



Décision n° 03-D-72 du 30 décembre 2003
relative à une saisine de la société Cyclopharma Laboratoires
à l'encontre des pratiques mises en œuvre par la société Cis Bio International
sur le marché des produits radio pharmaceutiques

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre du 15 septembre 2003, enregistrée sous les numéros 03/0065 F et 03/0066 M, par laquelle la société Cyclopharma Laboratoires a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Cis Bio International et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L.464-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n°2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés Cyclopharma Laboratoires et Cis Bio International, la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Cyclopharma Laboratoires, Cis Bio International et de la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes entendus lors de la séance du 3 décembre 2003 ;

Adopte la décision suivante :

I. - Constatations

La saisine

1. La société Cyclopharma Laboratoires soutient que la société Cis Bio International, filiale du groupe Schering, a mis en œuvre des pratiques ayant pour but de l'évincer du marché du fludésoxyglucose 18 (18F-FDG) dans le sud de la France, notamment par la conclusion, avec la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, d'une convention de location d'un bâtiment destiné à accueillir un cyclotron, appareil utilisé pour la production du 18F-FDG.

Le secteur

2. La société Cis Bio International commercialise, depuis 1999, du fludésoxyglucose 18, médicament utilisé en cancérologie pour le diagnostic et le suivi thérapeutique des cancers. Cette molécule radioactive, injectée par voie intraveineuse directe, émet des positons qui sont détectés par une caméra spécifique TEP (tomographie par émission de positons). Le 18F-FDG a une durée de demi-vie de 110 minutes (la demi-vie est le temps au bout duquel la radioactivité baisse de moitié). Il est donc nécessaire, pour le fabricant, de disposer d'un appareil de production, le cyclotron, à moins de deux, exceptionnellement trois, heures de transport du lieu de traitement.
3. Alors que jusqu'en 2000, la France était peu équipée en caméras TEP, l'arrêté du 18 décembre 2001, relatif au bilan de la carte sanitaire, a fixé l'indice des besoins en caméras et autres détecteurs d'émission de positons à un appareil pour un million d'habitants sur

l'ensemble du territoire national, soit 60 appareils, 34 étaient déjà autorisés au 8 décembre 2001 et 52 au 2 juin 2003. Une caméra permettant de pratiquer jusqu'à dix examens par jour et les cyclotrons ayant en moyenne une capacité quotidienne de production de cinquante à soixante-dix doses de 18F-FDG selon leur puissance, le parc de cyclotrons nécessaire pour la France, quand l'ensemble des caméras autorisées seront installées et utilisées au maximum de leurs capacités, sera de dix à douze unités.

4. L'examen de tomographie par émission de positons est coté par la sécurité sociale à un forfait de 950 euros. Sur ce montant, le ministère de la santé, a évalué le coût de la dose à 450 euros dans une circulaire du 22 avril 2002.

Les entreprises

5. Pour produire le fludésoxyglucose 18, une autorisation de mise sur le marché (AMM) délivrée par le ministère de la santé est nécessaire. Cette autorisation a été obtenue par les sociétés Cis Bio International (pour le Flucis), Cyclopharma Laboratoires (pour le Glucotep), IBA (pour le Fludésoxyglucose IBA) et Tyco Mallinckrodt, respectivement en novembre 1998, janvier 2002, décembre 2002 et octobre 2003.
6. En 2002, le nombre de doses de 18F-FDG livrées par les fabricants était compris entre 11000 et 14000. Les parts de marché des seuls laboratoires autorisés à cette date, Cis Bio International et Cyclopharma Laboratoires, s'élevaient respectivement à 85 % et 15 %. En 2003, la part de marché de Cis Bio International s'est trouvée ramenée à 80 %, Cyclopharma gardant une part de 15 % et le nouvel entrant, IBA, atteignant 5 %. Compte tenu de l'augmentation du nombre de caméras et du nombre d'examen par caméra, les quantités de 18F-FDG produites devraient presque doubler à court terme.
7. Chronologiquement, les dates de début d'exploitation des cyclotrons, pour la production de 18F-FDG, sont les suivantes :

Implantation	Propriétaire	mise en exploitation	Exploitant	Capacité de production journalière
Orsay	CEA	06/1999	Cis Bio	10
Sarcelles	Cis Bio	07/2001	Cis Bio	70
Rennes	Cis Bio	03/2001	Cis Bio	50
Nice	centre anticancéreux	02/2002	Cyclopharma	50-60
Lyon	Cermep	09/2002	IBA	70
Nancy	Cis Bio	02/2003	Cis Bio	70
Exploitation devant démarrer en 2004/2005				
Nîmes	Cis Bio	01/2004	Cis Bio	70
Toulouse	CHU	début 2004	Cyclopharma	50-60
Clermont-Ferrand	Cyclopharma	04/2004	Cyclopharma	>100
Bordeaux	Cis Bio	début 2005	Cis Bio	70

8. Selon les conditions d'exploitation du site, la société exploitante du cyclotron peut être propriétaire ou locataire à temps plein ou à temps partiel des locaux ou du cyclotron. Certains établissements publics, comme le CERMEP (centre de recherche de Lyon), le centre anticancéreux de Nice ou le centre Joliot-Curie à Orsay, possèdent en effet un cyclotron et le mettent à la disposition d'un exploitant moyennant le paiement d'une redevance. Les modalités de fixation de cette redevance sont elles-mêmes variables.

Les pratiques dénoncées

9. La société saisissante fait valoir que la convention de location du bâtiment situé sur la ZAC Georges Besse de Nîmes pour accueillir le cyclotron de la société Cis Bio International, conclue le 3 mars 2003 entre la société Cis Bio International et la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, a eu pour effet d'accorder un avantage concurrentiel à la société Cis Bio International sur les régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Languedoc-Roussillon, la Chambre de commerce bénéficiant, pour réaliser l'investissement, de subventions des collectivités territoriales de nature à permettre une diminution du loyer. Elle soutient encore que le choix de l'opérateur Cis Bio International et la conclusion de ce bail n'ont pas respecté les règles de mise en concurrence applicables aux marchés publics et que ce bail lui a ôté l'accès à une infrastructure essentielle pour exercer son activité sur les régions en cause. Cette pratique viserait à préserver la situation de quasi-monopole dont bénéficie la société Cis Bio International sur le marché et à empêcher l'arrivée de nouveaux entrants.

II. - Discussion

10. L'article 42 du décret 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*". 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 qui prévoit que "*Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ...*".

La recevabilité de la saisine au fond

11. En premier lieu, aux termes de l'article L.410-1 du code de commerce, la compétence du Conseil s'applique "*à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*".
12. Les décisions par lesquelles les personnes publiques délivrent des autorisations administratives, telle qu'en l'espèce, l'autorisation d'établissement pharmaceutique délivrée à la société Cis Bio International par le ministère de la santé ou l'autorisation d'installation au titre des établissements classés délivrée à la même société par le préfet, ou les décisions portant sur l'octroi d'aides financières, ne constituent pas des activités de production, de distribution et de services. Dès lors, il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur ces décisions, ainsi que sur le choix et la régularité de la procédure adoptée par la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes pour donner à bail un bâtiment destiné à accueillir un cyclotron, une telle appréciation relevant de la compétence de la juridiction administrative. La saisine est donc irrecevable en ce qu'elle vise ces décisions.

13. En second lieu, dans son arrêt du 18 octobre 1999 (préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/cour d'appel de Paris, Aéroport de Paris et Air France c/TAT European Airlines), le Tribunal des conflits a jugé que si, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques.
14. Le contrat de bail commercial signé le 3 mars 2003 entre la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes et la société Cis Bio International et le protocole d'accord du 13 septembre 2002, qui précise les modalités de financement de l'opération et les obligations des parties prenantes, ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun et ne font usage d'aucune prérogative de puissance publique, nonobstant la circonstance, invoquée par la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, que des prérogatives de puissance publique aient été mises en œuvre lors de la création de la Zone d'Aménagement Concerté "*Parc Georges Besse*" où est situé le bâtiment litigieux. En outre, le bâtiment en cause n'étant affecté ni à un service public, ni à l'usage direct du public, appartient au domaine privé de la Chambre de commerce. Par suite, le Conseil de la concurrence est compétent pour examiner et qualifier la prestation de service que constitue la location de ce bâtiment, au regard des dispositions du livre IV du code de commerce.

L'existence d'éléments suffisamment probants

Sur l'entente alléguée entre la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes (CCI) et la société Cis Bio International

15. Il est soutenu par la société saisissante que le bail du 3 mars 2003 constituerait une entente entre Cis Bio International et la CCI visant à l'évincer du marché, le choix de Cis Bio International ayant été opéré sans procédure de mise en concurrence, et le bail constituant un avantage concurrentiel en termes de loyer à la société Cis Bio International, grâce aux subventions consenties à la CCI par les pouvoirs publics.
16. Sur le premier point, il convient de relever que la société Cyclopharma Laboratoires n'a été créée qu'en août 2000, alors que l'opération du cyclotron de Nîmes a été initiée dès mars 2000 ; par ailleurs, son 18F-FDG n'avait pas encore obtenu l'autorisation de mise sur le marché (A.M.M) lorsque le projet a été finalisé le 15 mai 2001. Dès lors, la société Cyclopharma Laboratoires ne pouvait entrer en concurrence avec Cis Bio International lors du choix de l'opérateur du Cyclotron de Nîmes.
17. Sur le second point, conformément à l'article 3-3° du code des marchés publics, "*les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles (...)*" ne sont pas soumis aux règles de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics.
18. Sur le troisième point, il est constant, certes, que la Chambre de commerce et d'industrie a bénéficié, pour le financement de la construction du bâtiment litigieux dont le coût total s'élève à 1,605 MF, de subventions de l'Etat (à hauteur de 343 000 €), de la région Languedoc-Roussillon (343 000 €), de la région PACA (229 000 €), du département du Gard (152 000 €) et de la ville de Nîmes (152 000 €). La société Cis Bio International a assuré le financement du solde de l'opération, soit 306 000 €, ainsi que le préfinancement jusqu'au versement des subventions. La Chambre de commerce a apporté le terrain, évalué à 80 000 €

19. Toutefois, le loyer fixé par la convention litigieuse correspond aux conditions normales du marché. Ainsi, le bail commercial a été conclu pour une période de 12 ans et le montant du loyer annuel a été fixé à la somme de 45 735 € révisable tous les trois ans, pour une surface de bâtiment de 450 m² (soit 101,63 €/m²). Selon le mémoire produit par la CCI de Nîmes, ce loyer au mètre carré est sensiblement plus élevé que ceux consentis par la SENIM (société d'économie mixte de la ville de Nîmes) pour d'autres implantations, situées sur la même zone d'activité, à savoir 92,51 €/m² pour un bâtiment loué à la société Proteus et 68,6 €/m² pour un bâtiment loué à la société Synthem. Ce loyer excède également le montant du loyer consenti par le Centre Hospitalier Universitaire de Nice à la société Cyclopharma Laboratoires pour les locaux dont elle dispose dans ce centre hospitalier, qui est de 86 €. En outre, la charge de loyer pour la société Cis Bio International équivaut à la charge d'amortissement du bâtiment sur une durée de 30 ans, couramment retenue pour ce type d'immeuble.
20. Si la société Cyclopharma Laboratoires fait état, dans ses écritures, d'un coût de loyer plus élevé pour son implantation de Saint Beauzire près de Clermont-Ferrand, cet élément ne saurait être retenu comme terme de comparaison. Il s'agit, en effet, d'une opération de crédit-bail sur douze ans, à l'issue de laquelle la société Cyclopharma Laboratoires sera propriétaire du bâtiment, et non d'une simple location.
21. Il résulte de ce qui précède que le projet de la société Cis Bio International d'exploiter un cyclotron à Nîmes ne pouvait avoir pour objet d'évincer la société Cyclopharma Laboratoires du marché, que les aides consenties par les pouvoirs publics à la CCI pour la construction de l'immeuble litigieux n'ont pas été prises en compte dans la fixation du montant du loyer et enfin qu'il n'en a résulté aucun avantage concurrentiel pour Cis Bio International.
22. En conséquence, les allégations d'entente entre la CCI et Cis Bio International ne sont pas étayées d'éléments suffisamment probants.
- Sur l'éventuel abus de position dominante de la société Cis Bio International*
- Sur le marché du 18F-FDG*
23. La société Cis Bio International n'a pas exclu, dans ses écritures et lors de la séance, que le marché pertinent soit le marché national du 18F-FDG.
24. La société Cyclopharma Laboratoires soutient que, compte tenu de la durée de demi-vie des traceurs radio pharmaceutiques, qui rend nécessaire l'implantation d'un cyclotron à deux ou trois heures de transport du lieu de traitement, et du coût du transport, la dimension géographique du marché serait régionale et que l'implantation de la société Cis Bio International à Nîmes va permettre à cette dernière de détenir une position dominante sur les régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Languedoc-Roussillon.
25. S'agissant de la dimension géographique du marché, il faut noter que la demande de 18F-FDG émane des centres hospitaliers présents sur l'ensemble du territoire et que le prix du produit varie moins en fonction du lieu d'implantation de l'établissement de soin qu'en fonction des quantités annuelles commandées. En effet, le prix du transport, s'il est un élément important du prix de revient total du produit, ne constitue pas un obstacle décisif au regard du prix de vente de la dose, qui est de 350 à 380 euros hors transport. C'est ainsi que la société Cyclopharma Laboratoires livre ou a livré des établissements hospitaliers situés à Nîmes et Lyon à partir de son cyclotron de Nice. Ces éléments conduisent à ne pas exclure que le marché géographique du 18F-FDG ait une dimension excédant la région.

26. Sur le marché national du 18F-FDG, la société Cis Bio International, qui avait un monopole de fait jusqu'en 2001 et détient encore, en 2003, 80 % de part de marché, ne conteste pas être en position dominante.
27. A supposer que le marché pertinent soit restreint au sud du territoire national, à savoir aux régions PACA et Languedoc-Roussillon, la position de Cis Bio International serait alors amoindrie sur ce marché, peut-être même inférieure à celle de Cyclopharma Laboratoires. En effet, sur la période 2002-2004, la société Cyclopharma Laboratoires démarrera deux nouvelles exploitations de cyclotrons à Nice et Toulouse, alors que la société Cis Bio International n'en lancera qu'une à Nîmes, avant d'en ouvrir une autre à Bordeaux, en 2005.

Sur l'abus allégué

28. La société Cyclopharma Laboratoires soutient que la conclusion du bail la priverait de l'accès à une infrastructure essentielle, le cyclotron. Mais il est constant et il n'a pas été contesté lors de la séance devant le Conseil, que le bâtiment de Nîmes pourrait être reproduit par tout autre laboratoire pour un coût sensiblement identique et que ce bâtiment n'est pas indispensable à la société Cyclopharma Laboratoires pour accéder au marché du 18F-FDG dans le sud de la France, dès lors qu'elle peut concurrencer la société Cis Bio International à partir de ses installations de Nice, Toulouse et Clermont-Ferrand, ce qu'elle a déjà fait.
29. La société Cyclopharma Laboratoires n'invoque, par ailleurs, aucun autre fait, susceptible d'être qualifié d'abus.
30. Il résulte de tout ce qui précède que les faits invoqués par la société requérante à l'appui de sa saisine ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. En application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, il y a donc lieu de rejeter la saisine, en tant qu'elle concerne la pratique constituée par la location d'un immeuble consentie par la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes à la société Cis Bio International, et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires.

DECISION

Article 1^{er} : La saisine enregistrée sous le numéro 03/0065 F est déclarée irrecevable, en tant qu'elle vise les décisions d'autorisation administrative et d'aides financières accordées à la société Cis Bio International et à la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, ainsi que le choix et la régularité de la procédure adoptée par la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes pour donner à bail un bâtiment destiné à accueillir un cyclotron.

Article 2 : La saisine enregistrée sous le numéro 03/0065 F est rejetée en ce qu'elle concerne le contrat de bail conclu entre la Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes et la société Cis Bio International.

Article 3 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 03/0066 M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lerner, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen