

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 01-D-23 du 10 mai 2001 relative aux pratiques de la société Abbott sur le marché des produits anesthésiques

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 15 décembre 1995 sous le numéro F 825, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la société Abbott sur le marché de l'Isoflurane, anesthésique gazeux ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié, instituant la Communauté européenne et notamment ses articles 81 et 82 ;

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 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par la société Abbott et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Abbott entendus lors de la séance du 6 février 2001 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

I. - Constatations

A. – L'anesthésie

L'anesthésie est une opération qui, conventionnellement, comporte deux phases : l'induction et l'entretien. En règle générale, au début des années 1990, une anesthésie nécessitait la mise en œuvre d'un anesthésique injecté, pour obtenir l'induction, et d'un anesthésique administré par voie aérienne ou AHV, pour assurer l'entretien. D'après le professeur Girardet et le docteur Jacquot, anesthésistes au CHU de Grenoble, *" les anesthésiques volatils se distinguent nettement des anesthésiques injectés, à la fois par leur destination et leur mode d'utilisation. Les injectés ne sont pas substituables aux aériens, sauf remise en cause de nos méthodes de travail "*. Selon M. Mattei, pharmacien-conseil de la CACIC (Centrale d'achats-conseil-information des cliniques), qui est une centrale d'achats regroupant 400 cliniques, *"les anesthésistes qui utilisent les injectés sont souvent d'une autre école que ceux qui utilisent les volatils"*. selon M. Tremege, directeur de la division *" hôpital "* chez Abbott : *"Aujourd'hui, à part l'Halothane en pédiatrie uniquement, on a obligation de recourir à un anesthésique intra-veineux pour l'induction du sommeil du patient "*.

On note toutefois deux exceptions à ce principe ; la première, concernant l'anesthésie des enfants qui, assez fréquemment, pour éviter l'injection, était entièrement réalisée -induction et entretien- avec un anesthésique volatil (Halothane) ; la seconde, qui est plus importante, concerne les anesthésies réalisées avec un anesthésique injecté, le Diprivan, qui a été présenté, dès son lancement en 1988 par ICI-Zeneca, comme étant un anesthésique utilisable à la fois pour l'induction et l'entretien ; ce dernier usage semble toutefois s'être développé lentement et progressivement et se serait trouvé grandement facilité à partir de 1991, lorsque le Diprivan a été présenté sous un nouveau conditionnement en flacon ; selon le professeur Conseiller, chef de service du département anesthésie-réanimation de l'hôpital Cochin, ce ne serait que dans les années 1994/1995 que l'emploi du Diprivan pour entretenir l'anesthésie se serait vraiment développé ; deux autres témoignages de médecins hospitaliers, produits par la société Abbott, laissent au contraire entendre que, dès son lancement, le Diprivan aurait été utilisé de façon significative pour l'entretien des anesthésies.

En ce qui concerne, enfin, l'emploi respectif des différents produits halogénés, encore appelés aériens ou volatils, de nombreuses déclarations, recueillies par l'enquête administrative, insistent sur le caractère très spécifique de l'Isoflurane. Selon Mme Renaux, directeur des achats de l'Assistance Publique de Paris : *" il existe au sein de l'AP une commission de médecins et de pharmaciens qui donne son avis sur la substituabilité des produits. Il n'existe pas d'équivalent à l'Isoflurane. Plus la structure hospitalière est spécialisée, moins c'est substituable. "* ; le professeur Girardet et le docteur Jacquot du CHU de Grenoble, déjà cités, indiquent pour leur part : *" (...) Au sein des volatils, l'Isoflurane est celui qui est le plus dénué d'effets secondaires. Chaque anesthésique a ses indications propres. L'Isoflurane ne peut pas être remplacé par l'Halothane si l'on veut que nos clients bénéficient des meilleures possibilités existantes. "*, tandis que M. Mattei, pharmacien conseil du groupement d'achat CACIC affirme : *" Il n'existe pas de véritable équivalent à l'Isoflurane dans le domaine des halogénés volatils (...) "*. Cette appréciation est confirmée par M. Gibassier, pharmacien gérant de la clinique mutualiste La Sagesse à Rennes, par M. Denis, président-directeur général de la société Belamont, et par M. Tremège, directeur de la division Hôpital de la société Abbott, qui déclare : *" Aujourd'hui, l'Isoflurane a une notoriété évidente au plan thérapeutique, en raison d'avantages thérapeutiques, par rapport aux autres produits volatils (Halothane, Ethrane) et injectables (Diprivan). Halothane et Ethrane sont des produits plus anciens. Aujourd'hui, les anesthésistes considèrent que l'Isoflurane est l'étalon-or, la meilleure sécurité tant pour le patient que pour l'anesthésiste "*.

B. - L'évolution de la consommation ET DE LA FOURNITURE des différents anesthésiques

1. Évolution de la consommation et de la fourniture d'Isoflurane

Jusqu'à la fin de 1992, le Laboratoire Abbott France était le seul à pouvoir commercialiser en France ce principe actif, en raison de la détention par sa maison mère, Abbott Laboratories (USA), d'une licence exclusive de production et de distribution qui lui avait été délivrée par la société Ohmeda ; cette dernière société constituait le pool santé du groupe britannique BOC (British Oxygen Company).

Lorsque le brevet de l'Isoflurane est tombé dans le domaine public à la fin de l'année 1992, la SA Laboratoire Belamont, qui vend des produits génériques qu'elle fait fabriquer par divers industriels (Rhône-Poulenc Chemicals UK pour l'Isoflurane), est entrée sur ce marché.

En 1994, le laboratoire Pharmacia est entré à son tour sur le marché des anesthésiques volatils avec un générique de l'Isoflurane, commercialisé sous le nom d'Aeranne, et un produit dénommé Deflurane (ces produits ne représentent en 1994 qu'une faible part du marché).

Il ressort de l'instruction que la société Abbott a assuré 100 % de la consommation d'Isoflurane jusqu'en 1992,

98 % en 1993, 81,7 % en 1994 et encore 70,3 % en 1995.

2. Évolution de la consommation et de la fourniture d'anesthésiques halogénés

En ce qui concerne les anesthésiques halogénés, on comptait, à l'époque, trois principes essentiels, qui sont l'Isoflurane, l'Halothane et l'Enflurane, sans compter le Déflurane, qui a fait son apparition en 1994. L'offre des anesthésiques gazeux en France était alors la suivante :

- Abbott : Isoflurane (commercialisé sous le nom de Forene) depuis 1984 et Enflurane (commercialisé sous le nom d'Ethrane),
- Belamont : Halothane et Isoflurane (à compter de fin 1992),
- Zeneca : Halothane (commercialisé sous le nom de Fluothane),
- Pharmacia : Isoflurane (commercialisé sous le nom d'Aeranne) et Déflurane (commercialisé sous le nom de Suprane), les deux produits à compter de 1994.

Dans ce contexte, la consommation des anesthésiques gazeux a évolué de la façon suivante entre 1988 et 1994 (en nombre de flacons) :

Anesthésiques gazeux	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Isoflurane	62 146	112 317	151 083	205 483	297 885	341 744	345 964	344 942
	23 %			53 %	61 %	66 %	70 %	71,5 %
Halothane	108 939	103 059	99 017	92 471	93 490	85 767	79 759	66 083
	40 %					18 %	16 %	13,8 %
Enflurane	96 576	101 963	93 197	87 266	91 200	82 584	66 777	47 841
	37 %					16 %	13,5 %	9,9 %
Deflurane							2 694	22 925
							0,5 %	4,8 %

Total	267 661	317 339	343 297	385 220	482 575	510 095	495 194	483 386

Entre 1988 et 1994, la part de l'Isoflurane dans la consommation totale de produits halogénés est donc passée de 23 % à 70 %.

De son côté, la part de la société Abbott sur l'ensemble des consommations des anesthésiques halogénés, en quantité de flacons, est passée de 80 % en 1992 à 82 % en 1993 et 70 % en 1994 ; sur la base de statistiques en valeur, les pourcentages sont encore plus élevés et s'établissent respectivement sur la même période à 94 %, 92 % et 81 %.

C. - LES PRATIQUES CONSTATÉES

Dans le contexte rappelé ci-dessus, trois séries de pratiques ont été relevées au cours de l'enquête réalisée par les services de la DGCCRF ; elles sont le fait de la société Abbott et se sont développées dès la fin de l'année 1992, lorsque le brevet de cette société pour l'Isoflurane est tombé dans le domaine public. A la même époque, la société Belamont entrait sur ce marché, qui s'ouvrait, en proposant un générique.

1. Le refus de la société Abbott de laisser utiliser ses cuves pour la mise en œuvre du produit de la société Belamont et les pratiques associées

a) La mise en œuvre de l'Isoflurane

Les anesthésiques aériens sont commercialisés en flacon sous forme liquide et le passage de l'état liquide à l'état gazeux s'effectue à l'aide d'un évaporateur parfois dénommé " cuve ". L'évaporateur est lui-même branché sur un respirateur, qui est l'équipement qui permet de contrôler le déroulement de l'anesthésie. Chaque type d'anesthésique volatil nécessite l'emploi d'un évaporateur spécifique pour sa mise en œuvre ; le principe est identique, mais les réglages sont différents en raison de la densité et de la viscosité, qui varient en fonction des produits.

Selon M. Blondel, chef de produits Anesthésie-Monitoring de la société Drager, qui est l'un des fabricants principaux pour ce type d'appareils : " *techniquement il est possible d'utiliser plusieurs évaporateurs sur un respirateur* ". Il apparaît, en outre, que, de plus en plus fréquemment, les respirateurs sont équipés de systèmes " *enfichables* ", permettant de changer les évaporateurs branchés à un moment donné. Cette évolution est le résultat de la multiplication des anesthésiques volatils à la disposition des professionnels.

La plupart des respirateurs, à l'époque des faits, étaient systématiquement équipés d'un évaporateur à Halothane et cet évaporateur était, le plus souvent, acheté par l'acquéreur du respirateur. En revanche, le ou les autres évaporateurs correspondant à des anesthésiques aériens, autres que l'Halothane, étaient plus rarement acquis par les utilisateurs lors de l'achat du respirateur. Ce n'est que lorsque l'usage d'un autre anesthésique se développait que, soit il était procédé à l'acquisition de l'évaporateur correspondant, soit le fournisseur du gaz mettait systématiquement à disposition l'évaporateur approprié. La société Abbott, pour faciliter le développement de l'utilisation de l'Isoflurane et vaincre la résistance des praticiens, qui hésitaient à acheter d'autres évaporateurs pour la mise en œuvre d'un gaz dont le caractère indispensable n'était pas établi à l'origine, a pratiqué très tôt une

politique de mise à disposition systématique des utilisateurs de cuves permettant la mise en œuvre dudit produit ; fin 1992, elle avait mis à disposition, dans les 10 000 salles d'opérations que l'on dénombre sur le territoire français, 6 900 évaporateurs et équipait, ainsi, la très grande majorité des utilisateurs. Cette prestation additionnelle à la fourniture du gaz lui-même n'était pas individualisée dans les appels d'offres ou dans les facturations. Elle était implicitement incluse dans la prestation globale et ne donnait lieu, le plus souvent, qu'à la rédaction d'un document attestant le prêt des cuves. Ce document était signé par les personnes mettant directement en œuvre le produit et non par le personnel responsable des achats des hôpitaux ou des cliniques concernés.

b) Le comportement de la société Abbott

lorsque la société Belamont a commencé à prospecter le marché avec son produit concurrent, les consommateurs (services acheteurs et services utilisateurs des établissements hospitaliers) se sont rendu compte que le prix payé pour l'Isoflurane couvrait aussi la mise à disposition des cuves. Dans ce contexte, on ne pouvait donc comparer les conditions de vente des deux produits sans inclure le coût des évaporateurs et on ne pouvait changer de fournisseur d'anesthésique sans que la discussion ne porte aussi sur la question des évaporateurs. Parallèlement, la société Belamont a pris conscience de l'importance du problème posé : M. Denis, dirigeant de cette société, déclare à cet égard " *Quand Belamont a lancé son Isoflurane, il ignorait le fait qu'Abbott avait mis en place gratuitement des évaporateurs dans les hôpitaux. Belamont pensait que les hôpitaux détenaient ce matériel indispensable. Belamont a fait une étude à caractère strictement économique (prix) sans se soucier des évaporateurs* ".

Confrontée à cette situation, la société Belamont, ainsi que les utilisateurs, ont tenté d'obtenir un emploi non discriminatoire des cuves mises à disposition par la société Abbott, mais cette société a alors fait savoir que les cuves n'étaient prêtées que pour la mise en œuvre de son propre produit. La société Belamont s'est donc efforcée de mettre en place, dans les meilleurs délais, son propre système de prêt d'évaporateurs et a sollicité l'aide de la société Rhône-Poulenc Chemicals, son fournisseur d'Isoflurane, qui a acheté et mis à sa disposition 800 cuves en 1994.

Si, dans la saisine du Conseil, le ministre soutenait que la société Abbott aurait dû permettre que l'on utilise ses cuves pour mettre en œuvre l'Isoflurane livrée par un concurrent, le grief correspondant n'a toutefois pas été retenu par le rapporteur, compte tenu du fait que la société Belamont a été à même de développer sa part de marché, dès lors qu'elle a, comme la société Abbott, mis des cuves à la disposition des acheteurs de son produit.

2. La pratique de l'ajustement des prix

a) Le contexte des ajustements

L'entrée de la société Belamont sur le marché a été, dans le contexte décrit ci-dessus, sensiblement limitée par deux facteurs : d'une part, un coût de revient du produit beaucoup plus élevé que celui de son concurrent et, d'autre part, l'impossibilité de proposer à ses clients les évaporateurs qui sont indispensables à la mise en œuvre dudit produit. Sur le premier point, le différentiel de prix s'établit de la façon suivante :

Prix de vente du produit par le fabricant d'Isoflurane au distributeur français	Abbot	Belamont
1993	146,8	~300

1994		244,15
Prix de vente moyen sur le marché français	Abbot	Belamont
1992	386	378
1993	352	356
1994	292	282
1995	189	193
1996	151	157

(unité = FF par flacon)

La société Belamont devait ajouter au prix d'achat indiqué ci-dessus les frais de conditionnement et de commercialisation du produit ; il s'ensuit que sa marge d'adaptation à l'évolution du marché était faible en comparaison de celle dont disposait la société Abbott.

Sur le deuxième point, la pratique de mise à disposition des cuves impliquait que, pour être compétitif sur le marché, il convenait, soit d'offrir un prix comparable à celui du concurrent et de fournir, en sus, un nombre de cuves approprié, soit de consentir un prix sensiblement inférieur pour compenser l'absence de fourniture de cuves. Par un calcul strictement arithmétique, l'administration a évalué que la fourniture d'évaporateurs correspondait à un coût de 25 F par unité d'Isoflurane et que, pour être compétitif sans évaporateur, il fallait donc offrir un prix inférieur d'au moins 25 F au prix du concurrent qui fournissait l'évaporateur. Dans la réalité, l'analyse des 112 opérations d'achat public et des cinq opérations des centrales d'achat privées fait apparaître que, chaque fois que le problème des cuves s'est clairement posé, la société Belamont n'a réussi à vendre son Isoflurane, sans fournir de cuves, que lorsqu'elle a consenti un prix inférieur d'au moins 40 F au prix de la société Abbott, et ce différentiel de 40 F par flacon a été confirmé par la société Belamont elle-même (pièce 1216, annexe n° 28). Dans ces conditions, chaque fois que la société Belamont a fait une offre dépourvue de cuve, cette offre ne pouvait être considérée comme compétitive que si elle était inférieure d'au moins 40 F par unité à l'offre concurrente assortie de cuves.

Sur cette base, pour les hôpitaux publics, l'enquête a fait apparaître que la société Belamont a présenté, en 1993, quatre offres compétitives sur 47, mais aucune avec des cuves et, en 1994, onze offres compétitives sur 65 dont cinq avec cuves. Dans le secteur privé, en 1993, la société Belamont n'a fait aucune offre compétitive et jamais d'offre avec cuves, tandis qu'en 1994, deux offres sur cinq comportaient des cuves et deux offres sur cinq étaient de nature à concurrencer la société Abbott (CACIC et ACTA).

b) Les opérations d'ajustement

Dans le secteur privé comme dans le secteur public, la passation des commandes d'Isoflurane n'a pas lieu en référence à un tarif donnant publiquement la variation des prix en fonction des quantités, mais résulte de négociations personnalisées, au cours desquelles le prix initialement proposé est susceptible d'être ajusté.

- Dans le secteur public :

L'enquête administrative a fait apparaître qu'en 1993, comme en 1994, les négociations des marchés des établissements du secteur public pour la fourniture d'Isoflurane se sont déroulées, dans la plupart des cas, compte tenu de leur faible montant, selon la procédure des marchés négociés, qui autorise une grande souplesse dans les discussions commerciales. Ce cadre a permis à la société Abbott d'adapter ses offres initiales de prix en fonction des offres faites par la société Belamont et de négocier, au coup par coup, l'importance de l'avantage représenté par la mise à disposition des évaporateurs. Cette prestation et le coût alternatif de l'acquisition de cuves par l'établissement utilisateur ont, en effet, à partir de cette période, constitué des arguments commerciaux et ont introduit une variable supplémentaire, dans la mesure où le choix à réaliser ne reposait pas seulement sur les prix, mais aussi sur la capacité des établissements à gérer le problème des cuves. En 1993 et en 1994, sur des échantillons de respectivement 47 et 65 marchés, on constate que la société Abbott a adapté ses prix respectivement neuf et huit fois aux prix pratiqués par son concurrent Belamont ; parfois, l'ajustement s'est fait sur les prix, parfois, il a été réalisé par l'octroi de flacons gratuits.

- Dans le secteur privé :

L'enquête a démontré que :

- en 1993, dans ses négociations avec l'Association de groupements d'achats privés (AGAP), qui regroupe diverses cliniques de la région de Nancy, il a suffi que la société Abbott s'aligne sur les prix pratiqués par la société Belamont pour maintenir sa position.
- En 1994, dans ses négociations avec l'Association des cliniques toulousaines pour les achats (ACTA) qui regroupe sept cliniques toulousaines, la société Abbott a ajusté son offre à l'offre faite par la société Belamont, en proposant un prix légèrement inférieur à celui proposé par son concurrent, et elle a conservé la totalité du marché.

3. Les systèmes de tarification appliqués aux centrales d'achat de l'hospitalisation privée

a) Les relations de la société Abbott avec la Centrale d'achats de l'hospitalisation privée (CAHP)

La CAHP représentait, pendant la période considérée (1992-1995), environ 20 % de la consommation française d'Isoflurane. Jusqu'en 1992, l'intervention de la CAHP se limitait au référencement de l'Isoflurane, sans perception de la commission habituelle de référencement qui, en 1994 par exemple, s'est élevée à 1 %. Les clients finaux, affiliés à cette centrale, traitaient directement avec la société Abbott sur la base d'un tarif quantitatif appliqué, client par client, sans globalisation des commandes. En 1993, l'arrivée de la société Belamont sur le marché a entraîné une modification du système. La société Abbott a, alors, fixé un prix en tenant compte du chiffre d'affaires global prévisionnel de l'ensemble des établissements affiliés et institué une remise de 8 %, répartie entre les membres au prorata de leur consommation propre en fin d'exercice, si l'objectif global de 45 000 unités était atteint. La consommation du produit Abbott était soutenue par la centrale, au nom du partenariat ainsi créé. A la suite de la mise en place de ce nouveau système, aucune "défection" n'a été enregistrée et les acheteurs ont bénéficié de la remise de 8 %. La société Abbott est ainsi parvenue à une exclusivité de fait.

En 1994, les relations de la société Abbott avec la CAHP ont été à nouveau modifiées. Aux termes du nouveau contrat établi pour une période de deux ans, le partenariat exclusif a été explicité et confirmé. Sur la base de la globalisation des achats effectués par les adhérents et de l'exclusivité d'achat consentie, un prix à l'unité était garanti. Ce prix était, en outre, assorti d'une remise croissant en fonction du pourcentage d'augmentation de la consommation globale servant de base à la fixation du prix garanti. Pour s'assurer que les engagements seraient bien suivis, le contrat global passé avec la CAHP devait être conforté par la signature de contrats individuels avec

les adhérents, qui s'engageaient sur leur consommation prévisionnelle d'Isoflurane et, en contrepartie, se voyaient garantir non seulement le prix unitaire fixé au niveau de la centrale et l'éventuelle remise pour accroissement de la consommation, mais encore une prime " *de fidélité* " calculée sur le chiffre d'affaires annuel hors taxe réalisé sur l'ensemble de la gamme des produits Abbott Hôpital. Dans les faits, tous les adhérents ont signé le contrat individuel mentionné ci-dessus. Ce nouveau contrat couvrait une période de deux ans (1994/1995).

b) Les relations de la société Abbott avec la Centrale d'achats-conseil-information des cliniques (CACIC)

La CACIC représentait, pendant la période en cause, environ 8 % du marché de l'Isoflurane. Cette structure, financée par une commission de 2 % sur le chiffre d'affaires réalisé, regroupe environ 400 cliniques et agit plus comme centrale de référencement que comme centrale d'achat. Son référencement est composé de produits concurrents, mais elle se réserve le droit d'orienter ses adhérents vers un produit donné. En ce qui concerne l'Isoflurane, la CACIC avait proposé, avant 1993, à la société Abbott un référencement, mais aucune formalisation de ces contacts n'avait été réalisée et la société Abbott appliquait individuellement aux adhérents un barème quantitatif. En 1993 et 1994, l'Isoflurane des sociétés Abbott et Belamont étaient tous les deux référencés et étaient proposés à des prix différents. Pour 1993, la société Abbott a proposé à la CACIC les mêmes conditions de remise que celles consenties à la CAHP, à la différence que cette remise n'était pas conditionnée par la réalisation d'une consommation globale prévisionnelle, mais par le fait que tous les membres du groupement devaient se fournir exclusivement auprès de la société Abbott. La CACIC, qui n'agit que comme centrale de référencement, ne pouvait souscrire à ces conditions, mais elle a communiqué l'information à ses adhérents qui, à l'unanimité sauf un, ont passé à la société Abbott la totalité de leurs commandes et bénéficié en fin d'exercice de la remise de 8 %.

Pour 1994, la société Abbott a commencé par reconduire une offre identique à celle de 1993 puis, ayant eu connaissance des propositions de la société Belamont, elle a proposé un système proche de celui négocié avec la CAHP : un prix garanti (ajusté à la baisse), calculé sur la consommation globale prévisionnelle de l'ensemble des adhérents, assorti d'une remise supplémentaire en fonction du taux de croissance du volume d'achat d'Isoflurane réalisé par chaque adhérent, devant s'appliquer au montant total des achats de produits Abbott et versée en fin d'année sous la forme d'un avoir financier. Toutefois, compte tenu du contexte global et malgré l'ajustement de l'offre de la société Abbott, une partie non négligeable des adhérents -qui n'a toutefois pas fait l'objet d'une évaluation rigoureuse- s'est tournée vers la société Belamont.

c) Les relations de la société Abbott avec le CLUB H

Pendant la période considérée, le CLUB H représentait environ 5 % de la consommation d'Isoflurane en France. En 1993, la société Abbott consentait une remise de 3 %, à condition que les achats globaux des adhérents dépassent 10 000 unités. Elle a conservé ainsi la totalité du marché. En revanche, en 1994, malgré le passage de la remise à 4,5 % (ce qui correspondait aussi à un ajustement du prix), la société Belamont, qui avait consenti un effort financier important et décidé de fournir gratuitement les évaporateurs, a emporté le marché.

D. – LES GRIEFS NOTIFIES

Sur la base de ces constatations, il a été notifié à la société Abbott, en application des articles 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (L. 420-2 du code de commerce) et 82 du traité instituant la communauté européenne, un grief d'abus de position dominante, sur le marché des produits utilisés pour la phase d'entretien des anesthésies, ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de limiter ou de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché pour les pratiques suivantes :

- l'adaptation du niveau de prix de ses offres dans la stricte mesure de ce qui lui paraissait nécessaire à l'éviction de son concurrent, la société Belamont, pratique mise en œuvre en 1993 et 1994, tant à l'égard des hôpitaux publics que des établissements privés ;
- la mise en place de différents systèmes de tarification favorisant l'achat exclusif de son Isoflurane par des groupements d'achat ou les adhérents de groupements d'achat (CAHP, CACIC et CLUB H) en 1993 et 1994.

La façon dont la société Abbott a jeté le doute sur la compatibilité de ses cuves avec le produit vendu par la société Belamont était une pratique de nature à conforter les obstacles dressés par la société Abbott pour gêner l'entrée de la société Belamont sur le marché de l'Isoflurane. Cependant, cet élément a été abandonné par le rapporteur au stade du rapport.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la régularité des procès-verbaux relatifs à des informations recueillies auprès de tiers

Considérant que la société Abbott soutient que de nombreux procès-verbaux, recueillant les dépositions de personnes entendues à titre de témoin dans la présente procédure, seraient irréguliers dans la mesure, notamment, où les personnes interrogées n'auraient pas été informées de l'objet de l'enquête ;

Mais considérant que, par un arrêt du 1^{er} juin 1999, la Cour de cassation, chambre commerciale, saisie d'un pourvoi formé contre la décision rendue par le président d'un tribunal en application de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a écarté le grief sur le motif pris de l'absence de recherche sur le point de savoir si l'objet de l'enquête avait été porté à la connaissance des déclarants, en retenant que les procès-verbaux litigieux relataient les déclarations de personnes entendues comme témoins, et non comme accusées d'une infraction ; qu'en outre, au-delà d'un manquement purement formel, la société Abbott n'établit pas en quoi la procédure suivie aurait violé les droits de la défense ; que le moyen doit donc être écarté ;

Sur le marché pertinent et la position de la société Abbott sur ce marché

Considérant que la société Abbott soutient que, par application des critères retenus par la commission européenne et issus de la nomenclature ATC de l'Office mondial de la santé, le marché pertinent est celui des anesthésiques généraux, gazeux ou injectables, sans distinction entre induction et entretien de l'anesthésie et que, même si le Conseil retenait comme pertinent le marché défini par le rapporteur, à savoir celui des produits utilisés pour l'entretien des anesthésies, elle ne détenait, quel que soit le marché, aucune position dominante au moment des faits ;

Considérant, qu'ainsi que l'a précisé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 mai 1997, *Lilly France SA*, pour apprécier l'existence d'offres substituables à celle d'un médicament et pour définir la disponibilité de produits constituant des moyens alternatifs de satisfaire la même demande de soins, " *il convient de tenir compte à la fois des spécificités techniques de ce médicament et du comportement des médecins prescripteurs* " ; qu'il résulte des déclarations recueillies au cours de l'enquête auprès de nombreux professionnels, qui sont citées dans la première partie de la présente décision, que l'Isoflurane possède des qualités qui le distinguent nettement, tant des autres anesthésiques aériens en général que du Diprivan en particulier ; qu'il ressort, sans équivoque, de l'enquête réalisée que chaque établissement acheteur évalue ses besoins propres en Isoflurane et ne retient jamais de catégorie générique du type " *produits anesthésiques* " ou " *anesthésiques halogénés* ", encore moins " *produits*

anesthésiques destinés à l'entretien " ; que le prescripteur, loin de prescrire indifféremment l'un ou l'autre produit à l'intérieur d'une catégorie plus large, se prononce clairement en faveur de l'un ou l'autre de ces produits et que son choix n'est susceptible de changer qu'au terme d'une évolution engageant des choix techniques élaborés et prenant en compte des éléments économiques relatifs tant au produit lui-même, qu'aux conditions de sa mise en œuvre ; que le marché pertinent est donc celui de l'Isoflurane ;

Considérant que la société Abbott réalisait, en 1993, 98 % des ventes de ce produit et encore 81,7 % en 1994 ;

Considérant que cette société soutient que la diminution significative de ses parts de marché pendant la période considérée, ainsi que le fait qu'elle était incapable de fixer ses prix en faisant abstraction de la concurrence, démontrent qu'elle n'occupait pas de position dominante sur ce marché ;

Mais, considérant que, s'il est constant que les parts de marché de la société Abbott n'ont cessé de baisser après 1992, année d'expiration du brevet d'exploitation de l'Isoflurane, cette diminution a été progressive et modérée ; que la part du marché de l'Isoflurane s'élevait encore à 81,7 % en 1994 et 70,3 % en 1995, alors que celles de la société Belamont s'élevaient à 18 % et 22,8 % et celles de la société Pharmacia étaient de 0,3 % et de 6,9 % pour les mêmes années ;

Considérant que, lorsque une entreprise en situation de monopole passe à une situation dans laquelle, progressivement, la concurrence se fait sentir de façon de plus en plus soutenue, le seul fait, pour elle, d'ajuster ses prix à ceux de la concurrence ne signifie pas *ipso facto* qu'elle a perdu sa capacité de s'abstraire de la concurrence et sa position dominante ; que si, en ajustant ses prix au niveau de la concurrence, elle conserve une part substantielle du profit qu'elle réalisait antérieurement et parvient à conserver une part de marché très supérieure à celle de ses concurrents, cette société peut être considérée comme maintenant sa position dominante ; qu'ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, la société Abbott, en baissant ses prix, a pu conserver des parts de marché élevées ; qu'en ce qui concerne le niveau des prix, il suffit de rappeler qu'en 1993 la société Abbott France achetait 147 F à sa maison mère un flacon qu'elle revendait 352 F (386 F en 1992) ; que le prix de vente s'élevait encore à 292 F en 1994, alors qu'il a encore pu descendre à 189 F en 1995 et 151 F en 1996, pour s'adapter aux conditions du marché ; que les ajustements de prix auxquels la société Abbott a procédé en 1993 et 1994 ne relèvent pas du comportement d'une entreprise placée devant une situation de concurrence, mais traduisent encore la capacité de la société Abbott, face à l'entrée de concurrents sur un marché qu'elle dominait, à maintenir des taux de marge très substantiels et des parts de marché considérables ;

Considérant, enfin, que, si la société Abbott invoque la faiblesse relative de l'ensemble de ses activités en France comparées à celles de ses principaux concurrents pour relativiser la position qu'elle pouvait occuper sur le marché de l'Isoflurane, il n'est établi, en l'espèce, aucun lien convaincant entre la situation globale d'Abbott par rapport aux autres sociétés pharmaceutiques sur le territoire français et sa position sur le marché spécifique de l'Isoflurane ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments que la société Abbott occupait en 1993 et 1994, années de mise en œuvre des pratiques examinées, une position dominante sur le marché français de l'Isoflurane ;

Sur l'application du droit communautaire

Considérant qu'aux termes de l'article 82 du traité instituant la communauté européenne : "*Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.*"

Considérant que la société Abbott occupait, à l'époque des faits, une position dominante sur le marché français de l'Isoflurane et que le marché français constitue une partie substantielle du marché commun ; qu'en outre, au cas d'espèce, une pratique anticoncurrentielle sur le marché français serait mécaniquement susceptible d'affecter le commerce entre États membres, compte tenu du fait que la société Belamont se procure l'Isoflurane qu'elle commercialise auprès d'une société établie en Grande-Bretagne ; qu'en conséquence, les faits de l'espèce entrent bien dans le champ d'application du droit communautaire.

Sur les pratiques

Sur la pratique d'ajustement des prix

Considérant que l'enquête administrative a établi que, durant les années 1993 et 1994, la société Abbott avait, pour de nombreux marchés lancés par des hôpitaux ou des cliniques, adapté le niveau de ses offres de prix pour l'Isoflurane à celui de sa concurrente, la société Belamont, afin de demeurer compétitive par rapport à celle-ci ;

Considérant que les pratiques ainsi relevées ont été mises en œuvre, pour le secteur public, dans le cadre de marchés négociés et, pour le secteur privé, dans le cadre de négociations commerciales ; que chacune de ces procédures favorise la discussion sur les prix jusqu'à ce qu'un offreur emporte le marché ; que, dans un tel contexte, il ne saurait être interdit à un opérateur, même dominant, de procéder à tout ajustement de prix, cette façon de procéder lui permettant de limiter, transaction par transaction, la baisse de prix qu'il lui faut consentir pour maintenir sa position sur le marché ; que, cependant, cette pratique doit demeurer dans les limites d'un comportement compétitif normal et d'une concurrence légitime ; que tel ne serait pas le cas, notamment, si les ajustements de l'opérateur avaient un caractère systématique ou judicieusement ciblé, s'ils revêtaient une ampleur permettant de considérer le prix d'ajustement comme un prix d'éviction ou, plus généralement, s'ils constituaient un obstacle de nature à entraver artificiellement l'entrée d'un concurrent sur le marché ;

Considérant qu'il résulte de l'analyse détaillée de l'échantillon retenu par l'enquête administrative que l'offre de la société Belamont était rarement compétitive (quatre cas en 1993 et onze en 1994 pour l'hospitalisation publique, aucun cas en 1993 pour le secteur privé mais près de 20 % de ce marché en 1994) ; que lorsque l'offre de la société Belamont était compétitive (trois sur quatre en 1993 et six sur onze en 1994 pour l'hospitalisation publique et la totalité des cas en 1994 pour le secteur privé), elle n'a pas été suivie d'un ajustement systématique de la société Abbott ; qu'au surplus, l'ajustement des prix de la société Abbott n'a évincé la société Belamont que lorsqu'il était effectué sur une offre sans cuve de la société Belamont (ou sur une offre avec cuve non concurrentielle) ; qu'enfin les ajustements n'ont jamais conduit à une baisse considérable ou anormale de prix et n'ont pas entraîné de contre-offre de la part de la société Belamont ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les opérations d'ajustement en cause, compte tenu du contexte dans lequel elles ont été effectuées, et eu égard à leur caractère non systématique et à leur amplitude le plus souvent raisonnable, ne sauraient être considérées comme constitutives d'un abus de position dominante ;

Sur les pratiques tarifaires à l'égard de centrales d'achat de l'hospitalisation privée

Considérant qu'il n'est pas contesté que, pour l'année 1993, la société Abbott a proposé à la CAHP et à la CACIC un prix fixé en fonction d'un volume global prévisionnel d'achat de l'ensemble des établissements affiliés, assorti d'une remise supplémentaire, accordée en cas de dépassement d'un certain volume de consommation ; que, pour

1994, la société Abbott a offert aux adhérents de la CAHP, dans le cadre d'un contrat d'une durée de deux ans, en plus des remises ainsi prévues, une prime calculée sur le chiffre d'affaires annuel hors taxes réalisé sur l'ensemble de la gamme " Abbott hôpital " par chaque établissement et, aux adhérents de la CACIC, une remise individuelle portant sur le chiffre d'affaires total réalisé ; que, pour le CLUB H, la société Abbott a proposé, en 1993 et 1994, une remise accordée en fonction d'un quota global d'achats des adhérents ;

Considérant que la société Abbott expose que les remises considérées constituent de simples remises de quantité ;

Mais considérant, cependant, que la fixation par une entreprise en position dominante de conditions de vente qui portent sur la totalité des besoins d'un ensemble de clients pour une période donnée constitue une pratique de fidélisation de nature à fausser le jeu de la concurrence ; qu'ainsi que l'a énoncé la CJCE, dans un arrêt n° 85/76 du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche " *pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier -fût-ce à leur demande- des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante, (...) soit que l'obligation soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique (...) un système de rabais de fidélité (...) ; qu'à la différence des rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, la remise de fidélité tend à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents ; (...)* " ; qu'en l'espèce, les offres de remises proposées par la société Abbott à la CAHP et à la CACIC consistaient à accorder, en contrepartie d'une exclusivité d'achat, une ristourne à la fois progressive et générale, puisque calculée en fonction du taux d'accroissement de la consommation réelle par rapport à la consommation globale estimée ; que le directeur de la division hôpital de la société Abbott a expressément reconnu que les offres de remises présentées aux centrales d'achats des établissements privés avaient pour objectif d'obtenir une exclusivité et de fidéliser cette clientèle ; qu'il a en effet déclaré à l'enquêteur le 26 octobre 1994 : " *en 1994, avec la CAHP, le contrat parle de partenariat exclusif. Mais celle-ci (l'exclusivité) existait déjà, de fait, en 1993, en raison des conditions de remise sur volume (...). en 1994, avec la CAHP, Abbott applique une formule de prix dégressifs en fonction des volumes. Il s'agit d'une incitation à respecter le contrat CAHP-Abbott. Cette remise (celle de 1 % total CA) a un objectif de fidélisation (...)* ", puis, au sujet de la CACIC " *(...) en 1993, nous avons appliqué à la CACIC le même système qu'avec la CAHP (en fait, formule globale avec exclusivité). L'objectif de maintien du volume a été atteint...* " ; qu'au surplus, le contrat signé en 1994 couvrait une période de deux ans au lieu de la période d'un an usuellement pratiquée dans la profession ; que les offres ainsi présentées à la CAHP et à la CACIC constituaient donc bien des remises de fidélité ;

Considérant, en revanche, que les remises offertes au CLUB H, étant seulement conditionnées par le volume des achats, constituent des rabais de quantité, dont le caractère fidélisant n'est pas démontré ;

Considérant, enfin, que la société Abbott soutient que les systèmes de facturation qui lui sont reprochés n'ont eu, sur le terrain, aucun effet réel de fidélisation, dans la mesure où, d'une part, les centrales d'achat n'avaient aucun pouvoir pour engager leurs adhérents et, où, d'autre part, en 1993, des adhérents CAHP se seraient détournés du Forène et, en 1994, le laboratoire aurait perdu la clientèle des adhérents du CLUB H, de nombreux adhérents de la CACIC et d'une quantité non négligeable d'adhérents CAHP ; qu'elle ajoute qu'en 1993, la bonne résistance du produit Abbott serait due moins aux systèmes de remise qu'on lui reproche qu'à la faiblesse de la démarche commerciale de son concurrent ; qu'en tout état de cause, les résultats 1994, exercice au cours duquel son concurrent a amélioré son offre de cuves et a pris 25 % du marché, montrent bien qu'il n'existait aucune fidélisation de la clientèle privée ;

Considérant, toutefois, qu'une pratique mise en œuvre par une entreprise disposant d'une position dominante contrevient aux dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 81 du traité instituant la communauté européenne, si elle a une potentialité d'effet anticoncurrentiel ; que des clauses de fidélisation, même si elles ne sont pas mises en œuvre activement et même si la concurrence fait preuve d'une faible combativité, ne sont pas pour autant privées de leurs effets potentiels ; qu'au surplus, l'enquête a démontré, d'une part, que tous les adhérents de la CAHP ont continué à se fournir auprès de la société Abbott en 1993 et ont signé le contrat d'exclusivité proposé par cette société pour les années 1994/1995, et, d'autre part, que tous les adhérents de la CACIC ont, à l'unanimité, sauf un, passé la totalité de leurs commandes auprès de la société Abbott ; que, dans ces circonstances et alors que ces deux centrales d'achats fédéraient des acheteurs représentant un tiers de la consommation annuelle d'Isoflurane en France, le moyen selon lequel la pratique n'aurait pas eu d'effet, même potentiel, ne saurait être accueilli ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des éléments rapportés ci-dessus que la société Abbott, alors qu'elle se trouvait en position dominante, a, pour les années 1993 et 1994, proposé aux centrales CAHP et CACIC des contrats offrant des remises de nature à capter l'exclusivité des achats d'Isoflurane de l'ensemble des membres de chacune de ces centrales et à les dissuader de se fournir auprès de la société Belamont, qui entrait sur le marché avec un produit générique concurrent ; que de telles pratiques, mises en œuvre par une entreprise en position dominante, constituent une exploitation abusive de cette position, qui avait pour objet et a pu avoir pour effet de détourner certains acheteurs de s'approvisionner auprès d'un fabricant concurrent entrant sur le marché ; qu'elles sont contraires, tant aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce, qu'à celles de l'article 81 du traité du 25 mars 1957, modifié, instituant la Communauté européenne ;

F. - Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce : "*Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 p. cent du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos*" ;

Considérant que la pratique consistant pour un opérateur qui détient, du fait de l'exploitation exclusive d'un brevet, un monopole sur un marché, de mettre en place, à l'arrivée d'un concurrent sur le marché, des remises de fidélité pour dissuader les acheteurs de s'adresser à ce concurrent, est une pratique qui vise à empêcher la diversification et la fluidité du marché et qui revêt, en conséquence, un caractère de gravité certain ; qu'au surplus, ce type de pratique a fait l'objet de sanctions régulières et constantes des autorités nationales et communautaires de concurrence ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie il y a lieu de considérer que la pratique visait à retarder l'entrée d'un médicament générique sur le marché, dans un contexte économique difficile pour les dépenses de santé ; que, toutefois, le marché affecté par la pratique en cause est celui de l'Isoflurane, qui, à l'époque des faits, atteignait un montant annuel de l'ordre de 120 MF ; que la pratique, qui s'est développée à l'égard des centrales d'achat, n'a concerné directement qu'un tiers de ce marché total ;

Considérant, enfin, que la société Abbott France a réalisé en France, au cours du dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 1 353 793 000 F ; que, compte tenu des éléments généraux et individuels ci-

dessus exposés, il y a lieu de prononcer une sanction pécuniaire de 2 millions de F à son encontre,

Décide :

Article 1er : Il est établi que la société Abbott a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité du 25 mars 1957 modifié, instituant la Communauté européenne.

Article 2 : Il est infligé une sanction pécuniaire de 2 millions de F à la société Abbott.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Grandval, par M. Jenny, vice-président, en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents, Mmes Flüry-Herard et Mouillard, M. Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Patricia Perrin

Le vice-président,
présidant la séance,

Frédéric Jenny