



**Décision n° 02-MC-09 du 12 juin 2002
relative aux demandes de mesures conservatoires
présentées par la société Pharmajet**

Le Conseil de la concurrence (section II) ;

Vu les lettres enregistrées les 11 janvier et 7 février 2001 sous le numéro F 1286, le 8 février 2002 sous les numéros 01/1286/F et 02/0020/M et le 19 février 2002 sous les numéros 02/0031/F et 02/0032/M par lesquelles la société Pharmajet a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les laboratoires GlaxoSmithKline (anciennement Glaxo-Wellcome), Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ainsi que les sociétés Pharmajet, GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Pharmajet, GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly France entendus lors de la séance du 21 mai 2002.

I. - Les pratiques dénoncées

Considérant que la société Pharmajet, titulaire d'une licence de grossiste exportateur en pharmacie, soutient qu'elle se heurte à des difficultés pour se fournir en médicaments auprès des sociétés GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret, Pfizer et Lilly ;

Considérant que la société Pharmajet a fait valoir dans un premier temps que, depuis sa création en 1997, le laboratoire Glaxo-Wellcome la contingente en lui livrant un dixième au maximum de ses commandes, malgré les plannings précis de commandes qui lui sont adressés ; que, dans le même temps, ce laboratoire livre ses confrères nationaux qui exportent jusqu'à dix fois plus de quantités que celles qu'elle obtient, alors que leur part de marché est inférieure ; que le laboratoire MSD a mis en place en 1996 un "*système européen*

de gestion des stocks" destiné à "améliorer ses livraisons", ayant pour but de limiter les exportations dans les pays de la CEE par l'introduction de quotas fixes par clients ; que ce système a pour effet de geler les parts de marché, avec pour référence l'année 1995 ; que de plus, rien, ou presque, n'est prévu pour les nouveaux clients ; que le laboratoire Pfizer lui a livré sans restriction de fin 1998 à fin octobre 2000 le produit Tahor ; que, début novembre 2000, il lui a été précisé qu'il y aurait des problèmes de livraison sur ce produit ; que le 21 décembre 2000, elle a reçu une lettre de Pfizer en date du 21 décembre 2000 lui indiquant : "Vous avez, sporadiquement en 1999, plus régulièrement pendant l'année 2000, acheté du Tahor 10 mg et 40 mg auprès de la société Parke Davis, une filiale du groupe Warner Lambert. Ce dernier a, comme vous le savez, été racheté sur le plan mondial par le groupe Pfizer. Nous souhaitons par la présente vous informer de notre décision de ne pas poursuivre les relations commerciales que vous entreteniez avec la société Parke Davis SCA en ce qui concerne le produit Tahor, et ce quel que soit le dosage. Cette décision prendra effet au 1^{er} mai 2001.

"... Compte tenu du fait que vos commandes pour ce produit sur les douze derniers mois ont varié considérablement d'un mois sur l'autre, nous vous indiquons que pendant la période de préavis expirant le 30 avril 2001, et si vous continuez à nous adresser des commandes pour ce produit, nous pourrions vous livrer des quantités qui ne pourront excéder, chaque mois, 26 190 unités pour le Tahor 10 mg et 6 370 unités pour le Tahor 40 mg..." ; que, par courriers en date des 3 avril, 11 mai et 27 novembre 2001, la partie saisissante a indiqué qu'elle confirmait l'augmentation des refus de vente dont elle est victime et leur extension à d'autres laboratoires ou à d'autres produits des laboratoires qu'elle a déjà mis en cause ; que, notamment, les laboratoires MSD en Hollande, maison mère de MSD France, lui refusent, depuis le 14 septembre 2001, toute livraison de Singulair 10 mg comprimés boîtes de 28 ; que ce produit est livré en France par MSD Hollande et non MSD France pour une raison qui lui est inconnue ; que, par ailleurs, MSD n'inscrit plus le produit Singulair dans son "système européen de gestion des stocks" comme il le faisait précédemment pour ses autres produits ; que, de plus, la société Pharmajet fait à nouveau valoir que ses confrères répartiteurs sont livrés sans exception ; qu'en outre, elle a communiqué, le 5 décembre 2001, une lettre du laboratoire GlaxoSmithKline en date du 30 novembre 2001, lui fixant un délai de préavis de six mois pour stopper toute relation commerciale ; que, dans son courrier enregistré le 8 février 2002, elle a indiqué que Pfizer refusait également de lui livrer le produit Neurontin et que MSD ne lui livre plus les nouveaux produits comme Singulair, déjà cité, et Cosopt ; qu'enfin, elle a précisé, le 12 avril 2002, que MSD refusait aussi de lui livrer le produit Vioxx ;

Considérant que, dans un second temps, la société Pharmajet a communiqué, par courrier en date du 12 février 2002, une lettre du laboratoire Lilly, en date du 7 février 2002, l'informant de changements intervenus dans son "système de gestion de la chaîne d'approvisionnement" (SCMS) mis en place par son groupe en Europe, et concernant les produits Alfatil, Celance, Evista, Gemzar, Umatrope, Prozac et Zyprexa ; que cette lettre précise : "Nous sommes convaincus que ces changements permettront au SCMS d'être un outil encore plus performant pour la gestion des territoires de vente de notre groupe en lui permettant de mieux ajuster ses activités de production et de distribution aux besoins de chaque pays. Pour la bonne règle, ces changements ont été notifiés à la Commission européenne. Selon les nouvelles modalités du SCMS, applicables pour les allocations du 2^{ème} trimestre, donc à compter du 1^{er} avril 2002, les allocations de chaque produit pour chaque pays seront définies de manière à mieux refléter la demande dans le pays en question. Ainsi, les quantités fournies seront déterminées à partir des ventes aux officines telles que connues grâce aux données les plus récentes portées à notre connaissance par un organisme extérieur,

mais ajustées pour tenir compte de l'évolution de la demande telle qu'anticipée par des apports tant internes qu'externes de "market intelligence". Les quantités fournies à chaque grossiste seront déterminées selon le poids que celui-ci représente dans les quantités totales ci-avant définies, ce poids étant déterminé à partir de données internes et/ou externes de "market intelligence". Ces nouvelles modalités nous conduisent à ne pas vous attribuer d'allocation pour le 2^{ème} trimestre 2002, pour les produits inclus dans le SCMS que vous nous commandiez" ;

Considérant que la société Pharmajet soutient que les pratiques ainsi dénoncées sont contraires aux dispositions du livre IV du code de commerce ; qu'elle fait valoir que les refus de vente dont elle est l'objet et leur extension à d'autres laboratoires démontrent l'entente sur fond d'abus de position dominante qui se met en place d'une manière systématique et qui fonctionne entre les laboratoires, d'une part, et entre les laboratoires et les répartiteurs français, d'autre part ; qu'à la suite de l'envoi de la lettre du laboratoire Lilly, en date du 7 février 2002, précitée, elle prétend être "*de nouveau dans le sillage*" des laboratoires pour "*entente entre Lilly, GlaxoSmithKline et Pfizer pour éliminer les exportations parallèles, entente entre ces trois laboratoires et les répartiteurs nationaux qui sont les seuls à être livrés au-delà des préavis*" (article 81 du traité de Rome), et "*abus de position dominante car chaque molécule est une molécule originale brevetée par Lilly et constitue un marché en tant que tel dont Lilly détient 100 %*" (article 82 du traité de Rome) ;

II. – La défense au fond des laboratoires

Considérant que la société GlaxoSmithKline oppose que son comportement est unilatéral et n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part des grossistes répartiteurs ; que, de plus, il n'existe pas, en la cause, d'éléments suffisamment probants pouvant établir une entente horizontale ; que, par ailleurs, aucun élément à l'appui d'un abus de position dominante ne peut être relevé ; que le marché pertinent de référence est constitué par le marché des spécialités pharmaceutiques sur le territoire de l'Espace économique européen, sur lequel elle ne détient pas de position dominante ; qu'au niveau de la demande, toutes les spécialités pharmaceutiques autorisées sur le marché de l'Espace économique européen sont potentiellement appelées à entrer dans le circuit du négoce de médicaments ; qu'elles sont, du point de vue des importateurs parallèles, interchangeables et substituables ; qu'elle détient, sur le territoire de l'Espace économique européen, 7,5 % de parts de marchés ;

Considérant que la société MSD indique, pour sa part, qu'elle est détenue indirectement par la société américaine Merck and Co Inc qui développe, fabrique et vend des médicaments dans le monde entier ; qu'en Europe, chaque filiale reçoit des médicaments par l'intermédiaire de la société de droit hollandais MSD International Services BV (MSDIS), également détenue par Merck ; que MSDIS est le centre européen d'organisation de la production de Merck et se charge d'obtenir les matières premières chimiques nécessaires, de faire fabriquer les médicaments par les usines Merck et d'approvisionner les filiales ; qu'au début de l'année 1996, un système de gestion intégrée des stocks a été instauré à travers l'Europe par l'intermédiaire de MSDIS ; que, par courrier en date du 19 juin 1997, elle a informé Pharmajet qu'elle participait à un tel système qui est applicable à tous ses clients ; qu'elle soutient, en ce qui concerne l'application de l'article 81 du traité de Rome, que Pharmajet ne produit aucun élément permettant de suggérer l'existence d'un accord de volontés entre MSD et les autres laboratoires ou entre MSD et les grossistes ; qu'elle se demande comment le système Merck aurait pu faire l'objet d'un accord avec un autre laboratoire puisqu'il a été mis en œuvre en France le 1^{er} mars 1996, soit plus d'un an avant la création de

Pharmajet et plusieurs années avant les comportements dénoncés des autres laboratoires ; qu'au surplus, elle prétend n'être en position dominante pour aucun des produits concernés par le système de gestion des stocks, à savoir le Zocor utilisé contre le cholestérol et le Chibro-Procar utilisé dans le traitement de l'hypertrophie bénigne de la prostate ; que sa part de marché serait en France en 2001 pour le Zocor de 16,8 % et pour le Chibro-Proscar de 14,5 % ;

Considérant que la société Pfizer soutient que la demande de Pharmajet est irrecevable en l'absence de toute pratique *prima facie* anticoncurrentielle ; que le refus de vente qu'elle oppose à Pharmajet ne concerne que le Tahor et depuis peu le Neurontin et est le résultat d'une politique interne de gestion des approvisionnements mise en œuvre de façon unilatérale ; que sur le marché français, concerné en l'espèce, le Tahor ne représente guère plus de 26 % ; que, dès lors, elle ne détient pas de position dominante ;

Considérant que la société Lilly France fait valoir que son système de gestion de la chaîne d'approvisionnement et la modification de ce système ont été mis en place de manière unilatérale par le groupe Lilly ; qu'en ce qui concerne l'allégation par Pharmajet d'un abus de position dominante, elle soutient que sa part de marché en France d'avril 2001 à mars 2002 s'élève pour le Prozac à 22,5 % en valeur et à 16,1 % en jours de traitement ; qu'en outre, depuis janvier 2002, le Prozac n'est plus protégé par un brevet et doit faire face à la concurrence croissante de nombreux produits génériques et qu'il n'est donc pas en position dominante sur le marché ; que, s'agissant du marché des antipsychotiques atypiques ayant pour indication la schizophrénie et vendus hors milieu hospitalier, ses parts de marché sont en jours de traitement pour la période d'avril 2001 à mars 2002 de 28 % pour le Zyprexa, 37,5 % pour le Risperdal et 34,5 % pour le Solian et en chiffres d'affaires, sur la même période, de 39 % pour le Zyprexa, de 30,9 % pour le Risperdal et de 30,1 % pour le Solian ; que, dès lors, elle n'est pas en position dominante sur le marché ;

III. – Sur la saisine au fond

A. - SUR L'EXISTENCE D'UNE SAISINE AU FOND ACCOMPAGNANT LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

Considérant que l'article 42 du décret précité du 30 avril 2002 énonce que "*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée*" ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable au regard des conditions posées par l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Considérant que la société Lilly France fait valoir que la partie saisissante a saisi le Conseil de la concurrence, par courrier du 12 février 2002, d'une demande de mesures conservatoires qui n'était accompagnée d'aucune saisine au fond ; que, par courrier du 15 février 2002, elle a saisi le Conseil de la concurrence sur le fond et réitéré sa demande de mesures conservatoires en renvoyant à son courrier précité du 12 février 2002 ; qu'elle soutient que la société Pharmajet ne pouvait pas procéder ainsi, dès lors que sa demande de mesures conservatoires initiale était irrecevable et qu'elle aurait dû reprendre, dans son courrier

du 15 février 2002 l'intégralité de cette demande ;

Mais considérant que la saisine du Conseil de la concurrence résulte du courrier de la société Pharmajet en date du 15 février 2002 ; qu'il n'est pas contestable que la partie saisissante a présenté, à nouveau dans ce courrier, une demande de mesures conservatoires, en renvoyant pour la formulation de cette demande à son courrier du 12 février 2002 ; que la lettre du 15 février 2002 précise en effet : "... *Nous voulons donc saisir le Conseil de la concurrence sur le fond et parallèlement vous demander des mesures conservatoires comme précisé dans notre courrier du 12 février 2002*" ; que cette manière de procéder n'est prohibée par aucune disposition légale ou réglementaire, que dès lors le moyen doit être écarté ;

B. - SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Considérant que les sociétés MSD et Lilly France soutiennent que les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce sont inapplicables en l'occurrence, la société Pharmajet ayant une activité à l'exportation ;

Considérant que les pratiques alléguées en l'espèce concernent la livraison de produits pharmaceutiques destinés à être exportés ; qu'en effet, il n'est pas contesté que la société Pharmajet n'est pas autorisée à distribuer les produits en cause sur le territoire national ; que dès lors, ces pratiques, même si elles s'avéraient établies, ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français et ne tombent pas sous le coup des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; que la saisine doit, en conséquence, être déclarée irrecevable en tant qu'elle vise les articles L. 420-1 et L. 420-2 de ce code ;

Considérant qu'en séance, les représentants des laboratoires ont opposé qu'en l'absence d'effet des pratiques dénoncées sur le marché national, le Conseil de la concurrence est incompétent pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome ;

Mais considérant que dans sa décision n° 00-MC-14 du 23 octobre 2000, le Conseil de la concurrence a déjà reconnu sa compétence pour connaître des pratiques similaires à celles dénoncées en l'espèce ; qu'il a indiqué, à cet égard, qu'ayant reçu compétence en vertu de l'article L. 470-6 du code de commerce pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome, il "(...) *doit donc assurer le plein effet de ces dispositions ; que celles-ci sont applicables si les pratiques anticoncurrentielles en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ; qu'il en résulte que le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer ces normes à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le territoire français ; (...)*" ; que le Conseil a ajouté que cette position était conforme à sa décision n° 97-D-68 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels ; que, dans cette décision, il avait estimé que les pratiques dénoncées, si elles n'avaient pas eu d'effet ou d'objet anticoncurrentiel sur le territoire national, étaient contraires aux dispositions de l'article 85-1 du traité de Rome et susceptibles, comme telles, d'être sanctionnées par lui ;

Considérant, au surplus, que s'agissant de pratiques émanant de laboratoires installés pour la plupart en France, sauf pour MSD Hollande, dont il est allégué qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter les exportations parallèles vers les territoires d'autres États membres de l'Union, les autorités de la

concurrence de ces autres États, à supposer qu'elles soient saisies, ne disposent pas de pouvoir d'enquête en dehors de leur territoire et, en particulier en France, leur permettant de mener à bien les investigations nécessaires à la mise en évidence de l'existence de ces pratiques et, par ailleurs, ne peuvent, en l'état des droits nationaux et du droit européen, obtenir l'aide de la Commission européenne ou celle des autorités de la concurrence du pays dans lequel les pratiques ont été initiées ; qu'ainsi, sauf à ce que la Commission européenne ouvre une procédure, il incombe au Conseil, seule autorité nationale de l'Union disposant en l'espèce des pouvoirs d'enquêtes nécessaires, d'examiner la licéité des pratiques en cause au regard des articles 81 et 82 du traité de Rome ; que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

C. - SUR L'ÉVENTUELLE CONTRARIÉTÉ ENTRE LA DÉCISION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET LA POSITION DES AUTORITÉS COMMUNAUTAIRES

Considérant que la société MSD fait valoir qu'elle a notifié son système européen de gestion des stocks à la Commission des communautés européennes, le 1^{er} mars 1996 et que, postérieurement à cette notification, la commission lui a adressé une demande formelle de renseignements en application des dispositions de l'article 11 du règlement 17/62 du Conseil du 6 février 1962 ; qu'ainsi, la Commission a engagé une procédure au sens de l'article 9, paragraphe 3, de ce règlement qui dispose : "*Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3, ou 6, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86 conformément à l'article 88 du traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés*" ; qu'en conséquence, le Conseil de la concurrence doit se déclarer incompétent ;

Mais considérant que la demande de renseignements formelle adressée par la Commission des communautés européennes, le 3 juillet 1996, à la société Merck & Co Inc, jointe en copie par la société MSD à ses observations, mentionne : "*Le but de cette requête est de permettre à la Commission d'évaluer la compatibilité de l'accord*" qui lui a été notifié le 1^{er} mars 1996 "*avec les règles de la CEE en matière de concurrence, en particulier l'article 85 du traité de la CEE en étant pleinement informée des faits et de leur contexte économique exact*" ; que cette demande de renseignements s'insère dans une phase d'enquête préalable permettant à la Commission d'obtenir les renseignements qui lui sont nécessaires afin de décider si elle doit entamer une procédure contradictoire ; qu'elle ne constitue donc pas un engagement de procédure devant la commission ; que dès lors le moyen doit être écarté ;

Considérant que le laboratoire GlaxoSmithKline soutient que la Commission des communautés européennes a déjà été saisie de la présente affaire en particulier, ainsi que de l'ensemble de la restructuration du secteur de la distribution de produits pharmaceutiques ; que, de plus, elle a été saisie au contentieux de la modification du système de distribution de GlaxoSmithKline ; qu'en conséquence, le Conseil de la concurrence doit surseoir à statuer dans l'attente de la solution qui sera adoptée par les institutions communautaires ;

Mais considérant que, si la société Pharmajet a effectivement déposé une plainte auprès de la Commission des communautés européennes contre le laboratoire MSD, aucun élément du dossier n'établit qu'à ce jour celle-ci aurait engagé une procédure ; que si la société GlaxoSmithKline a pu notifier ses nouvelles conditions de distribution, aucun élément du dossier ne démontre non plus que la Commission aurait pris une

quelconque position de nature à empêcher le Conseil de la concurrence d'examiner la demande de mesures d'urgence présentée en l'espèce ; que, dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer ;

D. – EN CE QUI CONCERNE L'APPLICATION DES ARTICLES 81 ET 82 DU TRAITÉ DE ROME

Considérant que les produits pharmaceutiques achetés par la société Pharmajet sont destinés à être exportés ; que les pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber cette activité affecteraient le commerce entre États membres et seraient donc, si elles étaient établies, susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions énoncées par les articles 81 et 82 du traité de Rome ;

Considérant que la société Pharmajet allègue que le laboratoire Glaxo-Wellcome, devenu GlaxoSmithKline, après avoir contingenté ses livraisons de produits, lui a, par lettre du 30 novembre 2001, fixé un délai de préavis de six mois pour cesser toute relation commerciale ; que la société GlaxoSmithKline répond que son comportement est unilatéral et n'a fait l'objet d'aucun accord ; que la société Pharmajet soutient aussi que le laboratoire MSD a mis en place un système européen de gestion des stocks limitant les exportations de produits pharmaceutiques dans les pays de la Communauté économique européenne par la fixation de quotas fixes par client, et que les laboratoires MSD en Hollande lui refusent la livraison du produit Singulair 10 mg comprimés boîtes de 28 ; que la société MSD réplique que son système de gestion intégrée des stocks a été mis en place à travers l'Europe par l'intermédiaire de la société de droit hollandais International Services BV (MSDIS) et qu'il est applicable à tous ses clients ; que la société Pharmajet dénonce également le fait que le laboratoire Pfizer a cessé de lui livrer le produit Tahor à compter du 1^{er} mai 2001 et dorénavant le Neurontin ; que la société Pfizer fait valoir que le refus de vente qu'elle oppose à la partie saisissante ne concerne que le Tahor et, plus récemment, le Neurontin et qu'il s'agit d'une politique interne de gestion des approvisionnements mise en place de façon unilatérale par le groupe Pfizer ; qu'enfin, la société Pharmajet allègue que le laboratoire Lilly lui a fait part de changements intervenus dans son "*système de gestion de la chaîne d'approvisionnement*" (SCMS) concernant plusieurs produits ; que les nouvelles modalités du système ainsi mis en place ont conduit ce laboratoire à ne pas lui attribuer d'allocation desdits produits ; que la société Lilly France oppose que la mise en œuvre de ce système et sa modification résultent d'une décision unilatérale de sa part ;

Considérant que le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé, dans son arrêt du 26 octobre 2000 Bayer AG/Commission des Communautés européennes, que : "*La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont s'est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord*" ; que le tribunal ajoutait : "*la Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant, lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement est clairement contraire à ladite politique*" ; qu'il énonçait encore que, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome, devenu l'article 81 : "*les effets du comportement d'une entreprise sur la concurrence à l'intérieur du marché commun ne peuvent être examinés que lorsque l'existence d'un accord... est déjà établie... L'objectif de cette disposition n'est pas d'éliminer de manière*

tout à fait générale les obstacles au commerce intra-communautaire ; il est plus limité, car seuls les obstacles à la concurrence mis en place par une volonté conjointe entre au moins deux parties sont interdits par cette disposition" ;

Considérant, en premier lieu, que la partie saisissante n'apporte en l'espèce aucun élément suggérant l'existence d'un accord de volontés entre le laboratoire GlaxoSmithKline et un ou plusieurs de ses grossistes, le laboratoire MSD et un ou plusieurs de ses grossistes, le laboratoire Pfizer et un ou plusieurs de ses grossistes ou entre le laboratoire Lilly et un ou plusieurs de ses grossistes en vue de livrer la société Pharmajet ; qu'au contraire, il résulte des éléments du dossier que chacun de ces laboratoires avait intérêt, quelle qu'ait été à cet égard l'opinion de ses grossistes, à mettre en œuvre de façon unilatérale des mesures destinées à limiter les exportations parallèles de ses produits vers d'autres pays de la Communauté ; que, par ailleurs, aucun des éléments fournis par la partie saisissante n'est de nature à laisser supposer l'existence d'une entente mise en œuvre par les laboratoires entre eux ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine de la société Pharmajet doit être rejetée en ce qu'elle vise une éventuelle violation de l'article 81 du traité de Rome ;

Considérant, en revanche, qu'il ne peut être exclu ni que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons pour lequel, ou pour lesquels, il n'existerait pas de produit substituable, ni que la société Pharmajet soit victime d'un abus de position dominante de l'un ou l'autre de ces laboratoires ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États membres en violation de l'article 82 du traité de Rome ;

IV. – Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à sa saisine, la société Pharmajet demande au Conseil de la concurrence de prononcer, par application de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires suivantes :

- condamner les laboratoires GlaxoSmithKline "*à livrer au-delà du mois de mai 2002 les quantités définies par eux-mêmes*" dans l'annexe jointe à leur lettre du 30 novembre 2001, "*et ce jusqu'à la décision du Conseil sur le fond du dossier*", sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Pfizer "*à livrer mensuellement les quantités de Tahor mentionnées dans leur courrier en rubrique*" (leur lettre du 21 décembre 2000), "*et ce jusqu'à décision du Conseil sur le fond du dossier*", sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Merck Sharp et Dohme Chibret à lui livrer "*mensuellement 20 000 Zocor 20 mg cp Bt 28, 10 000 Chibro-Proscar cp Bt 28*" sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Lilly "*à livrer au minimum les quotas trimestriels tels que mis en place depuis mars 2000 vis-à-vis de Pharmajet et ce jusqu'à décision du Conseil sur le fond*" sous astreinte de 100 000 euros par mois ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 : "*Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les*

parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures 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. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence" ;

A. – SUR L'ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE, AU SECTEUR INTÉRESSÉ OU À L'INTÉRÊT DES CONSOMMATEURS

Considérant que la société Pharmajet soutient qu'elle ne peut bénéficier d'aucun report de commande d'une molécule sur une autre ; que ce report bénéficie à la filiale du laboratoire qui lui refuse la vente en France ; qu'en outre, elle produit une étude émanant de l'Association européenne des sociétés euro-pharmaceutiques (EAEPC), intitulée "*Utilisation des médicaments d'importation parallèles : les avantages pour le payeur et le consommateur*", selon laquelle "*Avec l'introduction du marché parallèle, les systèmes de sécurité sociale et d'assurance maladie, dans chacun des pays membres, voient s'accumuler leurs économies directes. Ceci s'explique par le fait que les gouvernements nationaux, ou les organisations responsables de la santé de ces États, ont introduit des mesures visant à garantir les économies réalisées au moyen du marché parallèle.*

"Le mode d'application de ces mesures varie selon les pays :

"Au Royaume-Uni, le Service du National Health récupère, au travers du mécanisme du "claw-back", les économies moyennes qu'il estime réalisées par les pharmacies sur l'ensemble de leurs achats du marché parallèle.

"En Irlande et en Suède, un produit d'importation parallèle doit permettre à l'État de réaliser des économies avant d'être inscrit sur la liste des produits remboursés.

"La différence du coût entre un produit intérieur et son équivalent d'importation parallèle est répartie entre la pharmacie qui le délivre et l'organisme payeur, aux Pays-Bas et en Norvège, et entre l'assurance maladie et le patient, en Finlande.

"Les caisses de maladie allemandes et le gouvernement danois obligent les officines à délivrer des produits synonymes moins chers, y compris les produits d'importation parallèle, lorsqu'il est possible de réaliser certains pourcentages d'économie" ;

Considérant, en premier lieu que, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales imposent aux laboratoires ou aux grossistes d'approvisionner le marché local de telle sorte que cet approvisionnement soit assuré même en l'absence d'importations parallèles ; qu'en deuxième lieu, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales limitent la liberté de fixation des prix des médicaments par les laboratoires, les grossistes ou les distributeurs ; qu'en troisième lieu, dans un certain nombre de pays de l'Union européenne, les médicaments faisant l'objet d'une prescription médicale sont, en partie ou en totalité, remboursés aux patients, de telle sorte que l'élasticité prix de la demande pour les médicaments délivrés par les pharmacies est faible ou nulle et, qu'à supposer que les pharmaciens disposent

d'une certaine liberté de fixation du prix des médicaments, ils ne sont pas incités à faire bénéficier les patients de prix inférieurs à ceux couramment pratiqués ; qu'en quatrième lieu, s'il est possible que, dans certains pays de l'Union européenne, les établissements de santé qui passent des marchés pour acheter des médicaments (tels par exemple que les cliniques ou les hôpitaux) puissent se procurer auprès des importateurs parallèles certains des médicaments concernés à des prix inférieurs à ceux proposés par les grossistes qui ne s'approvisionnent qu'auprès des fournisseurs locaux, il est également possible que ces demandeurs aient intérêt, compte tenu de leur volume d'achat, à s'adresser directement aux fabricants plutôt qu'à des intermédiaires, fussent-ils des grossistes importateurs de médicaments en provenance de France ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'appréciation de la gravité et de l'immédiateté de l'atteinte éventuellement portée à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs par les pratiques dénoncées ne peut résulter que d'une appréciation concrète des conditions effectives de fonctionnement des marchés concernés ;

Considérant, à cet égard, que la partie saisissante n'apporte aucun élément permettant de déterminer les pays de l'Union vers lesquels elle exporte les médicaments dont elle veut faire le commerce parallèle et le type de clientèle (grossistes importateurs ou établissements de santé) auquel elle s'adresse ou susceptible d'établir le régime de prix en vigueur dans ces pays ; qu'elle n'apporte pas non plus d'élément en ce qui concerne les obligations des laboratoires en matière d'approvisionnement du marché dans ces pays, les éventuels autres offreurs des médicaments concernés et notamment les importateurs parallèles d'autres pays que la France opérant dans les territoires des pays importateurs, la différence entre les prix qu'elle facture aux grossistes importateurs pour les médicaments en cause et les prix auxquels ces mêmes médicaments sont facturés localement par les laboratoires aux grossistes de ces pays ; que, de même, elle ne fournit pas d'indication précise permettant d'apprécier la mesure dans laquelle les pharmaciens des pays importateurs rétrocèdent aux patients les éventuelles baisses de prix d'achat des médicaments dont ils ont bénéficié grâce aux circuits parallèles ;

Considérant que si la société Pharmajet a produit l'étude, citée plus haut, selon laquelle les services d'assurance maladie du Royaume-Uni, d'Irlande, de Suède, des Pays-Bas, de Norvège et d'Allemagne bénéficient des importations parallèles, elle n'a donné aucune précision sur l'importance du bénéfice que retireraient lesdits services de ses exportations de médicaments visés par la présente demande de mesures conservatoires ; que de même, elle ne fournit aucune information quant aux baisses de prix pratiquées en réponse à d'éventuels appels d'offres passés par des établissements de santé des pays importateurs par rapport aux conditions qui peuvent être obtenues localement par ces acheteurs, soit auprès des grossistes locaux qui ne recourent pas aux importations parallèles, soit auprès des laboratoires ; que, par ailleurs, lorsque Pharmajet fait valoir que Pfizer a procédé en novembre 2001 au Royaume-Uni à une baisse de 35 % du prix de la spécialité Tahor 40 mg, ce qui prouverait l'effet positif de l'influence des exportations parallèles sur les dépenses de santé publique, elle ne démontre pas que cette baisse ait été due aux importations parallèles de la société Pharmajet au Royaume-Uni ;

Considérant, ainsi, que si la société saisissante soutient que l'activité d'arbitrage développée par les grossistes exportateurs dont elle fait partie profite au payeur et au consommateur, elle n'apporte aucun élément concret permettant de caractériser l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs du fait des pratiques qu'elle dénonce ;

B. – SUR L'ATTEINTE GRAVE ET IMMEDIATE A L'ENTREPRISE PLAIGNANTE

Considérant que, s'agissant de l'atteinte portée à ses intérêts, la société saisissante fait valoir qu'elle va perdre beaucoup plus que les chiffres d'affaires et marges qu'elle a réalisés en 2001 avec les laboratoires Lilly, Pfizer et GlaxoSmithKline, ses marges avec ces trois laboratoires étant en augmentation constante depuis fin 2001 ; qu'elle prétend que les produits faisant l'objet des refus de vente qui lui sont opposés ne sont pas substituables ; que, par ailleurs, les produits se renouvellent régulièrement ; que dès lors, si les laboratoires "*majeurs de cette industrie*" refusent de travailler avec elle, c'est une grande partie des nouvelles molécules qui lui sont refusées ; que tel est le cas du laboratoire MSD qui lui livre des quantités discriminatoires sur les anciens produits et refuse de lui livrer les nouveaux ; qu'elle soutient, enfin, que si aucune mesure conservatoire ne lui est accordée, sa société subira une perte de plus d'un million d'euros dès la fin du présent semestre, ce qui la conduira rapidement au dépôt de bilan ;

Mais, considérant, en premier lieu, qu'un manque à gagner est insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate ; que, si la société Pharmajet fait valoir que les comportements qu'elle dénonce entraîne une perte de chiffre d'affaires de 64,9 MF avec Lilly, de 25,1 MF avec Pfizer (pour quatre mois) et de 111,5 MF avec GlaxoSmithKline, une perte de marge brute de 4,2 MF avec Lilly, de 4,8 MF avec Pfizer et de 4,2 MF avec GlaxoSmithKline, et que le montant de ses achats a varié de 104,5 MF en 1999, 66,8 MF en 2000 et 58 MF en 2001 avec Lilly, de 69,2 MF en 2000 et 20,5 MF en 2001 avec Pfizer et de 9,3 MF en 1999, 22,3 MF en 2000 et 16,8 MF en 2001 avec Glaxo-Wellcome alors qu'il a peu varié (16,8 MF en 1999, 16,8 MF en 2000 et 15,5 MF en 2001) avec MSD, son chiffre d'affaires total est en expansion ; qu'en effet, les comptes de résultat qu'elle a produit font apparaître un chiffre d'affaires total de 301 MF pour l'exercice 1999 et de 427 MF pour l'exercice 2000 ; qu'en ce qui concerne l'exercice 2001, elle indique que son chiffre d'affaires total s'élève à 431 MF ; qu'en outre, elle ne peut pas se prévaloir des pertes qu'elle va subir du fait des médicaments qui deviennent des génériques ;

Considérant, en second lieu, que si la société Pharmajet ne peut pas substituer un médicament commandé à un autre dans la mesure où ses clients disposent d'une licence d'importation pour chaque produit qu'ils achètent, elle ne fournit, toutefois, aucune indication ou aucun élément établissant qu'elle ne pourrait compenser la perte de chiffre d'affaires qu'elle subit avec les laboratoires Lilly, Pfizer, GlaxoSmithKline ; que s'agissant des laboratoires MSD, elle ne donne aucune indication permettant d'apprécier le préjudice qu'elle pourrait subir, si ce n'est les montants de ses achats pour les années 1999, 2000 et 2001 ; que ces achats se sont montés à 16,84 MF en 1999, 16,86 MF en 2000 et 15,50 MF en 2001 ;

Considérant que l'ensemble des éléments qui précèdent ne sont pas suffisants pour établir que les pratiques dénoncées par la partie saisissante causent une atteinte grave et immédiate à l'économie en général, au secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à la société Pharmajet elle-même, nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ; que par suite, les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0020 M et 02/0032 M, doivent être rejetées.

DÉCIDE

Article 1 : Les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0020/M et 02/0032/M sont rejetées.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme de Mallmann, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, MM. Gauron, Lasserre et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Anne Frédéric-Moreau

Le vice-président, présidant la séance

Frédéric Jenny

© *Conseil de la concurrence*