériques : « *Quelles nouvelles perspectives pour la concurrence avec le développement des génériques ?* », octobre 2003.

¹⁹⁹. Décision 07-D-09, confirmée sur ce point par CA Paris, 8 avril 2008, GlaxoSmithKline.

de l'achat couplé d'un autre médicament qui ne bénéficie plus de la protection de la propriété industrielle, et peut être vendu plus cher que les génériques avec lesquels il est en concurrence.

La première affaire importante illustrant ce type de pratique date de 1996²⁰⁰. Le Conseil a condamné le fait d'avoir subordonné l'octroi de remises tarifaires sur le Dobutrex, pour lequel l'entreprise pharmaceutique détenait une position dominante, à l'achat simultané de la Vancomycine, dont le brevet avait expiré et faisait l'objet de la concurrence de génériques. Il a ainsi considéré que les remises de couplage offertes aux clients achetant les deux produits simultanément revêtaient le caractère de primes de fidélité, et avaient pu limiter l'accès au marché. La cour d'appel de Paris a confirmé cette décision, relevant en outre que la société Lilly France avait augmenté de façon significative les prix du Dobutrex pendant la période du couplage, anéantissant l'impact financier des remises pour les hôpitaux.

Une autre pratique de couplage a été ultérieurement sanctionnée par le Conseil²⁰¹. En l'espèce, le laboratoire proposait aux hôpitaux une remise portant sur le montant global d'un certain nombre de médicaments vendus, parmi lesquels figurait le médicament couvert par un brevet, à la condition que le pharmacien hospitalier s'approvisionne exclusivement auprès du laboratoire pour les spécialités soumises à concurrence. Cette pratique, qui ne reposait sur « aucune contrepartie économiquement justifiée²⁰² », tendait à empêcher l'approvisionnement des établissements de soins acheteurs sur les marchés des génériques.

Ont également été mises en œuvre des pratiques de remises fidélisantes. Dans une autre décision²⁰³, le Conseil a ainsi sanctionné l'offre de remise sur l'achat de gaz anesthésique dont le brevet était arrivé à expiration, ayant pour seul objectif d'entretenir une exclusivité et de fidéliser la clientèle des établissements de soins. La nouvelle tarification qui avait été mise en place par le laboratoire comportait en effet une remise importante en cas d'achat exclusif. Ainsi, les acheteurs, qui risquaient de perdre le bénéfice de la prime de fidélité s'ils achetaient des quantités, même modestes, au « génériqueur » concurrent, sont restés fidèles au laboratoire, ce qui a freiné le développement des ventes du produit générique.

Toutes ces pratiques commerciales tendent à récompenser les clients qui renoncent à s'adresser à un autre laboratoire pour s'approvisionner en médicaments qui ne sont pourtant plus protégés par un brevet. Cette stratégie limite ainsi la liberté d'action de l'hôpital, dont les commandes incombent soit au médecin hospitalier, soit au comité du médicament, qui est un organisme institué dans les établissements de taille importante, chargé de la concertation entre les gestionnaires des hôpitaux, les médecins prescripteurs et le pharmacien hospitalier²⁰⁴. Les membres

200. Décision 96-D-12, confirmée par CA Paris, 6 mai 1997, Lilly (pourvoi rejeté par Cass. com., 15 juin 1999, Lilly).

201. Décision 03-D-35, confirmée par CA Paris, 30 mars 2004, Sandoz-Novartis (pourvoi rejeté par Cass. com., 28 juin 2005, Sandoz).

202. Cass. com., 28 juin 2005, précité.

203. Décision 01-D-23.

204. La loi 2002-73 du 17 janvier 2002 a précisé les missions du « Comité du médicament », devenu COMEDIMS (Comité du médicament et des dispositifs stériles) : en matière économique, ce comité doit notamment participer au choix des médicaments, assurer leur évaluation, faire le suivi et l'analyse des consommations.

du comité décident de l'inclusion sur la liste d'achat des médicaments de l'hôpital de telle ou telle spécialité proposée par le médecin hospitalier, et son éventuelle substitution par un autre médicament ou par un générique. Les pratiques commises vont ainsi à l'encontre des contraintes budgétaires qui pèsent sur les établissements, et sur la « *collectivité entière intéressée par la bonne gestion des hôpitaux*²⁰⁵ ».

Les stratégies des laboratoires peuvent également être mises en œuvre plus en amont, et tendre directement à éviter l'entrée des génériqueurs sur le marché. En cas de réussite, le choix des laboratoires n'est pas seulement réduit, il est inexistant. Une décision du Conseil illustre cette façon pour les laboratoires de s'opposer à l'entrée des génériques sur un marché. Il s'agit de pratiquer des prix prédateurs²⁰⁶ destinés à retarder l'entrée de génériques sur les marchés devant s'ouvrir à la concurrence, grâce à la réputation d'agressivité acquise sur un marché connexe où la pratique est commise.

Dans cette décision, le Conseil a sanctionné le laboratoire Glaxo, en position dominante sur le marché de l'aciclovir injectable encore protégé par un brevet, pour avoir pratiqué des prix prédateurs sur le marché connexe du céfuroxime sodique (Zinnat injectable) sur lequel existaient des génériques. Glaxo a fixé le prix de vente du Zinnat injectable en dessous de ses coûts d'achat sur le marché non dominé du céfuroxime sodique en 1999 et 2000, ce qui lui a ainsi permis, confronté à la concurrence de deux génériques commercialisés par Panpharma et de Flavelab, finalement évincés de ce marché, de remporter en 2000 la plupart des marchés, avant de remonter ensuite ses prix à partir de 2001. Cette stratégie avait aussi pour but, par l'acquisition d'une réputation d'agressivité démontrée sur ce marché non dominé, de dissuader, par un « signal », certains fabricants de génériques d'entrer sur le marché dominé de l'aciclovir injectable. Plusieurs années après l'expiration des brevets, Glaxo conserve ainsi une part prééminente sur le marché non dominé des céphalosporines de 2^e génération, et sur le marché dominé de l'aciclovir injectable²⁰⁷.

Comportement des laboratoires dans leurs relations avec les officines

La seconde situation, répondant aux relations commerciales entre le laboratoire et les officines, a concerné une espèce plus récente soumise au Conseil²⁰⁸. Cette décision mérite d'être soulignée, car elle décrit le contexte concurrentiel particulier de la vente en officine du médicament générique. Sur ce marché, les prix de vente au public sont fixés par un comité interministériel, le CEPS²⁰⁹.

205. CA Paris, 6 mai 1997, Lilly.

206. Décision 07-D-09, réformée par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 avril 2008. Cour de cassation : arrêt de rejet du 17 mars 2009.

207. Trois ans après l'expiration du brevet, Glaxo conserve près de la moitié du marché, seul Merck, signataire d'un accord secret avec Glaxo, étant également présent.

208. Décision 07-MC-06, confirmée par CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough (pourvoi rejeté par Cass. com., 13 janvier 2009).

209. Dans le cadre des orientations ministérielles adressées au CEPS en 2007, une règle générale de fixation du prix d'un médicament générique correspondant à l'application d'une décote de 50 % par rapport au prix a été définie : réponse du ministère de la santé à une question écrite, du 18 décembre 2007.

Le développement des génériques en France s'est surtout appuyé sur la délivrance des médicaments : la prescription de médicaments génériques étant faible, « *c'est donc sur le dernier acteur, le pharmacien, que repose l'efficacité du mécanisme qui permet de répondre à la préférence de la demande finale pour le produit le moins cher*²¹⁰ ». Le pharmacien peut, en effet, substituer à la spécialité prescrite une spécialité du même groupe générique, à condition que le prescripteur n'ait pas exclu cette possibilité pour des raisons particulières tenant au patient²¹¹. Cette faculté est soutenue par des incitations financières pour le pharmacien : tout d'abord, les marges de distribution, fixées en application de l'article L. 162-38 du Code de la sécurité sociale, sont calculées par référence au prix, plus élevé, de la spécialité de référence, et non à celui des génériques²¹².

De plus, les remises commerciales dont les pharmaciens peuvent bénéficier de la part de leurs fournisseurs (grossistes répartiteurs et laboratoires) sont aujourd'hui plafonnées à 2,5 % pour les ventes de princeps, contre 17 % pour les spécialités génériques²¹³.

Les patients, normalement peu sensibles au différentiel de prix entre princeps et générique, sont eux-mêmes incités à accepter cette substitution en faveur du générique. Ainsi, certains médicaments remboursables sont remboursés sur la base du prix du générique. Est également mis en place, dans certains départements, le dispositif « *tiers payant contre générique* » conclu entre les syndicats professionnels et les différentes caisses d'assurance maladie. Ce dispositif subordonne le remboursement par l'assureur à l'acceptation par le patient du générique.

Sur le marché de la vente en officine de médicaments appartenant à un même groupe générique, il est donc intéressant de constater que l'offreur (le pharmacien) peut influencer sur la demande, et qu'il est même financièrement incité, au même titre que le financeur de soins, à vendre le produit le moins cher. Sur ce marché, la répartition classique des rôles de demandeur (maîtrisant le choix d'un produit, et ayant intérêt à acheter le moins cher), et d'offreur (dont le rôle dans le choix du produit ne peut être que suggestif, et ayant intérêt à vendre le produit à prix élevé) est modifiée, au bénéfice du financeur des soins.

Les pratiques mises en œuvre par le laboratoire dans l'affaire soumise au Conseil visaient ainsi l'opérateur qui joue le rôle d'arbitre : non pas le consommateur final, mais, conformément au mécanisme réglementaire, le pharmacien. Dans ce contexte, précise le Conseil, « *toutes les actions d'un laboratoire auprès des pharmaciens d'officine pour mettre en échec ce mécanisme de substitution du princeps par les génériques [...] ne peuvent pas avoir pour objet, ni pour effet, de favoriser la prescription du*

210. Décision 07-MC-06 précitée, § 96, confirmée par CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough (pourvoi rejeté par Cass. com., 13 janvier 2009).

211. Article L. 5125-23, 3^e alinéa, du Code de la santé publique.

212. II de l'article 2 de l'arrêté du 4 août 1987 relatif aux prix et marges des médicaments remboursables, modifié par arrêté du 3 mars 2008.

213. Article L. 138-9 du Code de la sécurité sociale. Les montants des remises ont été modifiés par la loi « Chatel » du 3 janvier 2008. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les remises pour les génériques étaient plafonnées à 10,74 % du prix hors taxe, et les marges arrière pour la rémunération de la coopération commerciale à 15 % (voir l'avis sur le médicament du 25 septembre 2008 du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, p. 9).

*médicament princeps par les médecins, ni de susciter une préférence des patients pour le médicament princeps, mais ont bien pour objet de freiner ou d'empêcher l'arrivée sur le marché du produit le moins cher pourtant souhaitée par l'assurance maladie, qui représente la demande finale au sens que lui donne la théorie économique lorsqu'elle décrit le fonctionnement d'un marché*²¹⁴». En l'espèce, le Conseil a constaté que des pratiques de dénigrement du produit générique avaient été mises en œuvre auprès des prescripteurs et des pharmaciens, ainsi que l'octroi d'avantages commerciaux aux pharmaciens et une modification du circuit de distribution favorisant le stockage du médicament princeps. Ces comportements, mis en œuvre avant l'entrée du générique sur le marché, « sont de nature à maintenir une situation de quasi-monopole de Schering-Plough, qui fait elle-même obstacle à une baisse des prix » et sont susceptibles de constituer des pratiques abusives.

Dispositifs et fluides médicaux

Les médicaments ne sont pas les seuls produits de santé. Entrent également dans cette catégorie les fluides et les dispositifs médicaux.

Les fluides médicaux, tels les gaz médicaux, ont, selon leur destination, le statut ou non de médicament²¹⁵. Comme les dispositifs médicaux, ils recouvrent un ensemble hétérogène de produits. Ces derniers, définis comme « *tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine, ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels intervenant dans son fonctionnement, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens* »²¹⁶, sont destinés à être utilisés à des fins thérapeutiques très variées (de diagnostic, de prévention, de contrôle, de traitement d'une maladie ou d'un handicap).

On peut distinguer, au sein des pratiques qui ont été soumises au Conseil, celles qui concernent l'approvisionnement des établissements de soins en dispositifs médicaux, et celles qui sont relatives aux conditions d'accès des médecins à ces dispositifs.

Ce dernier domaine est le domaine privilégié des autorités nationales de concurrence, les marchés affectés étant souvent de dimension locale. On trouvera donc peu de jurisprudence communautaire dans ce domaine. Par contre, des cartels de dimension communautaire sur les prix de certains dispositifs et fluides médicaux sont réprimés par la Commission européenne²¹⁷.

Approvisionnement des établissements de soins

Les prix pratiqués à l'égard des établissements de soins, publics ou privés, sont libres. Afin de susciter les offres les plus compétitives, la demande de dispositifs et de fluides médicaux s'exprime fréquemment dans le cadre de marchés publics ou privés.

214. Décision 07-MC-06 précitée, § 97.

215. Décision 03-D-01, § 1 et 2.

216. Article L. 5211-1 du Code de la santé publique.

217. Voir TPICE, 5 décembre 2006, Westfalen Gassen Nederland BV, T-303/02 : cartel sur les gaz médicaux.

Le Conseil a été saisi, à plusieurs reprises, de pratiques d'ententes entre les fabricants des produits faisant l'objet d'appels d'offres des établissements de soins. Son analyse des pratiques commises ne diffère pas de celle applicable en matière d'ententes à l'occasion de passation de marchés publics. Si le matériel médical proposé par les sociétés doit répondre aux normes et aux procédures d'homologation énoncées par le Code de la santé publique, les appels d'offres sont en effet soumis aux règles communes régissant les marchés publics²¹⁸.

Dans deux décisions concernant, pour la première, des produits de la circulation extracorporelle²¹⁹, et pour la seconde, les gaz médicaux hospitaliers²²⁰, le Conseil a sanctionné des fabricants qui avaient présenté des offres distinctes aux hôpitaux alors qu'elles s'étaient préalablement concertées sur leurs offres respectives.

En revanche, saisi pour avis par la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP), représentant les intérêts des établissements de soins privés, le Conseil a estimé que les caractéristiques des offres dépouillées ne démontraient pas l'existence d'échanges avant le dépôt des offres. La similitude de prix relevée dans les offres des différents fournisseurs pour une même famille d'articles s'expliquait par leur alignement spontané sur le tarif de remboursement.

Une autre décision²²¹, plus récente, a sanctionné le comportement de l'Union française des orthoprothésistes qui, dans plusieurs circulaires, avait rappelé à ses adhérents son hostilité de principe aux remises sur le tarif TIPS en vigueur concernant les appels d'offres des hôpitaux, sous prétexte de la « *défense du tarif opposable* ». « *La pratique en cause* », souligne le Conseil, « *clairement anticoncurrentielle, puisqu'elle vise une harmonisation des prix dans un domaine où les pouvoirs publics ont précisément fait le choix de laisser jouer pleinement la concurrence ne peut [...] être justifiée*²²² ». Cette pratique, accompagnée d'un dispositif de contrôle des offres des adhérents, a causé « *un préjudice grave à la collectivité en augmentant artificiellement les coûts de revient des hôpitaux*²²³ ».

La pratique de concertation à l'occasion d'appels d'offres ayant donné lieu à la décision 07-D-49 est moins fréquente²²⁴. Les entreprises se sont en effet concertées pour ne pas répondre à un appel d'offres portant sur l'achat de défibrillateurs cardiaques implantables, et ainsi faire échec au premier appel d'offres national portant sur un achat groupé de dispositifs médicaux, par plusieurs centres hospitaliers : « *Cet échec a empêché les hôpitaux d'expérimenter un nouveau type d'appel d'offres qui permettait une rationalisation de leurs achats d'un matériel médical onéreux et a contribué à les décourager de renouveler cette initiative*²²⁵. »

218. Décision 03-D-29, § 12.

219. Décision 03-D-29 précitée.

220. Décision 03-D-01.

221. Décision 07-D-05 précitée, confirmée par CA Paris, 29 janvier 2008, UFOP.

222. Décision 07-D-05 précitée, § 73.

223. CA Paris, 29 janvier 2008, précité.

224. Le Conseil a néanmoins déjà eu l'occasion de sanctionner une concertation ayant pour objet de ne pas répondre à un appel d'offres : décision 02-D-23.

225. Décision 07-D-49 précitée, § 332.

Conditions d'accès aux dispositifs médicaux

En dehors des problématiques concurrentielles liées à l'approvisionnement des établissements de soins, la question des conditions d'accès aux dispositifs médicaux peut également se poser.

Les dispositifs médicaux concernés par la décision 06-D-36 précitée, scano-
graphe et appareil d'imagerie médicale par résonance nucléaire à utilisation clinique (IRM), font partie des équipements matériels lourds dont l'exploitation est subordonnée à la délivrance préalable d'une autorisation administrative²²⁶. Cette autorisation répond à la nécessité d'adapter le nombre d'appareils aux besoins de la carte sanitaire²²⁷, tout en permettant leur accès aux professionnels de l'imagerie médicale. En l'espèce, une société civile détenue par plusieurs cabinets médicaux bénéficiait de l'exploitation exclusive du seul scanner privé d'un département, et de l'exploitation en commun avec un centre hospitalier d'un appareil IRM. Le Conseil a constaté que cette société limitait l'accès aux équipements à l'égard de trois médecins, de façon discriminatoire et non justifiée. Or, les conditions d'accès des médecins radiologues sur le marché amont de l'usage des équipements lourds médicaux conditionnent les conditions d'exercice de ces médecins sur le marché aval des prestations de radiologie : en effet, « *le radiologue libéral, en sa qualité de prestataire de service de détail, ne peut répondre aux besoins des médecins prescripteurs et des patients que s'il a accès à ces équipements*²²⁸ ».

Ces différentes affaires relatives aux dispositifs et fluides médicaux montrent que, si les considérations de santé publique n'influent pas sur la qualification des pratiques commises, elles permettent au Conseil d'en apprécier la gravité : « *C'est parce que la pratique concerne des produits de santé qu'elle apparaît plus grave ou plus lourde de conséquences, et que la sanction en est alors aggravée*²²⁹. »

La décision relative aux gaz médicaux hospitaliers détaille ainsi les particularités du secteur de nature à aggraver la pratique de concertation commise : « *Les pratiques relevées, constate ainsi le Conseil, ont concerné les achats d'établissements hospitaliers ; [...] les gaz médicaux sont des produits à la fois indispensables à la vie des malades et sans substituts, de sorte que l'élasticité de leur demande à leur prix ne peut être que des plus faibles ; [...] il s'agit de médicaments dont le coût est intégralement pris en charge par les organismes de sécurité sociale, ce qui garantit au fournisseur une totale solvabilité de la demande.* » Par conséquent, la concurrence, lors de la passation des marchés publics, « *constituait le seul frein susceptible d'empêcher une hausse excessive des prix, s'agissant de produits d'une part, indispensables, et d'autre part, non soumis aux contraintes usuelles que constituent la solvabilité de la demande et sa réaction à la baisse en cas de hausse des prix*²³⁰ ». Cette analyse est reprise dans la décision relative au matériel médical de la circulation extracorporelle : même si la

226. Article L. 6122-1 et R. 6122-26 du Code de la santé publique.

227. Depuis le décret 2007-133 du 30 janvier 2007, le schéma d'organisation sanitaire, qui suit les évolutions de l'offre de soins, a remplacé la carte sanitaire, qui fixait un quota de dispositifs médicaux, généralement par habitants.

228. Décision 06-D-36, § 67.

229. M. Behar-Touchais, « Le Conseil de la concurrence et la santé », *Sève*, n° 15, été 2007, p. 73 et s.

230. Décision 03-D-01 précitée, § 184.

vente de ce matériel constitue une faible part du coût des soins hospitaliers, « ces considérations ne sauraient, cependant, amoindrir la gravité des pratiques concernant des matériels, d'une part, indispensables aux centres de soins hospitaliers acquéreurs et qui, d'autre part, ne sont pas soumis aux contraintes usuelles que constituent la solvabilité de la demande et sa réaction à la baisse en cas de hausse des prix²³¹ ».

La décision précitée 06-D-36 constitue également une illustration de cette appréciation particulière au secteur de la gravité des pratiques. En l'espèce, les pratiques commises par l'entreprise sont jugées d'autant plus graves « qu'elles interviennent dans le secteur de la santé publique, dans lequel la concurrence est déjà réduite [...], et qu'elles perturbent [...] un des rares mécanismes concurrentiels encore effectif : la concurrence entre médecins radiologues libéraux ». Sur ce marché, en effet, même si « la concurrence par les prix joue peu », l'accès aux installations est un élément essentiel : « Les professionnels de santé exclus ne peuvent réaliser des examens par scanner ou IRM dans de bonnes conditions, ce qui peut signifier, au-delà d'un manque à gagner en termes de chiffre d'affaires, une perte de technicité dommageable pour la collectivité dans son ensemble²³². »

On le voit, cette dernière décision rend compte de l'imbrication qui peut exister entre le secteur des produits et celui des services. En outre, dans cette décision, la concurrence entre médecins libéraux est moins envisagée comme une concurrence par les prix que comme une concurrence par la qualité des services : cette analyse est reprise dans une décision ultérieure, mettant en jeu des pratiques commises par des médecins appartenant au secteur I²³³. Car les interventions du Conseil concernent non seulement les produits, mais également les services de soins.

Interventions dans le secteur des services de santé

Alors que le secteur des produits et, notamment, des médicaments, peut poser des problèmes de restriction aux échanges intracommunautaires, le secteur des services est surtout caractérisé par la volonté de maintenir des rentes nationales. La réglementation par l'État du secteur de la santé, décrite dans la première partie de cette étude, cohabite avec l'autorégulation des professionnels de ce secteur.

L'organisation de ces professions relève, en effet, en grande partie de règles déontologiques posées par leurs ordres professionnels ou leurs syndicats. Les pratiques anticoncurrentielles les plus illustratives seront ensuite décrites.

Organisation des professions de santé

Parmi les professions de santé, on distingue les professions médicales, au sens du Code de la santé publique, c'est-à-dire les médecins, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes, les professions de la pharmacie, et les auxiliaires médicaux qui regroupent, entre autres, les infirmiers, les masseurs-kinésithérapeutes, les

231. Décision 03-D-29 précitée, § 178.

232. Décision 06-D-36 précitée, § 177 et 180.

233. Décision 08-D-06 (cette décision a été réformée par CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés).

orthophonistes ou les pharmaciens. Quel que soit son mode d'exercice – salarié, libéral ou mixte – le professionnel doit respecter les règles déontologiques, généralement comprises comme un ensemble de règles morales, techniques, juridiques, de bonne conduite, légitimant les missions d'une profession.

Ainsi que le Conseil l'a précisé, ces règles sont destinées à compenser l'asymétrie existante entre le patient et le professionnel de la santé : « *Les codes de déontologie définissent les normes de l'éthique professionnelle. Ils sont censés permettre de compenser l'asymétrie de la relation contractuelle et de prendre en compte les "externalités sociales". Leur existence ne pose pas en elle-même de difficultés au regard du droit de la concurrence. Toutefois, l'élaboration de ces règles professionnelles par les ordres professionnels peut restreindre la concurrence entre leurs membres ou protéger ces derniers contre la concurrence d'autres professionnels*²³⁴. »

Si la déontologie régit le mode d'exercice d'une profession ou d'une activité dans le respect d'une éthique, elle ne peut être le vecteur de pratiques restreignant la concurrence, ainsi que l'a rappelé l'ancien président de la chambre commerciale de la Cour de cassation : « *On sait que les règles déontologiques exposent des pratiques sans le respect desquelles l'exercice même de la profession devient impossible; on craint qu'elles ne deviennent des instruments de déviance portant atteinte à l'intérêt général. [...] La règle déontologique doit être appréciée au regard de son rôle dans le jeu de la concurrence; sa relation avec la préservation de la libre concurrence est loin d'être acquise*²³⁵. »

Les règles édictées par les ordres ou les syndicats professionnels peuvent constituer des ententes anticoncurrentielles.

En matière de santé, l'analyse porte sur l'équilibre entre les impératifs de santé publique et les règles de libre concurrence : « *Si les principes de libre concurrence peuvent être écartés pour faire prévaloir des impératifs de santé publique dans l'exercice de la médecine, ils s'y appliquent dès lors qu'ils ne font pas obstacle à ces préoccupations d'intérêt général*²³⁶. »

La méthode d'analyse ne diffère pas de celle applicable, plus généralement, à la régulation des professions libérales. Dans ce cas, en effet, l'examen porte sur le caractère nécessaire et proportionné des restrictions de concurrence apportées par les règles ordinales ou syndicales, eu égard aux objectifs d'intérêt général poursuivis. Comme l'a en effet précisé la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Wouters, « *il convient [...] de relever que tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déployé ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui*

234. Avis 08-A-15, § 51.

235. D. Tricot, Introduction à la conférence *Déontologie et concurrence*, Cour de cassation, 21 juin 2007.

236. Avis 96-A-17.

*procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice [...]. Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs*²³⁷ ».

En matière de santé publique, les États membres ont, de surcroît, une certaine latitude pour définir les règles propres à assurer un certain niveau de protection. L'article 152 CE prévoit en ce sens que « *l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux* ». Cette répartition de compétences n'est pas indifférente, selon l'avocat général Yves Bot, à l'appréciation du critère de proportionnalité : « *Dans l'appréciation du respect du principe de proportionnalité dans le domaine de la santé publique, il convient de tenir compte du fait que l'État membre peut décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et de la manière dont ce niveau doit être atteint* »²³⁸.

C'est ainsi, par exemple, que l'interdiction de publicité faite aux prestataires de soins dentaires auprès du public pour leurs services n'est pas, selon l'avocat général, contraire à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services²³⁹.

Si les codes de déontologie sont repris par décret, les ordres ne peuvent plus être poursuivis pour entente, en vertu de la jurisprudence Arduino²⁴⁰ ou, en droit national, du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

Le Conseil est alors amené à connaître, sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code de commerce, des projets de décrets relatifs aux codes de déontologie.

L'avis le plus récent concerne le Code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes²⁴¹. Au terme de l'analyse concurrentielle du Conseil, certaines dispositions sont ainsi apparues comme restreignant la concurrence sans être justifiées par un objectif d'intérêt général. Ainsi en est-il des dispositions prévoyant une clause de non-concurrence pendant un certain délai en cas de remplacement d'un confrère, ou une interdiction d'installation dans un immeuble où exerce un confrère sans l'accord de ce dernier ou l'autorisation du Conseil départemental de l'Ordre. D'autres dispositions restreignent l'exercice même de la profession, notamment celles relatives à la limitation du nombre de collaborateurs salariés, ou à l'interdiction d'ouvrir plus d'un cabinet secondaire, sauf autorisation de l'Ordre.

237. CJCE, 19 février 2002, Wouters, C-309/99, § 97.

238. Conclusions présentées le 16 décembre 2008, C-531/06.

239. Conclusions présentées le 22 novembre 2007, Ioannis Doulamis, C-446/05.

240. Dans cet arrêt du 19 février 2002 (C-35/99), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que les délibérations du Conseil national de l'Ordre des avocats italiens fixant le barème des honoraires des avocats (*fourchettes minima et maxima*) n'étaient pas des décisions d'entreprises relevant de l'article 81 § 1 du traité CE, en se fondant uniquement sur le contrôle exercé par l'État sur ces décisions. La Cour a notamment relevé que les délibérations de l'ordre n'étaient que préparatoires et qu'elles devaient être approuvées par décret ministériel, le tarif n'entrant en vigueur que sous la forme souhaitée par le ministre (qui pouvait approuver, modifier ou rejeter la proposition du Conseil).

241. Avis 08-A-15.

Dans son avis sur les règles du Code de déontologie médicale régissant la permanence des soins et la médecine d'urgence²⁴², le Conseil considère en revanche que les dispositions relatives à l'identification particulière des véhicules des médecins urgentistes, à la participation aux centres d'appels d'urgence et aux honoraires applicables sont justifiées par le contexte d'urgence dans lequel interviennent les médecins.

Le Conseil ne s'est pas seulement prononcé sur la conformité aux règles de concurrence de dispositions réglementaires. Saisi par la Confédération nationale des syndicats dentaires, il a également donné son avis²⁴³ sur un protocole d'accord signé entre la confédération et la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN), destiné à améliorer l'accès des traitements dentaires prothétiques à tous les mutualistes de la MGEN. Pour ce faire, l'accord prévoyait une augmentation de la participation de la MGEN par référence à un barème, ainsi qu'une procédure de paiement direct des honoraires, à la condition que les honoraires pratiqués par les chirurgiens-dentistes participant à l'accord ne dépassent pas un certain montant. Dans un premier temps, le Conseil a constaté que la mise en œuvre de cet accord ne créait pas de barrières à l'entrée sur le marché, la confidentialité et le respect de l'interdiction de toute publicité en faveur de certains praticiens étant préservés. Mais il a ensuite relevé que la fixation d'un tarif minimum par la convention limitait la libre détermination des prix des soins prothétiques par le jeu de la concurrence : dans ce secteur en effet, le tarif conventionnel n'est plus opposable aux professionnels depuis 1983. En prévoyant un tarif plancher, la convention retire aux chirurgiens-dentistes signataires tout intérêt à facturer des honoraires à un niveau inférieur à celui fixé.

Activité des professions de santé

Les interventions du Conseil portent également sur les activités économiques exercées par les professionnels de la santé. Le Conseil ne rend pas, comme c'était le cas dans les exemples précédents relatifs à l'organisation des professions, un avis, mais une décision contentieuse à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles commises. Les décisions du Conseil relatives à l'activité des professionnels de la santé montrent que deux types de pratiques sont généralement commis : des pratiques d'exclusion, tendant à empêcher le développement d'une activité considérée comme trop offensive sur un plan concurrentiel par les autres offreurs sur le marché ; des pratiques tarifaires, observables même dans les secteurs où les prix sont réglementés.

Pratiques d'exclusion

Certaines illustrations de ces pratiques concernent les relations entre les chirurgiens-dentistes et les prothésistes dentaires. Les prothésistes réalisent des prothèses sur prescription et commande des chirurgiens-dentistes, avec lesquels ils

242. Avis 96-A-17 précité.

243. Avis 98-A-17.

entretiennent des relations de fournisseurs à clients. Seuls les chirurgiens-dentistes sont autorisés à mettre les appareils en bouche.

Dans une affaire ayant donné lieu à la décision du 22 avril 1997²⁴⁴, le syndicat des prothésistes (UNPPD) défendait des positions très critiques à l'égard des chirurgiens-dentistes. Il estimait en particulier que ces derniers entretenaient une opacité tarifaire à l'égard des prothèses, grâce à laquelle ils s'octroyaient une marge excessive et injustifiée, conduisant certains patients à renoncer à leurs soins. Le syndicat préconisait en conséquence la remise d'un devis détaillé au patient, précisant le coût exact de la prothèse. Par réaction, le syndicat des chirurgiens-dentistes a diffusé, auprès de tous les praticiens libéraux du département, une circulaire incitant au boycott des prothésistes dentaires qui ne se désolidariseraient pas de la position prise par l'UNPPD. Le Conseil de la concurrence a considéré que ce comportement enfreignait les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (actuel article L. 420-1 du Code de commerce).

Dans une décision plus récente²⁴⁵, déjà citée, une circulaire de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes tendait à limiter l'accès de l'activité de nettoyage des prothèses dentaires aux seuls chirurgiens-dentistes. Or, ces préconisations allaient à l'encontre de l'activité d'un prothésiste dentaire qui, souhaitant développer son activité, pratiquait le nettoyage dentaire à domicile, notamment au profit des personnes âgées résidant en maisons de retraite ou en foyer. Le Conseil a estimé que l'envoi d'une lettre circulaire, interprétant faussement la règle de droit afin d'intégrer dans le champ du monopole des chirurgiens-dentistes l'activité de nettoyage des prothèses dentaires amovibles, et utilisant une qualification dénigrante pour l'activité de nettoyage effectuée par le prothésiste, avait pour objet de limiter l'accès au marché, et avait eu pour effet d'empêcher le prothésiste de se livrer en toute liberté à son activité. Cette pratique, privant les consommateurs d'un service de soins à domicile indispensable à l'hygiène buccale, entre dans les prévisions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Cette dernière décision, qui pose la question de la délimitation du monopole d'une profession réglementée, n'est pas sans rapport avec celle rendue dans le secteur du portage à domicile de médicaments²⁴⁶. L'activité de portage de médicaments à domicile est généralement exercée en complément d'une activité principale, notamment par les ambulanciers ou les infirmiers. Considérant que cette activité était contraire aux dispositions du Code de la santé publique, le Conseil de l'Ordre national des pharmaciens avait mis en œuvre une action concertée de boycottage, à laquelle, en outre, s'étaient associés certains conseils régionaux. La délivrance de médicaments à domicile n'étant en réalité pas prohibée par la réglementation en vigueur au moment des faits, ni même soumise à autorisation de

244. Décision 97-D-25, confirmée par CA Paris, 10 mars 1998, Syndicat des chirurgiens-dentistes d'Indre-et-Loire.
245. Décision 05-D-43, confirmée par CA Paris, 7 mars 2006, Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes (pourvoi rejet par Cass. com., 20 février 2007).

246. Décision 97-D-18, confirmée par CA Paris, 10 février 1998, Conseil central section A de l'Ordre national des pharmaciens (pourvoi rejet par Cass. com., 16 mai 2000).

l'administration, le Conseil a estimé que ces pratiques étaient de nature à entraver l'accès au marché des entreprises de portage de médicaments à domicile.

Dans une décision récente, le Conseil a sanctionné le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes pour s'être livré au boycott de Santéclair, fournisseur de services pour les besoins des assurés ayant souscrit une assurance santé complémentaire. Était en cause un partenariat tarifaire proposé par Santéclair entre des assureurs et des chirurgiens-dentistes acceptant de modérer leurs tarifs²⁴⁷.

Les pratiques d'exclusion ne visent pas seulement d'autres professionnels que ceux qui les commettent, elles peuvent également viser un offreur exerçant la même profession que les auteurs des pratiques. C'est le cas dans deux décisions relatives à l'activité des pharmacies.

Dans une première espèce²⁴⁸, la gérante d'une officine avait décidé, pour des raisons de rentabilité économique, d'ouvrir sa pharmacie le dimanche matin. À l'occasion de la mise au point des services de garde dans la zone géographique concernée, les responsables de l'organisation de ces services, également gérants de pharmacies concurrentes, ont imposé à la gérante de l'officine une garde systématique pour l'entière journée du dimanche et la nuit suivante. Ces sujétions avaient en réalité pour objet de la décourager de maintenir l'ouverture du dimanche. Après avoir rappelé que le caractère réglementé de la distribution de médicaments n'empêchait pas que les officines puissent se trouver en situation de concurrence, le Conseil a estimé que les pressions exercées limitaient le jeu de la concurrence entre les officines du secteur géographique considéré.

Dans une décision de 1995, le Conseil a été amené à sanctionner la concertation de plusieurs pharmacies partageant une même zone de chalandise, tendant à mener une action collective auprès des laboratoires afin que ceux-ci refusent les commandes de l'un de leur confrère. Ces pratiques de boycott répondaient à une politique tarifaire offensive sur le marché libre des médicaments non remboursables et des produits de parapharmacie²⁴⁹. Si, en effet, la détermination des prix des médicaments remboursés par les caisses de sécurité sociale échappe à l'initiative du pharmacien, en revanche les prix des médicaments non remboursés par les régimes obligatoires de sécurité sociale et ceux des produits de parapharmacie résultent du libre jeu de l'offre et de la demande. Les entreprises mises en cause dans cette affaire avaient invoqué les dispositions du Code de déontologie des pharmaciens pour justifier leur comportement, en particulier les obligations de confraternité²⁵⁰, qui restreignent, selon elles, les conditions dans lesquelles les pharmaciens peuvent se concurrencer. Cet argument est rejeté par le Conseil : ces obligations « *n'impliquent nullement l'absence de toute forme de concurrence entre*

247. Décision 09-D-07.

248. Décision 98-D-56.

249. Décision 95-D-35, confirmée par CA Paris, 23 février 1996, Conseil régional de l'Ordre des pharmaciens de la région Rhône-Alpes (pouvoi rejeté par Cass. com., 10 mars 1998). Dans le même sens : avis de la commission de la concurrence, 20 novembre 1985.

250. Article (actuellement en vigueur) R. 4235-34 du Code de la santé publique : « *Tous les pharmaciens inscrits à l'ordre se doivent mutuellement aide et assistance pour l'accomplissement de leurs devoirs professionnels. En toutes circonstances, ils doivent faire preuve de loyauté et de solidarité les uns envers les autres.* »

ceux-ci sur les produits de parapharmacie et les médicaments non remboursables; [...] l'exercice de la concurrence sur ces produits et médicaments n'est nullement contraire aux dispositions [...] du Code de la santé publique dès lors qu'elle s'exerce par des moyens et procédés conformes à la dignité de la profession». Par ailleurs, si le Code de la santé publique incite les pharmaciens à résoudre leurs différends par la voie de la conciliation²⁵¹, il ne les autorise nullement à mettre en œuvre des pratiques concertées illicites.

Pratiques tarifaires

Plusieurs décisions montrent l'existence de pratiques tarifaires concernant les services de santé. Elles sont non seulement commises sur les marchés libres, mais également sur les marchés à prix réglementairement fixés.

La décision, déjà mentionnée, relative à l'activité des médecins spécialistes des examens anatomo-cyto-pathologiques (ACP²⁵²), illustre le premier cas. Le Conseil a été saisi par une société de médecins dénonçant les pressions exercées à l'encontre de la présentation d'offres tarifaires inférieures aux tarifs de prestation pris en charge par l'assurance maladie, à l'occasion de marchés publics hospitaliers pour des prestations d'examen ACP. Le marché concerné était celui des examens ACP réalisés par des médecins extérieurs pour le compte des centres hospitaliers. Or, la fixation de la rémunération des prestations à l'égard des centres hospitaliers est libre, les tarifs conventionnés n'étant pas dans ce cas opposables aux médecins. Le Conseil a relevé que les pratiques dénoncées «*incitaient à une limitation de la liberté tarifaire dans un domaine où les pouvoirs publics ont fait le choix de laisser jouer pleinement la concurrence et entravaient les baisses de prix recherchées pour le bénéfice de la collectivité, notamment par le recours au mécanisme d'appels d'offres*²⁵³».

D'autres décisions du Conseil, relatives au transport sanitaire d'urgence, relèvent également des pratiques de concertation sur les prix, dans un secteur où ils devraient être fixés par la loi du marché. Ces transports sont dits primaires, lorsqu'ils sont effectués du lieu de la détresse vers un établissement de soins, ou secondaires, lorsqu'ils sont effectués d'un établissement de soin à un autre. Dans une première affaire²⁵⁴, le Conseil a sanctionné des sociétés d'ambulances qui s'étaient concertées dans le cadre d'appels d'offres lancés par des communes, relatifs à l'évacuation des skieurs accidentés vers une structure de soins. Une autre décision²⁵⁵, relative aux transports secondaires, a sanctionné des pratiques de concertation tarifaire mises en place par des sociétés d'ambulances pour répondre à la demande d'un établissement hospitalier.

251. Article R. 4235-40 du Code de la santé publique.

252. Décision 07-D-41.

253. Décision 07-D-41 précitée, § 131.

254. Décision 03-D-47.

255. Décision 02-D-23.

La décision relative à des consignes syndicales de dépassements des tarifs conventionnels par des médecins spécialistes du secteur I²⁵⁶, quant à elle, concerne un marché où les tarifs sont réglementés. La saisine du Conseil avait signalé que certains médecins spécialistes du secteur I, pour lesquels le tarif conventionné est opposable, sauf en cas de circonstances dues à une exigence du malade justifiant un dépassement exceptionnel d'honoraires, utilisaient quasi systématiquement ce dépassement exceptionnel, afin de s'exonérer de l'encadrement tarifaire propre à leur secteur. Le Conseil constate que sur le marché des services médicaux du secteur I, la mise en concurrence des offreurs s'effectue par la qualité des prestations, et non directement par les prix, qui sont fixés à l'égard de l'ensemble des médecins. Or, le détournement de la possibilité ponctuelle de demander une rémunération supérieure au tarif conventionné perturbe l'équilibre de la situation concurrentielle par la qualité des services voulue par le législateur : *« Au lieu que le choix du secteur I garantisse au patient le niveau de prix qu'il doit acquitter tant que ses exigences ne sont pas exceptionnelles, les pratiques en cause ont transformé en exceptionnelles les plus normales des demandes de ce patient. Le choix, stable, fait en faveur d'un médecin, et pour un prix bien anticipé, s'est avéré donner lieu à un paiement différent, plus élevé souvent significativement, ce qui a perturbé la mise en concurrence par la qualité, inhérente à ce choix. Le Conseil en conclut que les ententes pour l'obtention d'une hausse artificielle des honoraires ont eu un objet et ont entraîné des effets anti-concurrentiels sur le fonctionnement des marchés concernés²⁵⁷. »*

Ainsi, les pratiques relatives aux honoraires pratiqués ont perturbé la concurrence par les services qui existait entre les praticiens à l'égard des patients. Alors, en effet, que l'organisation du secteur permet normalement d'opérer une distinction entre la confrontation de l'offre et la demande pour la fixation du prix et pour la qualité des soins, le supplément artificiel d'honoraires, resté, le plus souvent, à la charge du malade, a engendré une confusion entre détermination du prix et choix de la qualité.

Deux précisions contenues dans la décision méritent d'être rappelées. Contrairement à ce qui était allégué par l'une des entreprises mises en cause, le caractère légal ou non du recours au dépassement d'honoraires était inopérant : *« Ce n'est pas l'illégalité éventuelle, au cas par cas, de ce recours qui justifie la qualification de la pratique, mais l'utilisation concertée et collective d'une disposition de nature individuelle²⁵⁸. »* Pour les mêmes raisons, l'information éventuelle du patient concernant les dépassements d'honoraires lors de leur prise de rendez-vous ne pouvait davantage retirer à la pratique son caractère anticoncurrentiel²⁵⁹.

256. Décision 08-D-06 (cette décision a été réformée par CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés).

257. Décision 08-D-06 précitée, § 92.

258. Décision 08-D-06 précitée, § 107 (cette décision a été réformée par CA Paris, 18 mars 2009, Union nationale des médecins spécialistes confédérés).

259. Décision 08-D-06 précitée, § 112.

Conclusion

L'étude des relations entre santé et concurrence permet d'observer qu'il existe entre ce secteur économique et les règles de marché des influences réciproques, de nature à améliorer le bien-être du « patient-consommateur ».

La santé représente, en effet, un secteur économique n'échappant pas à la logique de l'efficacité économique, ce qui justifie l'application d'une régulation fondée sur la mise en œuvre des règles de concurrence. Néanmoins, l'intervention de la concurrence dans le secteur pose la question de l'influence exacte du facteur prix dans le domaine de la santé. Certains pans de l'activité de soins, pour lesquels les tarifs sont fixés uniformément à l'égard de tous les offreurs, sont soustraits de la logique de la confrontation individuelle de l'offre et la demande sur le prix. Même lorsque les marchés de la santé sont libres, la demande reste peu sensible aux variations tarifaires. Cette insensibilité est due, dans certains cas, au mécanisme assurantiel séparant le bénéficiaire des soins et le financeur, mais aussi à la nature des besoins en eux-mêmes : quand la santé d'une personne est en jeu, il n'est pas concevable d'admettre que la demande soit limitée par le caractère élevé du prix des soins. Quelle que soit la nature, administrée ou non, du marché, il est de surcroît considéré que l'offreur de soins doit être guidé par le souci du bien-être du client, avant son intérêt personnel : la relation de soins formalise ainsi, pour reprendre une formule célèbre, la rencontre d'une conscience et d'une confiance. La concurrence par les prix dans le secteur est donc soit inexistante, soit faible.

Ces particularités ne sont cependant pas de nature à exclure l'application des règles de concurrence, mais elles invitent au contraire à un élargissement des critères d'appréciation du respect des règles du marché, avec toute la souplesse nécessaire. La concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen grâce auquel des gains d'efficacité peuvent être réalisés dans le domaine de la santé, non seulement sur les prix, mais aussi sur la qualité des prestations offertes. Les patients peuvent, dans certaines situations, être peu sensibles aux prix, mais ils demeurent capables d'avoir un jugement, fût-il subjectif, sur la qualité des soins qui leur ont été prodigués. On constate, de plus, que le champ du libre jeu de la concurrence peut être structurellement plus restreint que dans d'autres secteurs, ce qui invite donc à une vigilance accrue pour maintenir ce libre jeu dans les espaces où le législateur l'a jugé nécessaire. Le Conseil de la concurrence s'attache ainsi à examiner si les comportements commis ne sont pas de nature à perturber la concurrence, dans toutes ses dimensions, ou à annihiler ce qui reste de concurrence.

Mais les mécanismes de la concurrence ne peuvent jouer comme sur d'autres marchés, sans risquer de détériorer une certaine qualité dans les produits et prestations de santé. C'est la raison pour laquelle si le droit de la concurrence doit régir ce domaine, il ne peut le faire seul. L'intervention de l'État demeure la règle dans un secteur faiblement harmonisé au niveau communautaire et où l'offre est fortement régulée par la puissance publique. L'application des règles de concurrence tient nécessairement compte de ces particularités. Il a par exemple été constaté que les pratiques de limitation des exportations parallèles étaient plus

facilement justifiées dans ce secteur que dans des secteurs industriels, ou que des règles restrictives de concurrence ou entravant la liberté des échanges pouvaient être justifiées par l'objectif de défense de la santé. Mais cet objectif ne peut tout justifier et surtout pas les ententes sur les prix, péchés capitaux, même si elles sont menées par des instances collectives dans un objectif de soutien aux professions. Lorsqu'ils sont caractérisés, les comportements qui visent le secteur de la santé sont fréquemment considérés comme d'autant plus graves que les services ou les produits concernés sont des « biens de nécessité » nécessaires ou indispensables à la vie des patients, et que les demandeurs sont captifs.

En définitive, loin d'être exclus du champ concurrentiel, les marchés de la santé se voient appliquer des outils de régulation, fondés sur les règles de concurrence, mais adaptés à leurs particularités.

Les pratiques de ciseau tarifaire

Le Conseil de la concurrence et la Commission européenne ont, dans plusieurs affaires récentes, examiné la structure des prix pratiqués par des opérateurs verticalement intégrés en position dominante sur des marchés de biens intermédiaires. Lorsqu'un bien intermédiaire est nécessaire à l'exercice de la concurrence sur des marchés en aval, les autorités veillent à ce que l'opérateur dominant ne profite pas de sa position en amont pour augmenter les coûts des concurrents non intégrés et les empêcher d'entrer ou de se développer en aval. Elles vérifient qu'une entreprise active uniquement sur les marchés aval, et aussi efficace que l'opérateur intégré sur ces marchés, peut répliquer les prix de détail de ce dernier sans subir de perte. Ces tests, dits de ciseau tarifaire, ne portent pas sur le niveau absolu des prix de l'entreprise dominante, mais sur l'écart entre les prix amont et aval qu'elle pratique : cet écart doit laisser un espace économique suffisant pour permettre à des concurrents efficaces d'opérer de manière viable en aval.

Historiquement, le premier cas de ciseau tarifaire ayant donné lieu à une condamnation par la Commission européenne a porté sur un marché de matières premières²⁶⁰. Les dossiers récents ont concerné le secteur des télécommunications. Dans l'affaire Deutsche Telekom²⁶¹, la Commission a examiné les pratiques tarifaires de l'opérateur historique en Allemagne, d'une part sur le marché amont des prestations intermédiaires d'accès à la boucle locale fournies aux opérateurs alternatifs, d'autre part sur le marché aval des abonnements vendus aux consommateurs finaux pour les lignes analogiques et ADSL. La décision Telefónica²⁶² a visé les prestations intermédiaires proposées par l'opérateur historique espagnol aux opérateurs alternatifs : accès dégroupé à la boucle locale et accès haut débit livré au niveau régional ou au niveau national. Ces prestations intermédiaires étaient utilisées par les concurrents en aval pour proposer aux consommateurs finaux des connexions à haut débit.

C'est dans ce même secteur que le Conseil de la concurrence a pour la première fois, en 2001, sanctionné une entreprise en position dominante pour une pratique de ciseau²⁶³. Cette première affaire française concernait les tarifs de téléphonie fixe proposés à Renault par France Télécom dans le cadre d'une offre sur mesure. Le Conseil a constaté que les tarifs de téléphonie fixe de l'opérateur historique

260. Le produit visé était le sucre cristallisé, vendu en gros sur le marché amont et conditionné en sachet pour la vente au détail. Décision de la Commission 88/518/CEE du 18 juillet 1988 (IV/30178 – Napier Brown – British Sugar). *JO L* 284 du 19/10/1988, pp. 41-59.

261. Décision de la Commission 2003/707/CE du 21 mai 2003 (COMP/C-1/37451, 37578, 37579 – Deutsche Telekom AG), *JO L* 263 du 14/10/2003, pp. 9-41. Arrêt du Tribunal de première instance, aff. T-271/03, 10 avril 2008.

262. Décision de la Commission du 4 juillet 2007 (COMP/38784 – Wanadoo España vs. Telefónica).

263. Décision 01-D-46 du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999.

pour les appels à destination de son réseau mobile étaient inférieurs à la charge qu'il facturait aux autres opérateurs pour terminer les appels sur ce même réseau. Le Conseil a considéré que l'effet de ciseau ainsi créé empêchait les concurrents de proposer une offre équivalente et que France Télécom érigeait de cette manière une barrière artificielle à l'entrée sur le marché des communications *fixes vers mobiles*. Trois ans plus tard, dans l'affaire Tenor²⁶⁴, le Conseil a sanctionné France Télécom et Cegetel pour des ciseaux tarifaires de même nature, entre tarifs *fixes vers mobiles* et charges de terminaison d'appels.

Dans l'affaire Connect ATM, le Conseil a examiné les prix de France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet²⁶⁵. À l'époque des faits, l'accès dégroupé à la boucle locale n'était pas encore techniquement possible, et les opérateurs de réseau dépendaient d'une prestation intermédiaire spécifique pour pouvoir concurrencer les offres de France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet. Le Conseil a condamné France Télécom pour avoir, dans un premier temps, refusé de fournir la prestation spécifique en question puis, dans un second temps, maintenu un effet de ciseau entre le prix facturé pour cette prestation et ses offres de détail aux fournisseurs d'accès à Internet.

Le Conseil est aussi intervenu dans le secteur de l'électricité au moment de son ouverture totale à la concurrence. Pour pouvoir proposer des contrats de fourniture d'électricité attractifs par rapport aux offres de l'opérateur historique, les opérateurs alternatifs doivent avoir accès à l'électricité de base d'origine nucléaire produite par EDF. Dans le cadre de mesures conservatoires²⁶⁶, le Conseil n'a pas exclu l'existence d'un ciseau entre certaines offres de détail d'EDF et les conditions d'accès à l'électricité de base faites à l'un des fournisseurs alternatifs. Il a enjoint à EDF de proposer des conditions d'approvisionnement en électricité en gros qui permettent « *aux fournisseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détail faites par EDF aux consommateurs d'électricité sur le marché libre* ».

Ces différentes affaires interviennent dans des environnements spécifiques et donnent lieu à des calculs de ciseau parfois complexes. La présente étude expose, sans entrer dans le détail des cas, les principes économiques et juridiques qui guident l'intervention des autorités de concurrence lorsqu'un opérateur verticalement intégré dispose d'un accès privilégié à un facteur de production nécessaire à l'exercice de la concurrence sur des marchés en aval.

²⁶⁴. Décision 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Telecom. Arrêts de la cour d'appel de Paris du 12 avril 2005 et du 2 avril 2008. Arrêts de la Cour de cassation du 10 mai 2006 et du 3 mars 2009.

²⁶⁵. Décision 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Telecom Réseau, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 mars 2000. Décision 04-D-18 du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision 00-MC-01, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005 et l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 2006. Décision 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2006, et par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2007.

²⁶⁶. Décision 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie. Décision 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France.

La première partie de l'étude présente la définition des tests de ciseau et évoque certaines questions méthodologiques liées à leur mise en œuvre. Elle rappelle qu'un test de ciseau fait, en principe, référence à la seule situation de l'opérateur intégré, la logique sous-jacente étant celle du « *test de l'opérateur aussi efficace* ». Les trois éléments constitutifs d'un test sont les recettes et les coûts liés à l'activité de l'entreprise intégrée sur le marché aval et le prix du bien intermédiaire facturé par la branche amont. La jurisprudence récente a posé les principes utiles pour déterminer dans chaque cas le périmètre pertinent et la méthode d'évaluation de ces trois éléments. Pour des raisons de précision, les calculs doivent parfois être menés sur des segments fins de marché ; néanmoins, lorsque l'équilibre économique des contrats permet des compensations entre les différents segments, le résultat du test doit être évalué au niveau agrégé, sur la base de l'ensemble de la clientèle de l'opérateur dominant.

La deuxième partie est consacrée à l'examen des effets de ciseau tarifaire au regard du droit de la concurrence. Le seul constat de la présence d'un effet de ciseau ne suffit pas à caractériser une infraction ; plusieurs conditions doivent être satisfaites pour qu'une pratique de ciseau constitue un abus de position dominante. En premier lieu, l'opérateur intégré doit disposer d'un fort pouvoir de marché en amont. En deuxième lieu, le bien intermédiaire doit être objectivement nécessaire pour l'exercice de la concurrence en aval. En troisième lieu, un ciseau tarifaire étant, par essence, une pratique de groupe, il doit exister un degré suffisant de coordination entre les branches amont et aval de l'opérateur dominant. En quatrième lieu, lorsque des lois ou des réglementations contraignent sa politique tarifaire, l'opérateur intégré doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure de supprimer l'effet de ciseau. Lorsque toutes ces conditions sont vérifiées, l'effet potentiel d'exclusion est présumé et l'autorité de la concurrence n'a pas la charge de prouver l'existence d'effets réels. La pratique est alors considérée comme abusive, sauf si l'entreprise mise en cause peut démontrer qu'elle permet des gains d'efficacité qui compensent l'atteinte portée à la concurrence.

La dernière partie de l'étude replace le traitement des ciseaux tarifaires dans la perspective plus large des objectifs de la politique de la concurrence. Elle commence par présenter quelques éléments sur l'analyse stratégique des pratiques de ciseau tarifaire. La dimension temporelle apparaît centrale pour comprendre les incitations des opérateurs intégrés à mettre en œuvre des effets de ciseau. Les opérateurs historiques peuvent craindre que l'entrée de concurrents sur les marchés aval ne leur permette de s'élever le long de « l'échelle des investissements », et, à terme, de menacer leur position sur les marchés amont ; cette crainte peut les pousser à ériger des barrières artificielles à l'entrée sur les marchés en aval, par exemple sous la forme de ciseaux tarifaires. Le Conseil de la concurrence a rencontré à plusieurs reprises des situations de ce type dans le cadre de la libéralisation de secteurs régulés. Son intervention a visé à permettre l'exercice d'une concurrence effective sur les marchés aval, tout en préservant les incitations à l'investissement des différents opérateurs concernés.

Définition et mise en œuvre des tests de ciseau tarifaire

L'objet d'un test de ciseau est d'apprécier les effets d'éviction causés par la politique tarifaire d'un opérateur verticalement intégré. Concrètement, on vérifie si la branche aval d'un tel opérateur serait profitable si elle devait payer le prix intermédiaire facturé à ses concurrents par la branche amont. Cette définition ne fait intervenir que la situation de l'entreprise intégrée ; la logique sous-jacente est celle du « *test de l'opérateur aussi efficace* ». La mise en œuvre pratique d'un test de ciseau demande de spécifier le périmètre pertinent des coûts et des recettes à considérer. Pour des raisons de précision, le test doit parfois être effectué sur des segments fins de marché, mais le résultat s'apprécie au niveau agrégé, de manière à permettre des compensations entre les divers segments de clientèle considérés. Dans certaines affaires, il a pu être envisagé de mettre en œuvre le test sur une période longue, en sommant les recettes et les coûts de chaque année. Cette méthode présente toutefois des difficultés, tant pratiques que d'interprétation, et la jurisprudence retient en général une approche période par période.

La référence à la situation de l'opérateur intégré

Les effets de ciseau tarifaire sont engendrés par la structure des prix des opérateurs intégrés, non par leur niveau absolu. Dans la décision Deutsche Telekom, la Commission a ainsi indiqué qu'« *on peut conclure à l'existence d'un effet de ciseau abusif lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché aval* ». Cette conception a été reprise par le Tribunal de première instance dans l'arrêt confirmant la décision de la Commission. Le TPI a indiqué qu'un test de ciseau tarifaire doit être basé sur les coûts de l'entreprise dominante verticalement intégrée : « *Ensuite, force est de constater que, même si, jusqu'à présent, le juge communautaire ne s'est pas encore prononcé explicitement sur la méthode à appliquer aux fins de déterminer l'existence d'un effet de ciseaux tarifaire, il ressort néanmoins clairement de la jurisprudence que le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts, et non par référence à la situation des concurrents actuels ou potentiels.* » Un ciseau tarifaire est donc une caractéristique de la politique tarifaire de l'opérateur intégré, qui s'apprécie en fonction de sa situation spécifique, notamment de ses tarifs, de ses coûts et de la structure de sa clientèle.

La référence aux coûts de l'opérateur dominant, par opposition à ceux de ses concurrents, repose sur deux types de justifications. En premier lieu, il découle de la jurisprudence communautaire que l'existence ou non d'un effet de ciseau tarifaire ne peut être mesurée à l'aune des coûts des concurrents de l'opérateur dominant dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles d'être moins efficaces. Ainsi, dans l'arrêt Industries de poudres sphériques, la TPI a relevé que « *le fait que la requérante ne puisse pas, vraisemblablement du fait de ses coûts de transformation plus élevés,*

rester concurrentielle dans la vente du produit dérivé ne saurait justifier la qualification des pratiques de prix de [l'opérateur dominant] d'abusives. À cet égard, il convient de souligner qu'un producteur, même en position dominante, n'est pas obligé de vendre ses produits au-dessous de ses coûts de production²⁶⁷». En effet, dans ce type de circonstances, le juge communautaire relève que « le fait que les clients d'IPS ne soient pas prêts à supporter le supplément de prix provenant des coûts de transformation plus élevés d'IPS découle soit de ce que son produit étant équivalent à celui de ses concurrents, il est trop cher pour le marché et elle n'est donc pas suffisamment efficace dans sa production pour survivre sur le marché, soit de ce que, son produit étant meilleur que celui de ses concurrents et fabriqué efficacement, il n'est toutefois pas suffisamment apprécié par les clients pour justifier son offre sur le marché²⁶⁸».

De manière parallèle, dans sa décision Tenor, le Conseil de la concurrence a également adopté l'approche de l'opérateur aussi efficace, en rejetant la référence aux coûts d'opérateurs plus efficaces que l'opérateur dominant pour mesurer l'existence d'un effet de ciseau dans les termes suivants : « L'interdiction de pratiques ayant pour effet l'exclusion de concurrents sur un marché ne peut être limitée aux pratiques qui n'excluraient que des concurrents plus efficaces que l'entreprise en position dominante qui les met en œuvre. Elle doit s'étendre à celles qui ont pour effet d'exclure des concurrents au moins aussi efficaces que lui car les tarifs de détail qui, compte tenu [du prix amont], ne permettent pas à un concurrent ayant les mêmes coûts que France Télécom de faire des offres compétitives, l'accès au marché étant donc réservé à des concurrents plus efficaces, élèvent des barrières à l'entrée [...]». La Cour de cassation, dans son arrêt le plus récent sur cette affaire²⁶⁹, a validé cette approche, jugeant qu'« une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes».

Enfin, le TPI a relevé dans l'arrêt Deutsche Telekom que la référence aux coûts de l'opérateur dominant permet d'assurer que celui-ci a en sa possession tous les éléments nécessaires pour vérifier la légalité de son comportement : « Il y a lieu d'ajouter que toute autre approche risquerait de violer le principe général de sécurité juridique. En effet, si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements. »

Il en découle que lorsque la structure tarifaire adoptée par un opérateur dominant engendre un effet de ciseau tarifaire au sens du droit de la concurrence, la branche aval de l'opérateur intégré, si elle devait acquérir le bien intermédiaire au prix facturé par la branche amont, réaliserait des pertes en vendant le bien final. Il s'ensuit qu'une entreprise non intégrée qui aurait les mêmes coûts sur le marché

267. Arrêt du TPICE du 30 novembre 2000, affaire T-5/97, Industrie des poudres sphériques (Rec. 2000, p. II-3755), § 175.

268. *Id.*, § 185.

269. Arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2009.

aval et qui devrait se fournir auprès de la branche amont de l'opérateur intégré pour la prestation intermédiaire, ne pourrait pas opérer de manière viable : « Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs se trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique » (arrêt Deutsche Telekom). Le test du « concurrent aussi efficace » ne se réfère donc pas à un concurrent réel, mais à un concurrent hypothétique qui aurait les mêmes coûts et la même structure de clientèle sur le marché aval que l'opérateur verticalement intégré. Le test consiste à vérifier qu'un tel concurrent pourrait profitablement répliquer les tarifs de détail de l'opérateur intégré.

Le choix d'un concept de coût détermine l'espace économique qui doit être laissé aux concurrents non intégrés sur le marché aval, cet espace étant mesuré par la différence des tarifs amont et aval de l'opérateur intégré. Imposer un espace économique large favorise l'entrée sur ce marché, mais peut se traduire par des prix de détail plus élevés : plus on retient un coût élevé sur le marché aval, plus le prix de détail de l'opérateur intégré doit être élevé, à niveau donné du tarif de la prestation intermédiaire, pour satisfaire le test de ciseau. La décision Telefónica²⁷⁰ et la Communication sur l'application de l'article 82 du traité CE publiée en 2008 par la Commission²⁷¹ indiquent que la mesure de coût pertinente pour cet examen est le coût moyen incrémental de long terme (CMILT). Celui-ci comprend tous les coûts associés à la production du volume total d'un produit donné²⁷² ; il s'obtient comme la différence entre les coûts totaux effectivement supportés pour la production de l'ensemble des biens et services commercialisés en aval et les coûts qui seraient engagés si le produit considéré n'était plus fabriqué, la production demeurant inchangée pour les autres produits. Ce coût comprend non seulement les coûts directs associés au produit considéré, qu'ils soient fixes ou variables en fonction des quantités, mais aussi la part des coûts communs imputables à l'activité en question.

Le Conseil de la concurrence a également adopté ce concept de coût dans l'affaire Tenor : « Le coût moyen encouru par un opérateur aussi efficace que France Télécom pour la fourniture de ces services a été limité au seul coût incrémental : il s'agit donc d'une évaluation basse. Ainsi, l'opérateur disposant d'un réseau longue distance en propre et acheminant diverses catégories de trafic téléphonique ne supporte pas de coût incrémental d'acheminement pour le trafic fixe vers mobile. [...]. Le coût incrémental est donc limité : à la contribution au service universel ; à la charge de terminaison d'appel de [France Telecom Mobiles] (tarif amont) ; aux coûts non techniques (impayés et frais commerciaux). » Le critère du coût incrémental permet aux consommateurs de bénéficier des économies de gamme réalisées par l'opérateur dominant entre ses différentes activités en aval. Si le bien final considéré est produit en utilisant une infrastructure existante qui sert également pour d'autres activités, seuls les coûts

270. § 318.

271. Communication de la Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* (2009).

272. À la différence du coût marginal, qui ne considère que la dernière unité produite.

attribuables au bien final concerné sont pris en compte. Il peut ainsi arriver que le coût incrémental se réduise aux seuls coûts commerciaux de l'opérateur intégré. L'efficacité propre à la structure de coût d'un opérateur historique peut ainsi être transmise aux consommateurs et les entreprises concurrentes sont incitées à investir pour entrer sur les marchés en aval²⁷³.

Le périmètre pertinent des coûts et des recettes

Pour apprécier l'effet d'exclusion de la tarification d'un opérateur intégré, un test de ciseau compare les coûts et les recettes d'une entreprise efficace qui souhaite répliquer les offres de l'opérateur intégré. Les recettes doivent donc, en principe, comprendre l'ensemble des sources de revenu accessibles à un concurrent potentiel d'efficacité égale sur le marché aval. Elles proviennent de la vente du ou des produits susceptibles d'intéresser les consommateurs : le périmètre précis des produits concernés est donc déterminé par la demande exprimée par les consommateurs ; il est lié à la délimitation du marché de produit en aval.

Ainsi, dans l'affaire Telefónica, le test de ciseau a été effectué sur une base agrégée, en tenant compte d'une combinaison de différents services commercialisés par Telefónica sur le marché de détail. Cette approche est fondée sur le principe selon lequel les concurrents sur le marché aval doivent être en mesure de répliquer profitablement les offres de détail de l'entreprise intégrée. Les revenus pour cette dernière sur le marché aval provenaient de trois sources : les frais fixes d'installation payés par les usagers lors de l'activation de la ligne, les frais initiaux afférents à l'équipement (modem), et les abonnements mensuels, composés d'une partie fixe et d'une partie variable fonction de la quantité de services effectivement demandés par ces usagers, notamment les appels téléphoniques.

En revanche, dans l'affaire Deutsche Telekom, la Commission, suivie en cela par le TPI, a exclu du périmètre des recettes à prendre en compte les revenus tirés des appels passés par les abonnés. Elle a justifié ce choix en s'appuyant sur la réglementation en vigueur. Historiquement, les revenus tirés des communications (notamment longue distance) compensaient le niveau faible des abonnements. Les directives communautaires du « *paquet télécom* » préconisaient un rééquilibrage tarifaire (hausse des abonnements et baisse du prix des communications longue distance) pour réduire les subventions croisées entre les deux types de services et permettre ainsi l'entrée de concurrents sur le marché de l'accès. La Commission et le TPI ont ainsi pu considérer qu'autoriser des compensations entre prix des appels et prix des abonnements ne serait pas cohérent avec les principes qui sous-tendent la libéralisation du secteur.

Dans l'affaire Tenor, le Conseil reprochait aux groupes France Télécom et Cegetel d'avoir proposé aux entreprises moyennes et aux « grands comptes », entre 1999 et 2001, *via* leur branche de téléphonie fixe (respectivement France Télécom et Cegetel), des offres de détail *fixes vers mobiles* à des tarifs qui ne couvraient pas

273. Pour plus de détails sur cette question, voir *infra* « Ouverture des marchés et dynamique des investissements ».

les coûts variables encourus pour la fourniture de ces prestations, parmi lesquels la charge de terminaison d'appel (CTA) facturée par leur branche de téléphonie mobile (respectivement FTM, devenue Orange, et SFR). Le Conseil a considéré que, par cette pratique, chacune des deux entreprises abusait de la position dominante qu'elle détenait sur le marché amont de la terminaison des appels sur son réseau mobile. Comme dans l'affaire Deutsche Telekom précédemment citée, l'une des entreprises mises en cause soutenait que le périmètre des recettes pris en compte dans le test devait être plus large, ce qui réduisait d'autant la probabilité de conclure à un effet de ciseau. En l'espèce, Cegetel faisait valoir que les offres incriminées s'inscrivaient dans le cadre d'offres globales, dont la téléphonie *fixe vers mobile*, et, *a fortiori*, les communications fixes vers SFR, ne représentaient qu'un élément; pour Cegetel, la rentabilité globale de ses offres ne faisait pas de doute. Le Conseil a admis que la demande de communications *fixes vers mobiles* porte, *a priori*, sur les trois réseaux destinataires des appels puisque l'appelant n'a pas le choix du réseau mobile de son interlocuteur. Mais il a également relevé qu'en ce qui concerne les entreprises, le même décideur choisit le prestataire pour les communications fixes et le réseau de la flotte de mobiles de l'entreprise, les communications fixes vers les mobiles de la flotte constituant une part importante de l'ensemble des communications *fixes vers mobiles* de l'entreprise. Le tarif des communications fixes vers les mobiles du réseau de la flotte constitue donc un critère important dans la sélection du prestataire pour l'ensemble des services de téléphonie fixe. Il a donc rejeté l'analyse de Cegetel : « *Les entreprises clientes (surtout de taille moyenne) retiennent fréquemment le même fournisseur pour l'ensemble du trafic téléphonique, en portant une attention particulière aux tarifs pratiqués sur le trafic fixe vers mobile, de sorte que chaque opérateur intégré peut s'appuyer sur des tarifs attractifs sur le trafic fixe vers mobile destiné à son réseau GSM pour remporter, par effet de levier, des clients sur l'ensemble du trafic fixe vers mobile voire sur l'ensemble du trafic de téléphonie fixe.* » Dès lors, un ciseau tarifaire entre les tarifs des communications fixes vers les mobiles d'un réseau donné et la CTA de ce réseau est susceptible d'évincer les offres des concurrents; il est donc justifié d'apprécier l'effet de ciseau sur le périmètre des tarifs offerts par France Télécom et SFR-Cegetel pour les communications *fixes vers mobiles* à destination de leur propre réseau.

Niveau de segmentation et d'agrégation

Les trois composantes d'un test de ciseau (recettes amont, recettes aval, coût incrémental en aval) peuvent dépendre de manière complexe des quantités produites ou consommées. Lorsque les recettes ou les coûts varient de manière non linéaire avec les quantités, il n'est pas possible de déterminer le niveau unitaire des recettes ou des coûts en divisant simplement les recettes ou les coûts totaux par les quantités. Une segmentation, parfois fine, de la clientèle de l'opérateur intégré peut être nécessaire pour évaluer les recettes et les coûts. Les trois composantes du test sont alors évaluées sur des profils de clients : on calcule les coûts et les recettes pour chaque profil, mais le test s'apprécie et s'interprète en moyenne, de manière agrégée, sur l'ensemble de la clientèle de l'opérateur intégré.

Cette approche autorise des compensations entre groupes de clients, lesquelles reflètent l'équilibre économique des contrats de l'opérateur intégré. Dans l'affaire Tenor, le Conseil a effectué le test pour 19 profils de consommation, en considérant, pour chacun d'entre eux, l'offre la plus avantageuse de l'opérateur intégré : « *La segmentation opérée entre 9 profils de consommation pour les entreprises moyennes et 10 profils pour les "grands comptes" n'a pas pour objet d'identifier un effet de ciseau pour chacun de ces profils mais de mesurer cet effet de ciseau en fonction d'un calcul aussi précis que possible des revenus des offres mises en cause et de leurs coûts, ceux-ci étant fonction des profils de consommation des entreprises. Cette précision n'a pas pour effet d'accroître artificiellement la probabilité de trouver un effet de ciseau dans la mesure où celui-ci est apprécié en moyenne, sur l'ensemble des profils.* » Dans ce cas d'espèce, il s'avérait que, pour la quasi-totalité des profils examinés, la marge était négative; la marge moyenne qu'un opérateur aussi efficace pouvait réaliser était donc négative.

Une logique similaire est à l'œuvre dans la notion de « *concurrence effective* » utilisée par le Conseil dans la décision de mesure conservatoire 00-MC-01 du 18 février 2000, par laquelle il a enjoint à France Télécom « *de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes* ». Saisi pour non-respect d'injonction, le Conseil a examiné, sous de nombreuses hypothèses, la présence d'un effet de ciseau entre la prestation intermédiaire proposée par France Télécom (« *option 3* ») et les offres aux fournisseurs d'accès à Internet (« *option 5* »). Il a constaté que « *seul un opérateur ayant adressé son offre aux FAI spécialisés dans la clientèle professionnelle, ou ayant circonscrit son offre à une partie limitée du territoire national, ou ayant eu comme client un FAI ayant conquis plus d'abonnés ADSL que Wanadoo, aurait réalisé une marge positive sur le tarif ADSL Connect ATM, tel que proposé par France Télécom le 1^{er} décembre 2000, augmenté de ses coûts propres* ». Un opérateur aussi efficace ne pouvait donc concurrencer les offres de France Télécom que sur certains segments de marché particulièrement profitables; un tel opérateur ne pouvait pas répliquer la politique tarifaire et la structure de clientèle de l'opérateur historique. Le Conseil en a conclu que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction prononcée dans la décision 00-MC-01.

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 11 janvier 2005, a confirmé l'approche du Conseil : c'est au niveau agrégé que s'apprécie la notion de « *concurrence effective* ». Il ne suffit pas que les opérateurs tiers efficaces puissent conquérir certaines « niches » de marché : « *Eu égard à l'exigence de concurrence effective, formulée dans l'injonction de manière générale et sans réserve ou restriction particulière concernant une zone géographique délimitée, la requérante [France Télécom] n'est pas fondée à revendiquer le bénéfice d'une exception qui n'a pas été prévue par le Conseil.* » Le résultat d'un test de ciseau doit donc être présenté pour l'ensemble du marché, sur la base de la structure globale de clientèle de l'opérateur intégré.

Le juge communautaire reconnaît également qu'il convient de réaliser un test de ciseau sur la seule base du portefeuille de clientèle de l'opérateur dominant. Ainsi, le TPI a considéré que « *l'argument [...] selon lequel [l]es concurrents [de l'opérateur dominant] ne cherchent pas à reproduire sa propre structure de clientèle [...] est inopérant* » (Deutsche Telekom, § 194).

L'affaire Direct Énergie offre une autre illustration de la problématique de la segmentation et de l'agrégation de la demande finale. Dans ce cas, le produit intermédiaire était l'énergie de base d'origine nucléaire et le bien final la fourniture de l'électricité aux petits clients professionnels ayant exercé leur éligibilité²⁷⁴. Le Conseil, dans la décision de mesures conservatoires 07-MC-04 ainsi que dans la décision 07-D-43 acceptant les engagements proposés par EDF, a effectué des tests de ciseau tarifaire pour vérifier qu'un fournisseur alternatif s'approvisionnant auprès d'EDF en électricité de base pouvait concurrencer les offres de détail de l'opérateur historique sur le marché libre. Il a, une nouvelle fois, précisé que le ciseau ne s'apprécie pas sur des sous-populations particulières, mais sur le portefeuille complet des clients de l'opérateur intégré : « *Sur un marché de détail où le portefeuille de clients finals de l'opérateur en cause est caractérisé par des coûts différents en fonction de la consommation des clients concernés, le calcul du coût du ruban pris en compte pour l'analyse de la pratique de ciseau tarifaire doit être fait à partir des consommations effectives de l'ensemble des clients du portefeuille. Ce calcul ne saurait, en effet, se limiter aux seuls coûts de certains clients particuliers, dans la mesure où l'économie générale de l'activité de fournisseur au détail repose sur la compensation qui peut s'opérer entre la consommation des clients les plus importants et de ceux qui le sont moins.* » Telle était également l'approche adoptée en l'espèce par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) dans les calculs de ciseau versés au dossier : « *Ces calculs révèlent en effet que, partant d'un certain prix de gros payé pour couvrir le ruban annuel, les marges positives générées par les ventes à certains clients finals au prix de détail d'EDF peuvent, dans certains cas, compenser les marges négatives générées par d'autres clients et suffire à assurer en moyenne une activité bénéficiaire sur la totalité du portefeuille.* » Un test de ciseau tarifaire n'impose pas que la marge d'un fournisseur alternatif efficace en aval soit positive sur chaque type de client, mais seulement qu'elle soit positive, en moyenne, sur l'ensemble de la clientèle de l'opérateur dominant.

Test période par période et valeur nette actualisée

Le Conseil de la concurrence a toujours effectué le test de ciseau période par période. La Commission européenne a présenté dans l'affaire Telefónica, outre cette méthode statique, une méthode dynamique prenant en compte les évolutions du secteur concerné. La méthode période par période consiste à comparer, pour chaque mois ou pour chaque année, les revenus et coûts observés, extraits des comptes de l'entreprise, dans lesquels les investissements sont amortis suivant des règles comptables. La méthode de la valeur nette actualisée évalue quant à elle la profitabilité globale de l'activité de l'entreprise sur une période de plusieurs

²⁷⁴. Ces clients sont ceux qui ont choisi des offres de fourniture d'électricité à des tarifs non réglementés.

années, en tenant compte de la croissance escomptée de l'activité. Elle somme et actualise les flux de revenus et de coûts futurs, le taux d'actualisation utilisé étant le coût moyen pondéré du capital de l'opérateur dominant. Elle obtient ainsi un indicateur unique de profitabilité : la valeur nette actualisée (VNA).

La méthode de la VNA, par essence dynamique, peut être plus appropriée qu'une approche statique pour les marchés naissants ou en forte croissance. En effet, dans ce cas, il est raisonnable de considérer que l'opérateur dominant, lorsqu'il construit sa politique de prix, anticipe des baisses futures de coûts, résultant d'économies d'échelle à venir, de phénomènes d'apprentissage ou d'innovations technologiques. De plus, cette méthode, qui agrège les flux de recettes et de coûts sur une longue période, ne spécifie pas la manière dont les recettes doivent couvrir les coûts au cours du temps : elle est donc moins sujette à d'éventuelles distorsions comptables que l'approche période par période. Cette dernière demande en effet d'imputer les coûts à chaque mois ou à chaque année, ce qui, en pratique, repose sur des règles comptables d'amortissement, lesquelles ne reflètent pas nécessairement la réalité technique et économique.

Cependant, la méthode de la VNA présente des difficultés pratiques et d'interprétation. En premier lieu, elle nécessite de s'entendre sur l'évolution prévisible *ex ante* des recettes et des coûts de l'opérateur dominant. En second lieu, une VNA positive peut résulter de la hausse anticipée au cours du temps des revenus et des profits de l'opérateur intégré. Mais il est difficile de savoir si une telle hausse résulte de l'évolution normale du marché ou, au contraire, d'une stratégie d'exclusion réussie. Lorsque l'entrée sur le marché amont est possible, la méthode période par période a l'avantage de tenir compte du caractère graduel de l'entrée : à un instant donné, les concurrents doivent pouvoir prendre pied sur le marché aval, afin de pouvoir, ensuite, envisager d'investir en amont dans des infrastructures qui les affranchiront de leur dépendance vis-à-vis de l'entreprise dominante.

Ces deux approches peuvent également être appliquées pour construire un test de prédation²⁷⁵. Dans son arrêt confirmant la décision Wanadoo²⁷⁶, le TPI a indiqué que la Commission dispose d'une marge d'appréciation dans le choix de la méthode de calcul et que c'est à l'opérateur en cause de démontrer que la méthode retenue par la Commission est illégale.

Dans l'affaire Telefónica, la Commission a effectué deux tests de ciseau, l'un basé sur l'approche période par période, l'autre sur la méthode de la valeur nette actualisée. Dans ce cas particulier, les deux méthodes conduisaient à la même conclusion.

D'une manière générale, l'appréciation d'un effet de ciseau demande parfois d'adopter certaines hypothèses ou de faire certains choix méthodologiques²⁷⁷.

275. Un test de prédation diffère d'un test de ciseau, en ce qu'il considère les coûts réels supportés en amont par l'opérateur intégré, en lieu et place du tarif de gros facturé aux entreprises tierces, cf. *infra* « Ciseaux tarifaires et comportements stratégiques ».

276. Décision de la Commission du 16 juillet 2003 (COMP/38 233 – Wanadoo Interactive), confirmée par l'arrêt du TPI du 30 janvier 2007, affaire T-340/03.

277. C'est le cas par exemple dans l'affaire Connect ATM.

Lorsque différents choix ou différentes hypothèses apparaissent également réalistes, plusieurs variantes du test doivent être effectuées : la robustesse du résultat est alors un élément d'appréciation essentiel.

L'examen des effets de ciseau au regard du droit de la concurrence

L'article L. 420-2 du Code de commerce mentionne des exemples de pratiques susceptibles de constituer des abus de position dominante. La liste indicative comprend notamment la discrimination et le refus de vente, qui ne sont pas sans lien avec les pratiques de ciseau tarifaire²⁷⁸ ; mais celles-ci ne sont pas explicitement mentionnées. En droit communautaire, le fondement juridique du grief de ciseau est l'article 82 a) du traité CE : « *Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables.* » Ainsi, dans la décision Deutsche Telekom, confirmée par le TPI, la Commission a constaté que « *Deutsche Telekom abuse de sa position dominante sur les marchés en cause pour l'accès direct à son réseau de téléphonie fixe. Cet abus réside dans la fixation de prix non équitables pour l'accès des concurrents aux prestations intermédiaires et pour l'accès à la boucle locale, et il répond donc aux conditions définies à l'article 82, point a), du traité* ». De même, la Commission a conclu, dans la décision Telefónica, que l'opérateur historique espagnol avait enfreint l'article 82 du traité CE en imposant des prix « non équitables » qui se traduisaient par un écart insuffisant entre ses prix de gros et de détail pour l'accès à une connexion haut débit.

Pour qu'une pratique de ciseau tarifaire soit contraire au droit de la concurrence, il ne suffit pas que le test donne, de manière robuste, un résultat négatif. Il faut encore que plusieurs conditions relatives à l'entreprise mise en cause et la structure des marchés soient vérifiées. L'entreprise concernée doit disposer d'une position dominante sur le marché amont ; dans les affaires récentes, l'entreprise intégrée visée par les griefs possédait un pouvoir de marché très important en amont, voire une position de monopole non contestable. Le bien intermédiaire doit être objectivement nécessaire aux opérateurs tiers pour qu'ils exercent une concurrence effective sur ce marché aval. L'entreprise dominante doit être intégrée verticalement et, lorsque les marchés sont soumis à régulation, elle doit jouir d'un degré suffisant d'autonomie dans sa politique tarifaire. Lorsque toutes ces conditions sont vérifiées, l'effet potentiel d'exclusion est présumé et l'autorité de la concurrence n'a pas la charge de prouver l'existence d'effets réels. La pratique est alors considérée comme abusive, sauf si l'entreprise mise en cause peut démontrer qu'elle est objectivement justifiée.

²⁷⁸. Cf. *infra*.

La position de l'opérateur intégré sur les différents marchés

La source du pouvoir de marché sur lequel s'appuie l'effet anticoncurrentiel d'une pratique de ciseau se situe en amont. Les autorités de concurrence doivent donc établir que l'entreprise intégrée détient une position dominante sur le marché de la prestation intermédiaire.

Dans l'affaire Napier-Brown, l'opérateur intégré, British Sugar, détenait environ 60 % du marché de gros de sucre cristallisé, mais ce chiffre ne reflétait pas l'ampleur réelle de son pouvoir de marché. Celui-ci était renforcé par des raisons propres à la structure de l'industrie²⁷⁹. Dans les affaires concernant le secteur des télécommunications qui ont suivi, la position dominante de l'opérateur intégré sur le ou les marchés amont n'était pas contestée, qu'il s'agisse de celle de Telefónica sur les marchés de gros de l'accès au niveau régional ou national ou de celle de Deutsche Telekom sur le marché des prestations intermédiaires d'accès à la boucle locale. Dans les deux cas, le dégroupage débutait à peine, les parts de marché de l'opérateur historique étaient supérieures à 80 % en amont et les barrières à l'entrée restaient très élevées.

De même, dans tous les dossiers de ciseau traités par le Conseil, l'entreprise intégrée détenait une position dominante, voire quasi monopolistique, sur le marché amont. Dans l'affaire Connect ATM, la position dominante de France Télécom sur la boucle locale (et son prolongement sur jusqu'au Broadband Access Server exclu) ne faisait pas discussion. La même remarque vaut dans l'affaire Tenor s'agissant du monopole des opérateurs mobiles pour terminer les appels sur leur réseau. De même, dans l'affaire Direct Énergie, le Conseil a relevé qu'EDF disposait de 87 % des capacités de production d'électricité en France, qu'elle avait généré 88 % de la production totale en 2006, dont 100 % de la production nucléaire. Il a ainsi pu considérer, au stade des mesures conservatoires, qu'EDF était susceptible de détenir une position dominante sur le marché de la production d'électricité ainsi que sur le marché de la vente d'électricité en gros.

En revanche, la jurisprudence n'impose pas, pour qu'une pratique de ciseau soit contraire au droit de la concurrence, que l'opérateur intégré soit en position dominante sur le marché aval. Ainsi, dans la décision Tenor, le Conseil a pu sanctionner le groupe Cegetel-SFR alors que Cegetel n'était pas en position dominante sur le marché aval des appels *fixes vers mobiles* : « *L'abus de position dominante que constitue une pratique de ciseau tarifaire trouve sa source, en l'espèce, à l'amont, dans la position monopoliste de SFR quant à la terminaison des appels destinés à son réseau lorsque les solutions de contournement ne sont pas significativement disponibles. L'abus dû au ciseau a lieu, à l'aval, au détriment des concurrents de Cegetel ne disposant pas d'un réseau intégré. La position minoritaire de Cegetel sur le marché aval ne change en rien l'objet de la pratique mais, éventuellement, l'importance de son effet.* »

²⁷⁹. Les possibilités d'importations étaient limitées à cause des coûts de transports ; British Sugar détenait la totalité des quotas de production attribués à la Grande-Bretagne par la CEE, créant un obstacle majeur à l'entrée de nouveaux opérateurs ; son principal concurrent supportait des coûts de raffinage plus élevés que les siens.

De même, la Commission a rappelé dans la décision Telefónica (§ 284) que la dominance en aval n'est pas nécessaire pour caractériser un abus sur la base d'un ciseau tarifaire. Conformément à l'arrêt Tetra Pak II de la Cour de justice²⁸⁰, le fait que le comportement abusif d'une entreprise dominante ait ses effets sur un marché distinct de celui qu'elle domine ne l'exonère pas de l'applicabilité de l'article 82 du traité CE. Ce raisonnement s'applique pleinement dans le cas des pratiques de ciseau, qui trouvent leur source en amont et leurs effets en aval. Le lien de causalité entre la pratique et l'effet d'éviction en aval provient de l'intégration verticale de l'opérateur dominant et de la nécessité du bien intermédiaire pour construire des offres de détail attractives.

La nécessité de la prestation intermédiaire pour l'exercice de la concurrence en aval

La jurisprudence française et communautaire en matière de ciseau tarifaire²⁸¹ ne fait pas allusion au concept de facilité essentielle. Pour établir qu'une pratique de ciseau est contraire au droit de la concurrence, les autorités n'ont pas la charge de démontrer le caractère « strictement nécessaire » de la prestation intermédiaire pour produire le bien final. Elles doivent seulement établir que les concurrents opérant en aval ont besoin de cette prestation pour exercer une pression concurrentielle sur l'opérateur intégré. Ainsi, l'arrêt Deutsche Telekom du TPI indique : « *Eu égard au fait que les prestations intermédiaires de la requérante sont ainsi indispensables pour permettre à un de ses concurrents d'entrer en concurrence avec elle sur le marché en aval des services d'accès pour les abonnés, un effet de ciseaux entre les tarifs des prestations intermédiaires et les tarifs de détail de la requérante entravera en principe le développement de la concurrence sur les marchés en aval.* » Le TPI vise expressément la capacité des entreprises non intégrées à animer la concurrence sur le marché aval. De même, la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 mars 2009 relatif à l'affaire Tenor, indique qu'« *une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval.* » Comme le TPI, la Cour de cassation met l'accent sur la capacité des opérateurs aussi efficaces que l'entreprise intégrée à concurrencer cette dernière.

Si la prestation intermédiaire est strictement nécessaire pour opérer en aval, elle est, *a fortiori*, nécessaire pour concurrencer l'opérateur intégré. En pratique, il peut exister des sources d'approvisionnement alternatives qui, si elles permettent de produire le bien final, ne permettent pas de construire des offres de détail assez attractives pour concurrencer effectivement celles de l'opérateur intégré. La qualification d'infrastructure essentielle est donc une condition suffisante, mais non

280. Arrêt de la CJCE du 14 novembre 1996, affaire C-333/94.

281. Affaires Napier Brown, Deutsche Telekom, Telefónica, Tenor.

nécessaire, pour établir la nécessité objective de la prestation intermédiaire pour l'exercice de la concurrence en aval.

Dans les affaires concernant les offres d'accès à Internet, les opérateurs alternatifs ne pouvaient pas éviter de s'adresser à l'opérateur historique détenteur de la boucle locale. Ainsi, dans sa décision Telefónica, la Commission a souligné toutes les raisons économiques et techniques pour lesquelles les autres réseaux permettant de fournir des accès haut débit sur le territoire espagnol (câble et boucles radio) ne pouvaient pas constituer des solutions alternatives au réseau de l'opérateur historique. La Commission a conclu : « *La duplication d'un réseau d'accès local d'étendue nationale n'étant pas économiquement viable, un opérateur souhaitant fournir des services de détail d'accès à Internet à large bande sur tout le territoire espagnol n'a pas d'autre choix que d'avoir recours aux offres ADSL de gros qui s'appuient toutes sur le réseau d'accès à la boucle locale de Telefónica*²⁸². »

Dans cette affaire, l'opérateur historique soutenait que le ciseau tarifaire qui lui était reproché équivalait à un refus de vente et, en conséquence, que la jurisprudence sur les facilités essentielles, notamment l'arrêt Oscar Bronner de la CJCE²⁸³, devait s'appliquer. La Commission a répondu que l'argument était sans objet, la question de l'accès obligatoire au réseau étant déjà tranchée par la loi en vigueur. Lors de l'adoption de ces dispositions, les pouvoirs publics avaient procédé au nécessaire arbitrage entre incitations à l'investissement et bénéfices de l'ouverture des marchés aval (cf. *infra*) :

« *Cette obligation lui a été imposée dans le but de favoriser la concurrence et les intérêts des consommateurs. Les considérations qui constituent le fondement de la législation espagnole en conformité avec la réglementation communautaire indiquent clairement que l'obligation imposée à Telefónica de fournir les prestations intermédiaires pertinentes est le résultat de la mise en balance, par les pouvoirs publics, des facteurs incitant Telefónica et ses concurrents à investir et à innover. En l'espèce, la nécessité de stimuler la concurrence en aval sur le long terme en imposant l'accès aux infrastructures de Telefónica l'emporte sur le besoin de préserver ses incitations ex ante à investir et exploiter pour son bénéfice les infrastructures en question*²⁸⁴. »

Dans l'affaire Connect ATM, le ciseau tarifaire avait succédé à un refus de vente : « *La pratique reprochée à France Télécom a consisté à refuser l'accès de ses concurrents au point de branchement de l'option 3 (entre DSLAM et Broadband Access Server), en s'abstenant d'ouvrir le service de l'option 3 du 9 novembre 1999 au 1^{er} décembre 2000, puis, une fois le service ouvert, en maintenant l'effet de ciseau tarifaire entre le coût de*

282. Décision Telefónica. Traduction libre du § 74 : « *An undertaking wishing to provide broadband access to the end-users throughout the Spanish territory has no other option, save the economically not viable roll-out of an alternative nation-wide access network, but to contract one of the wholesale ADSL services available on the market, which are all built on [Telefónica]'s access network consisting of ADSL enabled local loops.* »

283. Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998 dans l'affaire C-7/97 Bronner (Rec. 1998, p. I-7791).

284. Décision Telefónica. Traduction libre du § 303 : « *This duty has been established with a view to promoting competition and the consumer interest. It is clear from the considerations underlying both the EC and Spanish law and regulation that Telefónica's duty to supply the relevant upstream products results from a balancing by the public authorities of the incentives of Telefónica and its competitors to invest and innovate. This is because the need to promote downstream competition in the long term by imposing access to Telefónica's upstream inputs exceeds the need to preserve Telefónica's ex ante incentives to invest in and exploit the upstream infrastructure in question for its own benefit.* »

ce service et celui de l'option 5.» Dans cette affaire, le Conseil a établi l'existence du refus de vente en vérifiant que le plaignant avait demandé l'accès à l'opérateur intégré et que celui-ci n'avait pas donné suite à cette demande. Le Conseil a également établi que le refus de vente de France Télécom portait sur une infrastructure essentielle, en vérifiant que les conditions suivantes étaient vérifiées :

- l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante);
- l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante);
- l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère;
- l'accès à l'infrastructure est possible.

Dans l'affaire Connect ATM, la qualification d'infrastructure essentielle étant acquise, la nécessité objective de la prestation pour l'exercice de la concurrence en aval l'était *a fortiori*.

Dans l'affaire Tenor, la prestation intermédiaire consistait en la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles de SFR et France Télécom. Durant certaines périodes, les entreprises non intégrées ont pu contourner l'interconnexion directe de deux manières : en envoyant le trafic collecté vers l'étranger (« *reroutage international*²⁸⁵ »); en transformant les appels *fixes vers mobiles* en appels *mobile vers mobile* à l'aide de « *mobile boxes* » ou « *hérissons*²⁸⁶ ». Ces solutions permettaient de faire aboutir l'appel sur le réseau mobile destinataire sans devoir acquitter la charge de terminaison correspondante. Le Conseil a observé que « *le reroutage a cessé de constituer une solution alternative effective à [l'interconnexion directe] à partir d'avril 1999 et que les mobile box n'ont constitué une solution alternative effective à l'interconnexion directe qu'à partir du début de 2002* ». Le Conseil a exclu du grief les périodes pendant lesquelles des possibilités de contournement existaient : « *Le test de ciseau tarifaire est pertinent sur la période avril 1999 à fin 2001 car, durant cette période, les opérateurs alternatifs sur le fixe ne disposaient pas de moyens permettant de significativement échapper à l'obligation d'acquitter la CTA imposée par les opérateurs GSM du fait de leur position dominante.* » Cette approche a ensuite été validée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mai 2006, censurant un premier arrêt de la cour d'appel de Paris dans laquelle celle-ci avait considéré qu'il incombait au Conseil de démontrer que les opérateurs alternatifs étaient contraints de recourir à la prestation en cause²⁸⁷. Selon la Cour de cassation : « *Il appartenait [à la cour d'appel] de rechercher, non si le Conseil avait établi que les nouveaux opérateurs*

285. Les conventions passées avec certains opérateurs à l'étranger prévoyaient des reversements peu élevés (environ huit fois moindres que pour les appels nationaux) pour la terminaison des appels internationaux sur les réseaux mobiles de France Télécom.

286. Cette transformation était profitable, car les opérateurs GSM pratiquaient des tarifs de détail inférieurs au prix des appels *fixes vers mobiles*.

287. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 avril 2005.

de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de "ciseau tarifaire" [mises en œuvre] avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet, notamment après la signature par France Télécom d'accords de surcharge tarifaire vers mobiles avec les principaux pays au travers desquels le trafic était "rerouté", de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises, la Cour d'appel a méconnu les dispositions [des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 CE]²⁸⁸.»

Dans un deuxième arrêt sur cette affaire²⁸⁹, la cour d'appel de Paris, confirmant cette fois la décision du Conseil, a qualifié le reroutage international de solution de contournement « *techniquement aberrante* » et a considéré que cette observation « *suffi[sait] à établir qu'il n'y avait lieu d'y recourir que pour contourner un obstacle lui-même paradoxal* ». La cour d'appel a par ailleurs estimé que les efforts de France Telecom tendant à limiter l'usage de ce contournement²⁹⁰ « *éclairaient sa pratique de prix en montrant son intérêt à préserver l'efficacité de sa pratique de ciseau tarifaire* ». La Cour de cassation, dans son arrêt précité du 3 mars 2009, a cassé ce deuxième arrêt de la cour d'appel, estimant que cette dernière n'avait pas établi que « *les pratiques de la société France Télécom avaient eu pour résultat de rendre indispensable, pour les opérateurs de téléphonie fixe souhaitant présenter à leurs clientèles des prestations relatives aux appels fixes vers mobiles, l'interconnexion directe aux réseaux de téléphonie mobile des sociétés France Télécom et SFR ou, dans le cas où des possibilités de reroutage continuaient d'exister, que les pratiques de "ciseau tarifaire" des sociétés France Télécom et SFR avaient eu ou pu avoir pour effet d'entraîner des pertes pour des concurrents aussi efficaces qu'elles sur le marché des appels fixes vers mobiles* ». Ce dernier développement ne marque pas de changement notable au plan des principes : comme indiqué au début de cette section, la Cour de cassation n'a modifié ni la définition du test de ciseau, ni le standard de preuve correspondant (la nécessité de la prestation intermédiaire pour l'exercice de la concurrence en aval).

L'affaire Connect ATM illustre la proximité des pratiques de ciseau tarifaire et refus de vente, en termes d'effet de verrouillage notamment. Toutefois, ces deux pratiques ne sauraient être confondues, une pratique de ciseau pouvant prendre place indépendamment de tout refus de vente. Ainsi, dans le cas Direct Énergie, l'effet de ciseau survenait alors qu'aucune réglementation ne contraignait l'opérateur intégré à donner accès au bien intermédiaire : EDF avait signé un contrat d'approvisionnement avec un fournisseur alternatif, alors qu'elle n'était soumise à aucune obligation réglementaire de vendre sa production d'électricité à des opérateurs alternatifs et qu'elle disposait d'une entière liberté commerciale dans la détermination de ses offres d'approvisionnement d'électricité en gros. Le Conseil a considéré que si elle avait « *librement contracté avec Direct Énergie, c'est donc qu'EDF avait un intérêt économique à offrir [un tel contrat]* » et, dès lors, qu'il était « *légitime de rechercher si le prix de gros consenti peut être à l'origine d'un effet de ciseau tarifaire*

288. Arrêt de la Cour de cassation, ch. com., du 10 mai 2006.

289. Arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 avril 2008.

290. Ces efforts avaient consisté à négocier des surcharges tarifaires avec les opérateurs étrangers.

subi par le cocontractant». Dans cette affaire, le Conseil a apprécié, conformément aux principes jurisprudentiels, si les sources alternatives d’approvisionnement en électricité de base étaient «*suffisamment significatives*» pour permettre aux fournisseurs alternatifs de proposer des offres de détail compétitives en se passant de l’énergie nucléaire produite par EDF. Les sources alternatives sont les suivantes : *virtual power plants* (VPP, droit de tirage sur un montant de capacité réservé); importations; contrats bilatéraux et achats sur Powernext; investissement dans des moyens de production propres. Le Conseil a conclu qu’il n’apparaissait pas, à ce stade de l’instruction, que «*les produits offerts en gros et la constitution de capacités de production propres constituent des solutions alternatives effectives à l’approvisionnement d’électricité de base auprès d’EDF*».

Au total, la pertinence d’un test de ciseau tarifaire ne peut être exclue, même en présence de sources alternatives d’approvisionnement, dès lors que le caractère insuffisamment significatif de ces sources ne permet pas aux opérateurs non intégrés d’animer la concurrence en aval sans recourir à la prestation ou au bien en cause.

La coordination entre les branches amont et aval de l’opérateur intégré

Les pratiques de ciseau sont, par essence, des pratiques de groupes intégrés. Elles traduisent une stratégie globale et nécessitent la coordination des décisions des branches amont et aval en matière de politique tarifaire. En conséquence, l’examen des pratiques au regard du droit de la concurrence demande d’apprécier l’unité économique de l’entreprise dominante et son degré d’intégration verticale; la forme juridique précise des sociétés en cause est secondaire.

Dans la plupart des affaires de ciseau, l’intégration verticale est évidente, car c’est la même entité qui fournit la prestation intermédiaire aux opérateurs tiers et le service aux consommateurs. C’était le cas par exemple dans l’affaire Deutsche Telekom. Dans l’affaire Telefónica, des filiales distinctes intervenaient aux différents niveaux de la chaîne verticale, mais il n’était pas contesté qu’elles formaient une seule et même entité économique. De même, dans l’affaire Direct Énergie, EDF expliquait que la gestion des activités de production et de commercialisation du groupe était totalement intégrée au sein d’une seule et même entité juridique et comptable.

Dans l’affaire Tenor, les situations des groupes Cegetel et France Télécom étaient moins évidentes. L’opérateur de téléphonie fixe Cegetel et l’opérateur de téléphonie mobile SFR étaient détenus à 80 % par la holding Cegetel Groupe. Autrement dit, les branches amont et aval appartenaient au même groupe, sans que l’une ne soit filiale de l’autre. Le groupe Cegetel mettait en avant la présence d’actionnaires minoritaires au capital de chacune des deux sociétés; on ne pouvait donc pas considérer qu’elles agissaient comme un seul opérateur économique. Le Conseil a cependant relevé que les offres de Cegetel proposaient systématiquement un tarif *fixe vers SFR* moins élevé que le tarif *fixe vers Orange France* alors que les

charges de terminaison d'appel de Orange France et de SFR étaient équivalentes. Le Conseil a conclu :

« Le fait que Cegetel fixe son tarif "fixe vers Orange France" en fonction de ses propres coûts, notamment de la CTA de Orange France, tandis qu'elle ne tient pas compte de la CTA de SFR pour le trafic "fixe vers SFR" est bien la preuve que la politique du groupe est coordonnée, au sens où l'une des branches de l'opérateur (la branche de téléphonie fixe) met en œuvre une politique tarifaire qui prend son sens lorsque les intérêts de l'autre branche sont également pris en compte. La coordination nécessaire à cette stratégie peut prendre place entre deux filiales du même groupe sans que l'une soit filiale de l'autre. »

S'agissant de France Télécom, le Conseil a distingué deux périodes : durant la première, les activités de téléphonie mobile étaient exercées au sein de France Télécom sous la marque Itinériss, dans une division dépourvue de toute personnalité morale; durant la seconde, ces activités étaient exercées au sein de la filiale Orange France. Le Conseil a reconnu que la filiale avait pu acquérir une certaine autonomie vis-à-vis de la maison mère, mais il a relevé que la coordination des tarifs s'était poursuivie après la filialisation. Il a conclu :

« Enfin, en estimant l'autonomie d'Orange France dans les circonstances de l'espèce, le Conseil n'entend pas juger de l'autonomie ou de la non-autonomie d'Orange France au regard de la totalité de ses pratiques possibles. Toute entreprise filiale possède généralement une marge d'autonomie vis-à-vis de sa maison mère. Mais s'agissant, comme en l'espèce, d'une pratique de ciseau, à objet anticoncurrentiel, entre le prix de services fournis par la mère et celui de ceux fournis par la fille, la coordination des deux prix est nécessaire ce qui ne peut être le fait que de la mère. Supposer que la mère et sa fille ont fixé, indépendamment l'une de l'autre, chacune ses prix reviendrait à admettre que l'effet de ciseau ne résulte que du hasard, ce que France Télécom ne soutient pas. »

L'autonomie des entreprises vis-à-vis des lois et réglementations en vigueur

Selon une jurisprudence bien établie, la mise en œuvre de politiques publiques par des entreprises n'est soumise au droit de la concurrence que si les entreprises disposent d'une marge d'autonomie suffisante. Un comportement n'est pas autonome au sens des dispositions du droit de la concurrence lorsqu'il est imposé aux entreprises par la législation nationale ou lorsque celle-ci a éliminé toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part. Dans le cas inverse, le droit de la concurrence s'applique, comme le rappelle la décision Deutsche Telekom : *« L'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. »*

L'Autorité de la concurrence doit apprécier dans quelle mesure la marge de manœuvre de l'opérateur intégré dans la fixation de ses tarifs de gros et de détail lui permet d'éviter de maintenir un effet de ciseau tarifaire. Dans plusieurs affaires, le marché de la prestation intermédiaire était soumis à régulation, mais celle-ci n'allait pas jusqu'à prescrire le niveau du prix amont : la régulation imposait

seulement un prix plafond. L'opérateur intégré restait libre de réduire le niveau en deçà du plafond, et de supprimer ainsi l'effet de ciseau tarifaire. Il pouvait donc en être tenu pour responsable au regard du droit de la concurrence.

Ainsi, dans l'affaire Tenor, France Télécom contestait son autonomie de comportement en faisant valoir que ses activités étaient l'objet de contrôles réglementaires contraignants, qui portaient notamment sur « *le respect des règles de concurrence en matière tarifaire* ». Mais le Conseil a rappelé que « *l'approbation par le ministre compétent de l'offre tarifaire de France Télécom n'a pas pour effet de lui conférer le caractère d'un acte administratif* ». En outre, constatant les baisses successives des charges de terminaison d'appels par les opérateurs intégrés entre les années 1998 et 2002, le Conseil a considéré que ces charges n'étaient pas strictement contrôlées par le régulateur sectoriel au moment des faits et qu'il était « *inexact d'affirmer que la CTA des deux opérateurs [Orange et SFR] était orientée vers les coûts au moment des faits mis en cause dans la présente affaire* ». Le Conseil a ainsi conclu que « *chacun des trois opérateurs mobiles est en mesure de fixer le niveau de la CTA qu'il facture aux opérateurs de manière indépendante* ». Les opérateurs décidant de manière autonome de leur tarif amont étaient donc juridiquement responsables de l'effet de ciseau constaté.

De même, dans l'affaire Telefónica, les prix de détail et de gros de l'opérateur historique étaient en partie réglementés pendant la période couverte par les griefs. Mais la Commission a souligné que Telefónica avait conservé toute latitude pour augmenter ses prix de détail ou baisser ses tarifs d'accès. L'opérateur aurait donc pu éviter de maintenir un ciseau tarifaire tout en restant profitable à chaque niveau de la structure verticale.

Dans l'affaire Deutsche Telekom, la marge de manœuvre de l'opérateur historique était plus réduite : le prix de gros était orienté vers les coûts et ne pouvait donc pas être abaissé ; les prix de détail étaient soumis à un plafond global. La Commission et le TPI ont néanmoins estimé que cette marge de manœuvre était suffisante pour permettre à l'opérateur de supprimer l'effet de ciseau : « *Ces deux types de prix sont certes soumis à une régulation sectorielle, mais DT dispose néanmoins d'une marge de manœuvre en tant qu'entreprise, qui lui permet finalement de réduire, voire d'annuler, l'effet de ciseau, grâce à des restructurations tarifaires progressives.* »

La même logique a conduit le Conseil de la concurrence, dans l'affaire Direct Énergie, à limiter l'analyse de l'effet de ciseau aux offres de gros et de détail d'EDF destinées au marché libre. Le Conseil a relevé que : « *Les tarifs réglementés sont d'un niveau significativement inférieur à celui des prix de marché correspondants car ils sont construits selon une logique de couverture des coûts moyens totaux de la production. Ils sont "réglementés" par l'État selon une logique propre qui ne relève pas de la maximisation du profit d'EDF, mais dans le but de faire bénéficier la clientèle de masse d'une énergie électrique relativement bon marché, sans perte pour l'entreprise du fait du faible niveau de ses coûts moyens totaux.* » L'action du Conseil était donc fondée sur le comportement adopté par l'opérateur historique sur le seul marché libre, la fourniture d'électricité par EDF aux tarifs réglementés ne revêtant pas un degré d'autonomie suffisant au sens du droit de la concurrence.

L'impact sur la concurrence

Dès lors que la présence d'un ciseau tarifaire est établie et que les conditions énumérées ci-dessus sont satisfaites, un effet potentiel d'éviction peut être présumé. Ainsi, la décision Deutsche Telekom, s'appuyant notamment sur les arrêts Hoffmann-La Roche et Tetra Pak II²⁹¹, indique : « *Avec la démonstration par la Commission de l'existence d'un effet de ciseau, l'abus de position dominante est donc suffisamment démontré.* »

De même, la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 mars 2009 relatif à l'affaire Tenor, indique qu'« *une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval.* » La Cour de cassation confirme ainsi qu'une pratique de ciseau constitue une barrière artificielle à l'entrée, dont l'effet anticoncurrentiel peut être présumé, dès lors que la prestation intermédiaire est nécessaire à l'exercice de la concurrence en aval (cf. *supra*).

Les autorités de concurrence n'ont donc pas la charge de démontrer les effets réels des pratiques de ciseau. Toutefois, dans plusieurs décisions récentes, la Commission et le Conseil de la concurrence ont pris note des effets observés et ont apprécié, de manière qualitative, l'importance des dommages causés à l'économie et aux consommateurs.

Ainsi, la Commission a examiné l'impact réel de la conduite de Telefónica sur la structure concurrentielle du marché et sur les consommateurs. Elle a observé que Telefónica a profité de la croissance du marché dans des proportions bien supérieures à ses concurrents : sa branche aval a connu un taux de croissance quatre fois supérieur à celui de l'ensemble des concurrents. Même lorsque certains opérateurs tiers ont initié des politiques de prix agressives, Telefónica captait encore plus de 70 % des nouveaux abonnés et parvenait à conserver des parts de marché substantielles en aval. Le comportement de Telefónica a donc contraint la croissance des concurrents. La Commission a aussi relevé des éléments concrets permettant d'établir que les prix de détail en Espagne étaient significativement plus élevés (au moins de 20 %) que la moyenne européenne, ce qui affectait des millions d'utilisateurs. Selon la Commission, aucun des facteurs affectant l'offre ou la demande, avancés par Telefónica, ne pouvait expliquer de manière convaincante le niveau élevé des prix en Espagne. Elle a conclu que la conduite de l'opérateur historique avait porté préjudice aux consommateurs.

En France, l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose que les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence sont « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées par le présent titre.* »

²⁹¹. Arrêt du 13 février 1979 dans l'affaire 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, p. 461, point 91 des motifs. Arrêt du 6 octobre 1994 dans l'affaire T-83/91, Tetra Pak II, Rec. 1994, p. II-755, point 114 des motifs.

La quantification des dommages causés par des pratiques d'exclusion étant en général impossible, le Conseil apprécie qualitativement leur impact sur la concurrence et les consommateurs.

Ainsi, dans l'affaire Tenor, le Conseil a considéré que l'évaluation quantitative du dommage à l'économie, à supposer qu'il eût été possible de collecter les données pertinentes, aurait été rendue impossible par l'évolution conjoncturelle du marché ainsi que par l'existence de solutions alternatives. Toutefois, le Conseil a relevé « que l'Autorité de régulations des télécommunications avait estimé que le prix de la CTA pratiquée par les deux opérateurs en cause était excessif et leur avait imposé une diminution ; que France Télécom avait bénéficié d'un surprofit du fait du caractère trop élevé de la CTA facturée ». Le Conseil a également observé qu'aucun opérateur autre qu'Orange ne s'était interconnecté à son réseau avant juillet 2000, sans que cette circonstance pût se justifier par aucune contrainte technique. Il a également retenu que Cegetel avait indiqué avoir été dans l'incapacité de répondre à plusieurs appels d'offres portant sur le trafic *fixe vers mobile*. Le Conseil en a déduit que l'effet de ciseau tarifaire avait retardé l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché aval des communications *fixes vers mobiles*, l'effet d'exclusion ayant été d'autant plus important que les solutions de contournement ne permettaient pas, à l'époque des faits, de construire des offres concurrentes compétitives. Le Conseil a également évoqué l'inefficacité propre à ces contournements : « *Le gaspillage de moyens techniques pour un service de qualité inférieure auquel conduisent reroutage et hérissons démontre que la situation créée, quant à la cause de base, par l'incohérence qui s'attache à faire payer de trois prix très différents l'objet identique qu'est la terminaison d'appel, selon que l'appel provient du fixe, du même GSM ou d'un autre, nous place dans un optimum de second rang, c'est-à-dire une situation dégradée pour le surplus du consommateur.* »

L'absence de justifications objectives

Lorsque toutes les circonstances évoquées ci-dessus sont réunies, le caractère anti-concurrentiel d'une pratique de ciseau est présumé. L'entreprise mise en cause conserve toutefois la possibilité de renverser la présomption négative en démontrant que son comportement est objectivement justifié ou qu'il permet des gains d'efficacité qui compensent l'atteinte portée à la concurrence. L'article L. 420-4 du Code de commerce prévoit ainsi que ne sont pas prohibées par l'article L. 420-2 les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ». Le droit communautaire ne prévoit pas d'exemption comparable pour les abus de position dominante. Toutefois, la Commission européenne a annoncé, dans sa Communication précitée sur l'application de l'article 82 du traité CE, qu'elle entendait examiner les éléments avancés par l'entreprise dominante pour justifier son comportement : « *En appliquant l'article 82, la Commission*

examinera également les arguments avancés par une entreprise dominante pour justifier son comportement. Cette dernière peut à cet effet démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Dans ce contexte, la Commission examinera si le comportement en cause est indispensable et proportionné à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante.»

Dans l'affaire Telefónica, l'opérateur dominant soutenait que sa politique tarifaire avait permis un démarrage rapide du marché de masse de l'accès au haut débit et son développement. Son comportement aurait engendré des gains d'efficacité tant du côté de l'offre (économies d'échelle, effet d'apprentissage) que du côté de la demande (stimulation de la demande, incitations au développement de nouveaux réseaux). Ses offres tarifaires auraient été indispensables pour atteindre ces objectifs : des prix de détail plus élevés n'auraient pas permis d'atteindre une taille critique du marché aussi rapidement ; des prix de gros plus faibles auraient réduit sa rentabilité et ses incitations à investir. Telefónica estimait que ses prix avaient directement bénéficié aux consommateurs, les économies d'échelle et les effets d'apprentissage lui permettant d'améliorer la qualité de ses services sans augmenter le coût pour les abonnés. L'opérateur considérait que sa stratégie ne lui avait pas donné la possibilité d'éliminer la concurrence, et qu'au contraire, grâce aux gains d'efficacité réalisés, elle avait bénéficié à tous les opérateurs du marché.

La Commission a rejeté ces arguments. En effet, les gains d'efficacité allégués n'avaient pas profité aux consommateurs, les prix de détail en Espagne étant à l'époque des faits nettement plus élevés que dans le reste de l'Europe : « *Surtout, l'argument de Telefónica est infirmé par le fait, déjà démontré, que son comportement lui a permis de maintenir les prix de détail les plus élevés d'Europe, portant ainsi préjudice aux consommateurs et au marché dans son ensemble, avec un taux de pénétration inférieur à la moyenne européenne*²⁹². » Les gains allégués n'avaient pas non plus bénéficié aux opérateurs concurrents, puisque les tarifs des prestations intermédiaires n'avaient jamais diminué pendant la période des pratiques. Une réduction des tarifs de gros aurait encouragé l'entrée de nouveaux opérateurs et permis une concurrence qui aurait stimulé la demande.

Telefónica soutenait également qu'il n'avait jamais pris l'initiative de réduire ses tarifs et que c'est la concurrence qui l'avait contraint à aligner ses prix de détail sur ceux de ses rivaux. Mais la Commission a considéré que l'alignement sur les prix des concurrents ne peut pas justifier une pratique de ciseau tarifaire par laquelle une entreprise intégrée inflige des pertes à ses concurrents efficaces sans les supporter elle-même : « *L'alignement sur la concurrence ne peut légitimer un comportement ayant pour conséquence d'abuser, par effet de levier, d'une position dominante en amont*²⁹³. » L'alignement sur la concurrence ne constitue une justification acceptable que s'il

²⁹². Décision Telefónica. Traduction libre du § 648 : « *Above all, Telefónica's argument is invalidated by the fact that, as already established, its conduct allowed it to sustain the highest retail prices in Europe, thereby negatively affecting consumers and the market as a whole, with a below EU average rate of penetration.* »

²⁹³. Décision Telefónica. Traduction libre du § 638 : « *The meeting competition defence may not legitimise a behaviour whose effect is to leverage and abuse an upstream dominance.* »

est démontré que la réaction de l'entreprise est indispensable et proportionnée et qu'aucune autre réponse économiquement réalisable et aux effets anticoncurrentiels moindres n'était envisageable. En l'espèce, la Commission a considéré que le ciseau tarifaire n'était pas indispensable puisque Telefónica pouvait réduire ses prix de gros et supprimer le ciseau, tout en restant globalement profitable.

L'argument d'alignement sur les prix des concurrents a également été avancé en défense dans l'affaire Tenor. Le groupe Cegetel faisait valoir que France Télécom pratiquait, dès avant l'ouverture du secteur à la concurrence, des remises de volume sur le trafic *fixes vers Orange France*, et qu'en tant que nouvel entrant, il devait proposer des offres commercialement plus attractives, au risque de sacrifier des profits. Le Conseil a rejeté cette justification, en considérant que « *néanmoins, il appartenait à SFR Cegetel, si elle estimait ces remises illicites, d'en saisir les autorités compétentes, comme l'aurait fait tout autre opérateur de téléphonie fixe non intégré, plutôt que d'y répondre par sa propre pratique d'un effet de ciseau sur le trafic fixe vers SFR* ».

Les effets de ciseau tarifaire dans le jeu concurrentiel

Les ciseaux tarifaires rendent difficile l'entrée et le développement de concurrents sur les marchés aval ; ils s'interprètent donc comme des barrières artificielles à l'entrée. Les économistes ont examiné les incitations des opérateurs intégrés à s'opposer à l'ouverture des marchés en aval ; ils ont mis en évidence le rôle central de la perspective dynamique, s'agissant notamment des décisions d'investissement. La dialectique entre ouverture progressive à la concurrence et incitations à l'investissement est au cœur du processus de libéralisation des secteurs anciennement monopolistiques. L'expérience française récente dans les secteurs des télécommunications et de l'énergie a mis en évidence les synergies entre l'action des régulateurs sectoriels et l'intervention des autorités de concurrence.

Ciseaux tarifaires et comportements stratégiques

En termes stratégiques, la pratique de ciseau tarifaire présente certaines ressemblances avec la discrimination et la prédation. Elle possède néanmoins des caractéristiques propres qui nécessitent une analyse spécifique.

Un effet de ciseau peut s'interpréter en termes de discrimination tarifaire, à condition de faire intervenir un prix de transfert interne à la structure intégrée. En présence d'un ciseau, deux cas sont possibles : soit le prix interne est égal au prix facturé aux concurrents en aval, et la branche aval fait des pertes. Soit le prix interne est différent du prix externe, et la branche amont de l'opérateur dominant applique à la branche aval et aux concurrents des conditions distinctes pour des prestations similaires : le ciseau se traduit par une discrimination entre la branche aval de l'opérateur intégré et les concurrents non intégrés. Encore faut-il, pour que cette interprétation ait une portée pratique, qu'un prix de transfert interne existe et qu'il ait un sens économique.

Dans l'affaire Direct Énergie, le plaignant considérait que le prix de l'approvisionnement d'électricité qui lui était proposé était discriminatoire au regard des conditions de transfert interne qu'EDF réserve à ses propres activités non réglementées en aval. En réponse, l'opérateur historique a expliqué qu'il ne pratiquait pas de prix de cession interne, la gestion des activités de production et de commercialisation du groupe étant totalement intégrée au sein d'une seule et même entité juridique et comptable. Le Conseil a toutefois considéré que « *les transferts internes d'énergie au sein d'EDF sont une réalité qu'il est possible de valoriser, notamment lorsque cette valorisation est nécessaire pour le contrôle du respect des règles de concurrence par un opérateur intégré* », rappelant que la notion de prix de cession interne d'EDF avait été examinée dans son avis 05-A-19 du 20 octobre 2005.

L'analyse stratégique des effets de ciseau a également certains points communs avec celle de la prédation. En présence d'un effet de ciseau, l'entreprise intégrée augmenterait son profit total en vendant la prestation intermédiaire à ses concurrents au lieu de vendre directement le bien final aux consommateurs : ce faisant, elle perdrait certes une partie de ses recettes sur le marché de détail, mais elle accroîtrait ses revenus en amont pour l'accès au bien intermédiaire et ferait l'économie des coûts incrémentaux en aval. Par définition de l'effet de ciseau, ces deux gains seraient supérieurs à la perte des recettes aval. Il s'ensuit qu'en maintenant un effet de ciseau, l'opérateur intégré fait un sacrifice par rapport à son profit optimal de court terme. Toutefois, ce sacrifice ne va pas nécessairement jusqu'à causer de pertes globales pour la structure intégrée : le maintien d'un effet de ciseau tarifaire n'empêche pas la structure intégrée d'être globalement profitable.

La pratique de ciseau se distingue de celle de la prédation par bien des aspects. Un ciseau tarifaire fait intervenir deux variables stratégiques : le prix amont et le prix aval de l'entreprise intégrée. La source du pouvoir de marché qui permet la pratique se situe en amont : la position dominante en amont et le caractère nécessaire du bien intermédiaire pour l'exercice de la concurrence en aval fournissent à l'opérateur intégré un levier d'action direct sur les coûts des concurrents. Les pratiques de ciseau tarifaire se rattachent donc à la catégorie générale des stratégies visant à accroître les coûts des rivaux : « *En mettant en œuvre un effet de ciseau, l'entreprise dominante accroît les coûts de ses concurrents en aval et leur impose des contraintes d'efficacité supplémentaires qu'elle-même ne doit pas supporter pour construire ses offres de détail : en effet, alors qu'un ciseau tarifaire ne conduit pas nécessairement l'entreprise intégrée à consentir de pertes, les concurrents aussi efficaces en aval sont eux obligés d'essuyer des pertes. Une telle pratique est susceptible d'entraver le maintien du niveau de concurrence demeurant sur le marché aval, ou le développement de cette concurrence*²⁹⁴. » Le mécanisme d'accroissement des coûts des concurrents, qui repose sur l'utilisation combinée de deux leviers stratégiques, est absent dans les pratiques habituellement désignées sous le terme de prédation. Ces pratiques consistent à utiliser

294. Décision Telefónica. Traduction libre du § 284 : « *By engaging in margin squeeze, the dominant undertaking raises its downstream rivals' costs and imposes on the latter additional efficiency constraints that it does not have to incur for the provision of its own downstream services : indeed, while margin squeeze needs not involve a loss for the vertically integrated firm on an end-to-end basis, similarly efficient downstream competitors are obliged to incur losses. Such a conduct is likely to hinder the maintenance of the degree of competition still existing on the downstream market or the growth of that competition.* »

les prix de détail pour dégrader la situation financière des entreprises « proies » ou, en présence d'asymétries d'information, pour manipuler leurs croyances sur l'état de la demande, les coûts ou les comportements de l'opérateur dominant²⁹⁵. Contrairement à l'opérateur intégré qui maintient un ciseau tarifaire, le prédateur ne dispose pas de levier d'action direct sur les coûts de ses concurrents.

D'une manière plus générale, les économistes ont examiné les incitations des opérateurs intégrés à mettre en œuvre des effets de ciseau. Selon l'argument de l'École de Chicago, un opérateur intégré n'a pas intérêt à gêner l'entrée et le développement en aval de concurrents plus efficaces que lui. En effet, la meilleure efficacité des entrants contribue à accroître la demande des consommateurs et le surplus économique total que les différents acteurs peuvent se partager. Or l'opérateur intégré est en mesure de s'appropriier tout ou partie du surplus ainsi créé en fixant un prix élevé pour le bien intermédiaire. L'entrée et le développement des concurrents efficaces sur le marché aval lui seraient donc favorables.

Toutefois, cette analyse se place dans une perspective exclusivement statique et repose sur plusieurs hypothèses restrictives : concurrence pure et parfaite entre produits homogènes sur le marché aval, absence de coûts d'entrée, d'économies d'échelle ou d'effets de réseau.

En pratique, il se peut que le marché aval ne soit pas parfaitement concurrentiel, par exemple parce que les biens proposés sont différenciés. Dans ce cas, les entreprises en aval bénéficient d'un certain pouvoir de marché, qui leur permet de réaliser des profits positifs ; ainsi, l'opérateur intégré ne peut pas s'approprier l'intégralité du surplus et peut donc avoir intérêt à bloquer l'entrée²⁹⁶.

Plus fondamentalement, dans une perspective dynamique, l'opérateur intégré peut craindre que ses rivaux, s'ils prennent pied sur le marché aval, finissent par menacer sa position sur le marché amont. Lorsqu'une telle menace existe, il peut être incité à s'opposer à leur entrée en aval, dans le but de protéger sa position sur le marché amont. Choi et Stefanadis (2001²⁹⁷) et Carlton et Waldman (2002²⁹⁸) ont développé des scénarii anticoncurrentiels de ce type dans un contexte voisin, celui où une entreprise lie un bien sur lequel elle est en monopole avec un bien complémentaire sur lequel elle est confrontée à la concurrence de nouveaux acteurs. Lorsque les entrants potentiels doivent supporter des coûts fixes irrécupérables pour pénétrer sur les différents marchés, que la réussite de l'entrée est incertaine et que ces investissements sont risqués, il peut leur être nécessaire de procéder de manière graduelle, c'est-à-dire d'entrer sur un premier marché avant d'investir pour entrer sur le second. L'effet direct du ciseau tarifaire est de rendre plus difficile ou de retarder la pénétration du marché aval par les nouveaux entrants,

295. Par exemple, le dominant peut chercher à acquérir une réputation d'agressivité sur un marché pour dissuader l'entrée sur d'autres marchés. V. Motta M., *Competition policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

296. L. Flochel, « Interconnexion de réseaux et charge d'accès : une analyse stratégique », *Annales d'économie et de statistique*, 1999.

297. J.P. Choi, C. Stefanadis, « Tying, Investment, and the dynamic leverage theory », *The RAND Journal of Economics*, vol. 32, n° 1, 2001.

298. D.W. Carlton, M. Waldman, « The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries », *The RAND Journal of Economics*, vol. 33, n° 2, 2002.

mais son objet ultime, pour l'opérateur en place, est la protection de la position dominante en amont. Des mécanismes analogues jouent en présence d'effets de réseau, lorsque l'utilité que les consommateurs retirent d'un service augmente avec le nombre d'utilisateurs de ce service.

Ouverture des marchés et dynamique des investissements

Lors de la libéralisation des secteurs anciennement monopolistiques, les nouveaux opérateurs entrent généralement de manière graduelle sur les différents marchés, de manière à limiter leur prise de risque. Les entrants s'élèvent ensuite le long de « l'échelle des investissements », qu'ils gravissent « barre par barre ». Le groupe des régulateurs européens de télécommunications décrivait ainsi ce processus en 2005 :

« This regulatory model which was developed among others by Prof. Martin Cave assumes that investments are made in a step by step way by new entrants. In order to allow new entrants to gradually (incrementally) invest in their own infrastructure they need a chain of (complementary) access products to acquire a customer base by offering their own services to end users based on (mandated) wholesale access. Once they have gained a critical mass generating revenues to finance the investment, they will deploy their own infrastructure taking them progressively closer to the customer and increasingly able to differentiate their service from that of the incumbent, also making them less dependent of the incumbent's infrastructure. This involves migration from one access product (or access point) to another (moving to the next rung). Thus the entrant passes progressively through several stages of infrastructure competition, as it ascends a "ladder of infrastructure", the initial phase being service competition, which can therefore be seen as a vehicle to infrastructure competition, which is the ultimate aim as it ensures sustainable competition in the long run. Once the process gets started and provided the right regulatory measures are taken, the process will get its own dynamic and with the different elements reinforcing each other will become self-propelling²⁹⁹. »

Ce processus séquentiel renvoie à la distinction classique entre concurrence par les services et concurrence par les infrastructures. Les premiers barreaux de l'échelle relèvent de la concurrence par les services : les entrants, à ce stade, dépendent de l'opérateur historique pour l'accès à l'infrastructure. C'est seulement une fois qu'ils ont acquis une base de clientèle et une notoriété suffisantes qu'ils peuvent investir dans l'infrastructure à un niveau supérieur de capillarité et s'affranchir finalement de leur dépendance vis-à-vis de l'opérateur historique.

Dans la phase initiale du processus, il convient de s'assurer que les entrants efficaces ont la capacité d'être actifs en aval compte tenu des prix de gros et de détail pratiqués par l'opérateur historique :

« In order to kick-off the process as well as to ensure that it does not stop and new entrants keep on moving to the next rung, [...] pricing of access products must be consistent, i. e. the relative prices must reflect the difference in cost between the products. In other

299. European Regulators Group (ERG), *Broadband market competition report*, ERG (05) 23, 2003.

words : the price difference or margin must satisfy the margin squeeze test of covering the incremental cost of providing the “wider” product³⁰⁰.»

Pour que les entrants puissent s'élever le long de l'échelle des investissements, il est essentiel de garantir l'absence d'effet de ciseau entre les différents barreaux : les prix pratiqués par l'opérateur en place pour l'accès d'une part, pour les services vendus au détail d'autre part, doivent laisser aux opérateurs alternatifs une marge suffisante pour qu'ils puissent couvrir leurs coûts incrémentaux ; c'est à cette condition qu'ils pourront se développer et atteindre la taille critique qui leur permettra d'engager de nouveaux investissements.

Dans le même temps, il importe de veiller à ce que l'ouverture des marchés ne réduise pas les incitations de l'opérateur historique à investir dans le réseau. Symétriquement, faciliter l'accès au réseau ou à l'infrastructure en place ne doit pas dissuader les entrants de s'engager, à un rythme économiquement raisonnable, dans le développement de leur propre infrastructure.

Même si le pilotage dynamique des investissements relève au premier chef de la compétence des autorités de régulation et la répression des pratiques de verrouillage de celle des autorités de concurrence, les deux sujets ne peuvent pas, en pratique, être traités de manière séparée. Ainsi les autorités de concurrence accordent toujours une importance particulière à la problématique des investissements. À titre d'exemple, dans l'affaire Direct Énergie, le Conseil a examiné les besoins en moyens de production supplémentaires, tels qu'ils ont été identifiés par les opérateurs et les pouvoirs publics, ainsi que la dynamique prévisible des investissements dans le cadre de l'ouverture à la concurrence :

« Il ressort des éléments produits au dossier qu'il convient de distinguer deux tendances à l'investissement dans le cadre du marché libéralisé, à savoir d'une part l'investissement dans des moyens de production en semi-base et en pointe et, d'autre part, l'investissement dans des moyens de base. En ce qui concerne les moyens de semi-base et de pointe, la majorité des fournisseurs alternatifs interrogés ont déclaré disposer de tels moyens ou envisager d'investir dans leur construction. Tel est notamment le cas de la saisissante, qui a démontré, outre ses investissements dans le domaine de l'électricité d'origine éolienne et hydraulique, projeter la construction d'une centrale à cycle combiné au gaz et d'une ou plusieurs centrales à turbine à combustion. »

Le Conseil a donc vérifié que les nouveaux entrants supportaient ou étaient prêts à supporter les efforts d'investissement nécessaires. Il a également relevé qu'« à ce stade de l'instruction, seule une participation aux investissements nucléaires d'EDF semble envisageable pour la plupart des opérateurs en vue d'obtenir un accès de long terme à l'électricité de base d'origine nucléaire » et que cette possibilité avait effectivement été mise en œuvre par l'un des opérateurs alternatifs. Ces derniers étaient donc bien engagés dans une logique ascendante du point de vue des investissements.

De même, dans l'affaire Telefónica, l'opérateur historique faisait valoir qu'une baisse du prix d'accès au réseau réduirait les incitations des opérateurs alternatifs

300. *Idem.*

à investir dans leur propre infrastructure. La Commission a rejeté cet argument en rappelant l'analyse des autorités nationales de régulation de l'Union européenne selon laquelle les entrants ne peuvent s'élever sur l'échelle des investissements qu'en l'absence d'effet de ciseau tarifaire entre les barreaux. La Commission a démontré que, dans les faits, le comportement de Telefónica avait considérablement retardé le développement des infrastructures alternatives.

La question, symétrique, des incitations à investir de l'opérateur historique, mérite aussi attention. Imposer une obligation d'accès ou corriger un effet de ciseau pourrait réduire ces incitations. En particulier, l'obligation d'accès contrevient au principe général de la liberté de contracter, dont il est généralement présumé qu'elle est, à long terme, favorable à l'investissement.

Toutefois, comme le note la Commission au paragraphe 81 de sa Communication précitée sur l'article 82 du traité CE, il existe des situations où imposer une obligation de vente ou corriger un effet de ciseau ne peut manifestement pas avoir d'effets négatifs sur les incitations à investir de l'opérateur intégré, que ce soit *ex ante* ou *ex post*. C'est notamment le cas lorsque la réglementation impose déjà une obligation d'accès ou de vente à l'entreprise dominante et que les autorités publiques ont déjà pris en compte l'équilibre entre cette obligation et les incitations à investir. C'est également le cas lorsque la position sur le marché de l'entreprise dominante s'est développée sous la protection de droits spéciaux ou exclusifs ou a été financée par des ressources publiques.

Ainsi, dans l'affaire Telefónica, l'opérateur historique soutenait que son comportement était justifié par la nécessité de garantir un retour sur les investissements entrepris dans l'infrastructure. La Commission a rejeté cet argument en relevant que l'infrastructure en question avait été, dans une large mesure, installée pour le réseau téléphonique traditionnel, les travaux de génie civil représentant la part la plus importante des coûts. Ces investissements, qui sont donc sans rapport avec les services d'accès à Internet haut débit concernés en l'espèce, avaient été financés par des rentes issues du monopole légal :

« En particulier, le comportement de Telefónica n'était pas nécessaire pour protéger ses investissements d'infrastructure. Les infrastructures amont de Telefónica sont dans une large mesure le fruit d'investissements entrepris pour des raisons qui ne sont pas liées à la fourniture de services d'accès à large bande, mais plutôt à des services traditionnels de téléphonie fixe, dans un contexte où l'opérateur bénéficiait de droits spéciaux ou exclusifs qui le protégeaient de toute concurrence. En effet, le réseau d'accès local ainsi que les réseaux d'accès au niveau régional et national de Telefónica ont été financés par les recettes provenant des rentes de monopole dans les périodes où il était protégé par des droits exclusifs³⁰¹. » Dans ces conditions, l'opérateur historique ne pouvait pas

³⁰¹. Décision Telefónica. Traduction libre du § 632 : *« In particular, Telefónica's conduct was not necessary for securing its infrastructure investments. Telefónica's upstream infrastructure is to a large extent the fruit of investments undertaken for reasons not related to the provision of broadband services but rather the provision of traditional fixed telephony services in a context where the company was benefiting from special or exclusive rights that shielded it from competition. Indeed, Telefónica's local access network and regional and national backhaul were funded by monopoly rents during periods of time protected by exclusive rights. »*

invoquer la préservation de ses incitations *ex ante* à investir pour justifier une pratique de ciseau tarifaire.

Les synergies entre droit de la concurrence et régulation sectorielle

D'une manière générale, l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du Code de commerce³⁰². Les affaires Connect ATM et Direct Énergie illustrent les synergies possibles entre les actions des autorités de concurrence et de régulation sectorielle pour libéraliser des secteurs anciennement monopolistiques. Dans ces affaires, le régulateur sectoriel avait constaté une situation de blocage et émis des recommandations pour y mettre fin ; mais il disposait de peu d'instruments capables de contraindre effectivement l'opérateur historique à ouvrir les marchés. Le Conseil s'est appuyé sur l'expertise technique des régulateurs et a mis en œuvre les instruments juridiques à sa disposition pour accélérer le déverrouillage des marchés.

Au moment du démarrage de la technologie ADSL pour l'accès à l'Internet haut débit, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) avait examiné les offres de France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet. Elle avait estimé indispensable, au regard des règles du droit des télécommunications et du droit de la concurrence, et afin de répondre aux besoins des utilisateurs, que les opérateurs alternatifs de télécommunication bénéficient d'une offre leur permettant de proposer des services de même nature, « *en étant maîtres des éléments techniques et commerciaux essentiels de ces services* »³⁰³. À cette époque, l'ART avait mené une consultation publique sur les différentes options envisageables pour la mise en œuvre du dégroupage de la boucle locale. Au terme de cette consultation, les différents acteurs avaient privilégié deux options : l'accès à la paire de cuivre (« *option 1* »), et l'accès au circuit virtuel permanent (« *option 3* »), qui consistait « *en la fourniture de transport de données à haut débit entre l'abonné et un point de présence de l'opérateur, un circuit virtuel étant dédié à chaque raccordement à haut débit* ». Durant l'automne 1999, un opérateur tiers, 9 Télécom, a demandé à France Télécom d'avoir accès au circuit virtuel permanent pour pouvoir proposer des offres concurrentes à celles de l'opérateur historique. Ce dernier n'a pas répondu à la demande précise faite par 9 Télécom, sans apporter aucune justification technique ou financière à ce refus. Pour cette raison, 9 Télécom a saisi le Conseil de la concurrence.

Considérant que l'attitude dilatoire de France Télécom était susceptible d'empêcher le développement de la concurrence sur les services, le Conseil a enjoint à France Télécom, dans la décision de mesures conservatoires 00-MC-01 du 18 février 2000, « *de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale*

302. Voir notamment l'avis du Conseil 04-A-17 daté du 14 octobre 2004, relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications.

303. Avis 99-582 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 7 juillet 1999.

d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes».

Le Conseil a néanmoins constaté, dans sa décision 04-D-18 du 13 mai 2004, qu'un ciseau tarifaire entre la prestation intermédiaire proposée aux opérateurs tiers (« option 3 ») et les offres de détail de l'opérateur historique aux fournisseurs d'accès à Internet (« option 5 ») avait perduré jusqu'en septembre 2002. En conséquence, il a infligé à France Télécom une sanction financière de 20 millions d'euros pour le non-respect de l'injonction prononcée en 2000. Il est notable que la cour d'appel de Paris ait multiplié par deux le montant de la sanction, la portant ainsi à 40 millions d'euros. Dans sa décision au fond³⁰⁴, le Conseil a rappelé l'histoire de l'affaire :

« Ainsi, en dépit du contrôle des équilibres concurrentiels sur le marché de gros de l'accès haut débit ADSL, exercé par l'Autorité de régulation sectorielle, les instruments réglementaires mis à la disposition de cette Autorité ne lui ont pas permis de mettre fin aux conditions restrictives injustifiées imposées par France Télécom à Neuf Télécom, et aux autres opérateurs. De même, l'injonction adressée par le Conseil dans sa décision de mesures conservatoires 00-MC-01 n'a pu mettre fin à la pratique du fait du non-respect de cette injonction par France Télécom, non-respect sanctionné par le Conseil dans sa décision 04-D-18, puis sanctionné plus sévèrement par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 11 janvier 2005. » Au total, France Télécom s'est vu infliger une amende globale de 120 millions d'euros pour avoir retardé l'ouverture de ce secteur à la concurrence.

Plus récemment, le Conseil de la concurrence est intervenu dans le secteur de l'électricité à une étape clé du processus de libéralisation du secteur. La production d'électricité en France était ouverte à la concurrence depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000. La fourniture d'électricité aux clients finals a été ouverte à la concurrence au 1^{er} juillet 2004 pour la clientèle professionnelle, au 1^{er} juillet 2007 pour les clients résidentiels. La mesure conservatoire 07-MC-04 prononcée dans l'affaire Direct Énergie date du 28 juin 2007.

Quelques mois avant l'échéance de 2007, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) avait souligné l'entrave au développement de la concurrence sur le marché de la fourniture de détail que constituait l'écart croissant entre les tarifs réglementés et les prix de marché. Le régulateur avait ainsi constaté, dans son rapport annuel de 2006, que *« les fournisseurs ne disposant pas de moyens de production de base aussi compétitifs que le nucléaire [étaient] victimes d'un effet de ciseau car les prix d'approvisionnement sur le marché [étaient] plus élevés que les tarifs réglementés dont le niveau n'évoluait pas »*. La CRE avait également publié le 16 mars 2006 une *« communication sur les VPP mis en œuvre par EDF et leur évolution vers un programme régulé de mise à disposition d'électricité sur le marché de gros »*. Selon la CRE, si les ressources de production des opérateurs alternatifs leur permettaient

304. Décision 05-D-59 du 7 novembre 2005.

de couvrir leurs engagements actuels vis-à-vis de leurs clients, elles ne leur suffisaient pas à assurer la croissance attendue de leurs activités. Le régulateur s'était donc dit favorable, à défaut de mesure structurelle, à l'existence d'un programme de mise à disposition d'électricité pour accroître la liquidité du marché de gros pour les produits à terme. Dans ce cadre, la CRE préconisait de doubler les capacités mises à disposition par EDF, selon des modalités analogues aux VPP, afin d'accompagner l'ouverture du marché avant le 1^{er} juillet 2007. La CRE recommandait également la création d'offres de produits pouvant aller jusqu'à 15 ans, simulant l'économie des centrales nucléaires.

L'intervention du Conseil en 2007 a permis d'aborder cette problématique. Saisi par un opérateur alternatif, le Conseil a considéré qu'EDF était susceptible d'avoir mis en œuvre une pratique de ciseau tarifaire entre les conditions d'approvisionnement en électricité de base proposées à cet opérateur et ses propres offres de détail sur le marché libre. L'action du Conseil était donc fondée sur le comportement adopté par l'opérateur historique sur le seul marché libre, la fourniture d'électricité par EDF aux tarifs réglementés ne revêtant pas un degré d'autonomie suffisant au sens du droit de la concurrence (*cf. supra*). Ainsi, dans la décision 07-MC-04 précitée, il a enjoint à EDF de transmettre « *une proposition de fourniture d'électricité en gros ou toute autre solution techniquement et économiquement équivalente permettant aux fournisseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détail faites par EDF aux consommateurs d'électricité sur le marché libre* ». Pour se conformer à cette injonction, EDF a présenté des engagements consistant en la mise à disposition de contrats d'approvisionnement en électricité de base portant sur un volume total de 1 500 MW de puissance et proposés pour une durée maximale de quinze ans. Une première version de ces engagements a été rendue publique et discutée avec l'ensemble des acteurs de marché, ce qui a permis des améliorations sensibles sur plusieurs points. Le dispositif permettait de dénouer l'effet de ciseau pour la première année et d'offrir aux nouveaux entrants une visibilité de long terme pour leur approvisionnement en électricité de base. Les modalités précises des contrats ont été conçues pour donner aux entrants de fortes incitations à conquérir des parts de marché et animer la concurrence sur le marché aval de la fourniture d'électricité sur le marché libre. Le Conseil a donc pu, par sa décision 07-D-43 du 10 décembre 2007, accepter les engagements révisés, faisant usage de la procédure prévue à l'article L. 464-2 du Code de commerce. Ainsi, l'intervention du Conseil, notamment la mise en œuvre de la procédure d'engagement a permis de remédier rapidement au ciseau tarifaire qui avait été identifié et de créer « *un nouveau mode d'approvisionnement, spécifiquement dédié aux fournitures au détail par les opérateurs alternatifs sur le marché des consommateurs petits professionnels et résidentiels ayant exercé leur éligibilité* ».

Les affaires citées dans cette étude montrent que les autorités de concurrence participent à la régulation concurrentielle des marchés même lorsqu'un régulateur spécialisé est présent par ailleurs et illustrent la complémentarité entre les deux types d'intervention en France et en Europe. Cette approche est en net contraste avec la situation qui prévaut aux États-Unis.

Dans son arrêt *Trinko* du 13 janvier 2004, la Cour suprême américaine a opéré une distinction entre les deux types d'intervention. Elle a considéré que la présence d'un régulateur sectoriel imposant l'accès à la prestation intermédiaire rend superflue, voire inopportune, l'utilisation du droit de la concurrence pour forcer l'accès : « *Respondent believes that the existence of sharing duties under the 1996 [Telecommunication] Act supports its case. We think the opposite. The 1996 Act's extensive provision for access makes it unnecessary to impose a judicial doctrine of forced access.* » La Cour suprême a distingué l'approche finaliste de la régulation sectorielle (éliminer les monopoles) et l'objectif plus modeste du droit de la concurrence (dissuader les tentatives illicites de monopolisation) et a considéré que ces deux objectifs devaient rester distincts. Dans son arrêt *Linkline* du 25 février 2009, elle a fait application de la jurisprudence *Trinko* pour conclure qu'une pratique de ciseau tarifaire ne peut pas constituer une infraction autonome au regard de la section 2 du *Sherman Act*, indépendamment d'un refus de vente ou d'une stratégie prédatrice³⁰⁵.

Cette opposition doctrinale à propos du ciseau tarifaire entre l'Europe et les États-Unis s'explique sans doute, au moins en partie, par des contextes économiques et institutionnels différents. Sur le plan économique, la problématique de la libéralisation des secteurs anciennement monopolistiques se pose avec moins d'acuité aux États-Unis qu'en Europe. Sur le plan institutionnel, les affaires de concurrence sont jugées par des tribunaux non spécialisés, disposant d'une expertise limitée en comparaison des autorités de concurrence européennes.

Conclusion

Les tests de ciseau tarifaire sont l'un des outils méthodologiques utilisés pour réguler la concurrence lorsqu'un opérateur verticalement intégré contrôle l'accès à une prestation intermédiaire nécessaire aux concurrents pour construire des offres compétitives sur des marchés situés en aval. Un opérateur intégré met en œuvre un ciseau tarifaire quand la structure de ses prix empêche une entreprise « aussi efficace » d'entrer et de se développer en aval. L'espace économique que doit laisser l'opérateur intégré doit être assez large pour permettre aux concurrents de prendre pied sur les marchés, mais assez faible pour les inciter à procéder aux investissements nécessaires.

L'examen des pratiques de ciseau au regard du droit de la concurrence reflète ces préoccupations. Un effet de ciseau n'est considéré comme abusif que lorsque le pouvoir de marché de l'opérateur intégré en amont est fort et lorsqu'il est établi que la prestation intermédiaire est objectivement nécessaire à l'exercice de la concurrence en aval. Il faut encore que l'opérateur intégré soit suffisamment autonome vis-à-vis des lois en vigueur et que ses branches amont et aval prennent leurs décisions tarifaires de manière coordonnée. Lorsque toutes ces conditions

305. Dans les deux affaires, un régulateur sectoriel (la Federal Communications Commission) contraignait l'opérateur intégré à fournir la prestation intermédiaire.

sont satisfaites, l'effet potentiel d'éviction du ciseau tarifaire est présumé et la pratique est anticoncurrentielle, sauf si son auteur peut démontrer qu'elle est objectivement justifiée, par exemple parce qu'elle permet des gains d'efficacité dont une partie suffisante serait transmise aux consommateurs.

En pratique, les autorités de concurrence ont principalement recouru à cette notion dans le contexte de la libéralisation de secteurs régulés. La dialectique entre ouverture progressive à la concurrence et incitations à l'investissement est au cœur de ce processus. L'application des tests de ciseau et leur examen au regard du droit de la concurrence s'accompagnent donc nécessairement d'une attention portée aux circonstances concrètes de marché et d'une appréciation générale de la dynamique de la concurrence et des investissements dans le secteur concerné. Dans ce domaine, l'expérience française récente a mis en évidence les synergies possibles entre l'action des régulateurs sectoriels et l'intervention des autorités de concurrence.