

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n°00 - MC -16 du 7 novembre 2000

relative à une saisine de la société Flavelab

---

Le Conseil de la concurrence, (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 juillet 2000 enregistrée sous le numéro F 1257 et M 274 par laquelle la société Flavelab a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Glaxo Wellcome et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n°86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;

Vu la lettre de demande de renseignements du rapporteur désigné pour cette affaire, adressée par télécopie le 7 août 2000 à la société GlaxoWellcome ;

Vu la réponse de la société Glaxo Wellcome adressée par télécopie le 22 août 2000 ;

Vu la demande de secret des affaires présentée par Me Henin, au nom de la société Glaxo Wellcome, en date du 25 août 2000 pour des informations relatives au courrier susvisé ;

Vu la décision négative de secret des affaires n° 00-DSA-4 du 28 août 2000 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Flavelab et Glaxo Wellcome entendus lors de la séance du 27 septembre 2000 ;

*Sur la recevabilité de la saisine au fond*

Considérant que la société Flavelab, qui commercialise des médicaments génériques, a saisi le Conseil de la concurrence le 21 juillet 2000 de pratiques mises en œuvre par la société Glaxo Wellcome, qui tenterait de l'évincer du marché du Cefuroxime injectable, sur lequel la société Glaxo Wellcome serait en position dominante ; que les pratiques alléguées consisteraient en des prix abusivement bas, des pratiques de désinformation à l'égard des hôpitaux sur l'existence d'un générique et des pratiques de ventes liées ;

Considérant que le Cefuroxime Flavelab est un médicament générique, copie du médicament " princeps " commercialisé depuis 1980 par les Laboratoires Glaxo Wellcome sous le nom de Zinnat et pour lequel ces laboratoires ont obtenu un brevet, puis un certificat complémentaire de protection dont la date précise d'échéance fait l'objet d'un litige actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris ;

Considérant, en premier lieu, qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la conformité de la commercialisation des produits génériques de la société Flavelab au code de la propriété intellectuelle ; que, si une entreprise, même en position dominante, peut défendre les droits qu'elle tire de la détention d'un brevet, elle ne peut le faire qu'en recourant aux voies légales et non à des pratiques anticoncurrentielles ; qu'en tout état de cause, certaines des pratiques dénoncées sont postérieures à la date à partir de laquelle il n'est pas contesté que la commercialisation d'un générique était juridiquement possible ; qu'en second lieu, lorsqu'il est saisi d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil n'a pas à se prononcer sur le caractère éventuellement illicite des pratiques dont il est saisi au regard du titre II du livre IV du code de commerce, mais seulement à apprécier si les imputations contenues dans la saisine au fond sont appuyées d'éléments suffisamment probants, au sens de l'article L. 464-1 dudit code, pour lui permettre de

retenir qu'il n'est pas exclu que les pratiques dénoncées soient constitutives d'atteintes à la concurrence sur le marché ;

Considérant que la société saisissante estime que le marché du produit est celui du Céfuroxime injectable, antibiotique de la famille des béta-lactamines du groupe des céphalosporines de deuxième génération, dont l'indication principale est la prophylaxie des infections pouvant survenir lors de certaines interventions chirurgicales ; que la société Glaxo conteste cette définition du marché et considère que le marché doit être défini de façon plus large, soit en incluant tous les antibiotiques ayant les mêmes indications, soit en prenant en considération toute la famille des céphalosporines, soit encore, en ne prenant en compte que deux céphalosporines de la deuxième génération qui ont toutes deux les mêmes indications, c'est-à-dire le Céfuroxime et le Céfamandole ;

Mais considérant qu'il ressort du dossier que, pour l'un des marchés concernés par la saisine, l'hôpital de Meaux a spécifiquement commandé du Zinnat, ce qui indique que les médecins prescripteurs de cet hôpital ont considéré que la molécule du Céfuroxime, commercialisée par Glaxo sous le nom de Zinnat, n'était pas substituable à d'autres molécules, appartenant par exemple au même groupe des céphalosporines de deuxième génération ; qu'il ressort en outre des débats en séance que les cliniques et hôpitaux, dans la cadre de leur politique prophylactique et compte tenu des résistances imprévues que développent certains germes, cherchent à acquérir plusieurs antibiotiques différents, qui ne peuvent donc être considérés comme entièrement substituables ; qu'il résulte de ces constatations qu'il ne peut être exclu que le marché pertinent soit celui du Céfuroxime, marché qui comprend le Zinnat et au minimum le générique commercialisé par Flavelab sous le nom de Céfuroxime Flavelab ; que le chiffre d'affaires de la société Glaxo Wellcome pour le Zinnat injectable était, en 1999, de 29,9 MF contre 1,2 MF pour la société Flavelab au titre du Céfuroxime ; qu'il ressort de ces éléments qu'il n'est pas exclu que la société Glaxo Wellcome soit en position dominante sur le marché du Céfuroxime ;

Considérant que la société Flavelab soutient, en premier lieu, que la société Glaxo Wellcome pratique, au moins à certaines occasions, et depuis qu'une concurrence est apparue sur le marché, des prix particulièrement bas et qu'une telle politique en direction des hôpitaux ou des groupements d'achat hospitaliers a pour objet de l'évincer du marché du Céfuroxime ; qu'il est de jurisprudence constante qu'une pratique de prix bas ne peut être qualifiée d'abusives que si elle a pour objet ou peut avoir pour effet l'élimination d'un opérateur sur le marché considéré ; que, conformément à la jurisprudence communautaire (arrêt AKZO de la CJCE du 3 juillet 1991) et nationale, l'intention d'éviction peut être présumée à partir de la constatation que les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts variables ; que le coût variable est établi à partir de tous les coûts qui ont une relation directe avec les quantités vendues et qui évoluent en fonction des quantités ; que, conformément à la jurisprudence (décision n° 98-MC-16 du 18 décembre 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Toffolutti), ce prix de revient du produit comprend au minimum le coût du produit qui correspond soit au coût de production constitué du coût des matières premières augmenté du coût de l'énergie nécessaire à la production pour une entreprise qui fabrique ses produits, soit au coût d'achat du produit auprès d'un fournisseur dans l'hypothèse où l'entreprise fait appel à un sous-traitant ; qu'en l'espèce, les Laboratoires Glaxo Wellcome ont indiqué se fournir auprès d'un sous-traitant et ont communiqué au rapporteur, par courrier en date du 22 juillet 2000, leur coût d'achat moyen pour l'année 1999 ; que celui-ci a été respectivement de 5,85 F pour le Zinnat de 750 mg et de 12,10 F pour le Zinnat de 1,5 g ; que, si l'on compare ce coût d'achat du produit aux prix de vente proposés par Glaxo Wellcome à l'occasion de divers appels d'offres, comme celui passé avec la Générale de Santé qui regroupe les cliniques de Paris, pour la période du 1<sup>er</sup> avril 1999 au 31 mars 2000, ou les appels d'offres passés avec le Centre Hospitalier Universitaire (CHU) de Bordeaux et avec celui de Tours (portant sur les mêmes périodes), à savoir : 5 F pour le Zinnat de 750 mg et 10 F pour le Zinnat de 1,5 g pour la Générale de Santé ; 4,90 F pour le Zinnat de 750 mg et 9,80 F pour le Zinnat de 1,5 g pour le CHU de Bordeaux et enfin 0,10 F pour le Zinnat de 750 mg et 0,20 F pour le Zinnat de 1,5 g pour le CHU de Tours, on constate que les prix de vente ont été inférieurs au coût d'achat du produit et donc à son coût variable ; qu'il existe donc un indice sérieux de ce que, dans certaines circonstances, les prix de vente du Zinnat auraient été inférieurs aux coûts moyens variables ; qu'il n'est donc pas exclu que les prix pratiqués puissent être prédateurs ;

Considérant que la société saisissante allègue, en deuxième lieu, que la société Glaxo Wellcome n'hésite pas à prétendre qu'il n'existe aucun produit générique concurrent du Zinnat et que la propagation de cette information conduirait les hôpitaux à utiliser la procédure prévue par l'article 312 bis du code des marchés publics, c'est-à-dire à négocier directement avec Glaxo, sans mise en concurrence préalable ; qu'à l'appui de cette allégation, la société saisissante indique que, bien qu'ayant proposé au CHU de Meaux (marché du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 1999) le Céfuroxime à un prix inférieur à celui de Glaxo, cet hôpital a choisi Glaxo Wellcome en précisant que le Zinnat était sans concurrence ; que la société saisissante ajoute que le Groupement régional mixte des commandes publiques des hôpitaux et des établissements publics de la Région Alsace, de même que le Groupement des commandes pour le département de la Seine et Marne (pour des marchés passés pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2000) ont indiqué également qu'ils utiliseraient ce type de procédure ;

Considérant que la société saisissante soutient, en troisième lieu, que la société Glaxo Wellcome consent des remises accordées dans le cas de ventes liées ; qu'au soutien de son allégation elle produit un document en date du 12 novembre 1997, émanant de la société Glaxo, adressé au CHU de Lille, qui indique que, si le CHU commande à la fois du Zinnat (médicament sous brevet appartenant à Glaxo

à l'époque de la commande) et du Céfamandole, médicament en concurrence, l'hôpital bénéficiera de 14 % d'unités gratuites de Zinnat, soit 18 228 ampoules, ce qui représente une remise de 200 508 F HT ; qu'elle ajoute que le laboratoire Glaxo Wellcome aurait proposé également une prime de fidélité, et que cette prime serait acquise à condition que le CHU maintienne ses achats de Zinnat jusqu'en 2000 ;

Considérant ainsi, qu'il ne peut être exclu que la société Glaxo Wellcome se soit livrée à des pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce ;

#### *Sur la demande de mesures conservatoires*

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce susvisée, des mesures conservatoires " *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* " et que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre " *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* " ;

Considérant que la société saisissante demande au Conseil d'enjoindre au Laboratoire Glaxo Wellcome de justifier, au vu d'un document comptable certifié, le coût moyen variable du Zinnat (250, 750 et 1500 mg), de suspendre immédiatement les réponses à des appels d'offres à un coût inférieur à ce coût moyen variable, de ne plus répondre à des appels d'offres à un coût inférieur à ce coût moyen variable et d'informer par courrier le Conseil de la concurrence de ses réponses à des appels d'offres afin que le Conseil puisse vérifier que ces propositions ne sont pas inférieures à ce coût moyen variable ;

Considérant que, pour appuyer sa demande, la partie saisissante fait valoir que l'absence de mesures conservatoires entraînerait sa disparition du marché des céphalosporines de deuxième génération, dans la mesure où la poursuite des pratiques de la société Glaxo Wellcome la conduirait à cesser de commercialiser le Céfuroxime Flavelab, produit qui représente 34 % de ses ventes ;

Mais considérant que si la société Flavelab a indiqué que la vente de Céfuroxime représente 34 % de ses ventes aux hôpitaux, elle n'a pas contesté que le montant de ses ventes avait progressé, de 1998 à 1999, de 305 705 F à 1 242 506 F ; qu'interrogée en séance, elle n'a fourni aucune information sur ses ventes et sa situation financière en 2000, tant en ce concerne le Céfuroxime que ses autres activités ; qu'en conséquence, l'atteinte grave et immédiate à l'entreprise n'est pas démontrée ;

Considérant qu'une augmentation importante des ventes de Céfuroxime de Flavelab a été constatée en 1999 ; que, par ailleurs, d'autres laboratoires ont obtenu en 1999 une autorisation de mise sur le marché pour le Céfuroxime, en particulier les laboratoires Merck et Cooper, ce qui laisse présumer de leur intention d'entrer prochainement sur le marché de cette molécule ; que la société saisissante n'a fourni aucun élément sur l'évolution du marché du Céfuroxime en 2000 ; qu'une atteinte grave et immédiate au secteur concerné ou à l'intérêt des consommateurs ne peut ainsi être retenue ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de mesure conservatoires doit être rejetée,

#### **Décide :**

**Article unique :** La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 274 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Wibaux, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Robin, membre.

La secrétaire de séance,

Patricia Perrin

Le vice-président,  
présidant la séance,

Pierre Cortesse