



**Décision n° 04-D-05 du 24 février 2004**  
**relative à une demande de mesures conservatoires**  
**présentée par la société Phoenix Pharma à l'encontre de pratiques**  
**mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 20 octobre 2003, sous les numéros 03/0072 F et 03/0073 M, par laquelle la société Phoenix Pharma a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques 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 observations présentées par les sociétés Boehringer Ingelheim France, Laboratoires Servier, Norgine Pharma, Pfizer, Janssen-Cilag, Laboratoire Glaxosmithkline, Lilly France, Sanofi-Synthelabo, Laboratoires Merck Sharp & Dohme-Chibret, Merck Sharp & Dohme B.V. et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Phoenix Pharma, Boehringer Ingelheim France, Labo Servier, Norgine Pharma, Pfizer, Janssen-Cilag, Glaxosmithkline (GSK), Lilly France, Sanofi-Synthelabo, Merck Sharp & Dohme-Chibret (MSD Chibret) et Merck Sharp & Dohme B.V. (MSD B.V.) entendus lors de la séance du 20 janvier 2004 ;

La société OCP-Distribution entendue, conformément aux dispositions de l'article L. 436-7 alinéa 2 du code de commerce,

## **I. - Constatations**

### **A. LA SAISINE**

1. La société Phoenix Pharma, grossiste répartiteur en produits pharmaceutiques, dénonce les contingentements d'achats mis en place par les laboratoires pharmaceutiques suivants :

Boehringer-Ingelheim, Servier, Norgine Pharma, Pfizer, Janssen-Cilag, Glaxosmithkline (GSK), Lilly France, Sanofi-Synthelabo, Merck Sharp & Dohme-Chibret (MSD Chibret), Merck Sharp & Dohme B.V. (MSD B.V.) Selon la saisissante, ce système de contingentement l'empêcherait de remplir ses obligations légales d'approvisionnement des pharmacies, aboutirait à un gel de ses parts de marché et la défavoriserait par rapport à ses principaux concurrents.

2. La société Phoenix Pharma considère qu'avec la mise en place de ces systèmes de contingentement, les laboratoires abusent de la position dominante qu'ils occupent sur le marché de la fourniture aux grossistes-répartiteurs de chacune des spécialités concernées. De plus, la plaignante estime que la mise en place concomitante de ces contingentements par l'ensemble des laboratoires serait l'indice d'une entente prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.
3. Accessoirement à sa saisine au fond, Phoenix Pharma demande au Conseil, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, de *"prononcer la suspension immédiate des mesures de contingentement et d'enjoindre aux laboratoires de revenir à la situation antérieure, sous peine d'astreinte à chaque refus de vente, d'un montant égal au montant des produits refusés, au titre des quotas."*

#### **B. LA DISTRIBUTION EN GROS DE MÉDICAMENTS DESTINÉS À LA VENTE EN OFFICINE**

4. Les grossistes répartiteurs assurent la distribution des médicaments aux officines pharmaceutiques. L'article R. 5515-13 du code de la santé publique dispose :

*"Toute entreprise exerçant l'activité de grossiste-répartiteur déclare au directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé le territoire sur lequel chacun des établissements exerce son activité de répartition. (...) Toute commune dans laquelle l'établissement dessert habituellement au moins une officine fait partie de son territoire de répartition. Sur son territoire de répartition, l'établissement est tenu aux obligations de service public suivantes :*

1. *Il doit disposer d'un assortiment de médicaments comportant au moins les neuf dixièmes des présentations effectivement exploitées en France ;*

2. *Il doit être en mesure :*

- *de satisfaire à tout moment la consommation de sa clientèle habituelle durant au moins deux semaines ;*
- *de livrer dans les 24 heures suivant la réception de la commande tout médicament faisant partie de son assortiment ;*
- *de livrer tout médicament, (...) à toute officine qui le lui demande.*

*Ces dispositions ne font pas obstacle à ce que qu'un établissement livre exceptionnellement en cas d'urgence à une officine en dehors de son territoire de répartition.*

*A titre exceptionnel et en l'absence d'autre source d'approvisionnement, le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé peut, de sa propre initiative, ou à la demande du représentant de l'Etat dans le département concerné après avis du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, imposer à un établissement de livrer une officine de pharmacie située hors de son territoire de répartition."*

5. L'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale limite le taux des remises, ristournes et autres avantages de toute nature consenti aux officines sur les médicaments remboursables à 2,50 % pour les médicaments sous brevet et à 10,74 % pour les génériques.
6. Une dizaine de grossistes-répartiteurs exercent sur le territoire national. Trois d'entre eux, O.C.P., Alliance Santé et CERP Rouen détiennent plus de 80 % du marché. La société Alliance Santé Distribution est présente sur l'ensemble du territoire, avec 55 établissements, et a réalisé, en 2001, un chiffre d'affaires de 4,8 milliards d'euros. Elle détient environ 28,5 % du marché. O.C.P. est présent sur l'ensemble du territoire au travers de 53 établissements. Sa part du marché national avoisine 40 %. En 2001 son chiffre d'affaires a été de 6,33 milliards d'euros. Les CERP sont des coopératives de pharmaciens. CERP Rouen se partage avec CERP Lorraine, CERP Rhin Rhône et CERP Bretagne Nord le territoire national mais ces sociétés, qui ont constitué un groupement d'achats, CERP France, sont juridiquement et financièrement indépendantes. Ensemble, elles réunissent 69 établissements et détiennent une part de marché de 25,9 %.
7. Phoenix Pharma est essentiellement présente en région parisienne, dans le Var (37 % du marché local), en Vendée (33 % du marché local) et en Loire-Atlantique (16 %). Au niveau national, elle détient près de 3,3 % du marché avec un chiffre d'affaires de 0,56 milliard d'euros. Phoenix Pharma, qui vient de racheter Bialais, petit répartiteur installé dans le Nord (0,1 % du marché), est une filiale du groupe Phoenix AG, filiale de Merckle, leader du marché de la répartition en Allemagne avec 32 % du marché devant Sanacorp/Anzag (29 %) et Gehe (19 %).
8. Les autres répartiteurs sont la société Dapharm, à Paris, qui a obtenu le statut de répartiteur le 19 décembre 1996 et s'est spécialisée dans la livraison par messagerie des spécialités à forte rotation, selon la formule dite "*short liner*" (0,03 % du marché), RBP Pharma (0,26 % du marché) et Sogiphar (0,35 % du marché) ; ces deux dernières étant des sociétés récemment créées par des groupements de pharmaciens.
9. Les demandeurs, en aval des répartiteurs, sont les 22 700 officines au principal et, pour une part très marginale (1 %), les hôpitaux. Les officines sont, pour l'essentiel, livrées par les répartiteurs ; seules, 10 % de leur approvisionnement étant assuré directement par les laboratoires. En revanche, les hôpitaux ne commandent que 10 % de leurs médicaments aux répartiteurs. Une pharmacie ne peut avoir en stock que les spécialités les plus courantes mais elle doit être en mesure de délivrer dans la journée les médicaments prescrits. L'usage et la volonté de servir rapidement sa clientèle veut que le pharmacien retienne au minimum deux grossistes-répartiteurs, le premier assurant l'essentiel des fournitures, le second étant utilisé en dépannage.

### C. LES CONTINGEMENTS INSTAURÉS PAR LES LABORATOIRES

10. 300 laboratoires-fabricants et environ 280 fabricants d'accessoires ou de dispositifs paramédicaux exercent une activité en France. 75 % des 7 300 spécialités pharmaceutiques se vendent, en moyenne, à moins d'une unité par mois et par officine et seuls 2 % des médicaments se vendent à plus de 10 unités. Les laboratoires commercialisent pour l'essentiel leurs produits par l'intermédiaire des grossistes-répartiteurs. Les ventes directes aux officines représentent environ 9 % de leur ventes, et celles aux hôpitaux et cliniques, environ 16 %.
11. La société GSK a mis en place, depuis novembre 2001, un système européen de gestion des approvisionnements, dans le cadre duquel chaque filiale du groupe en Europe reçoit, selon les

besoins de son territoire national, une allocation globale qui est ensuite répartie entre les grossistes. Les grossistes-répartiteurs ont été avertis de la mise en place de ce système par une lettre dans laquelle GSK exposait que, "*conformément au processus d'intégration au sein du groupe Glaxosmithkline, afin d'améliorer et d'optimiser la fourniture de nos produits, dans le respect des dispositions du code de la santé publique et de notre mission de santé publique, il a été décidé de rationaliser la gestion des approvisionnements de certains de nos médicaments*" et indiquait les produits auxquels s'appliquait le nouveau système de gestion des approvisionnements, soit environ 20 % des spécialités qu'il commercialise, dont le Lamictal. La répartition de l'allocation globale destinée au marché français entre les grossistes-répartiteurs se fait par référence à leur part dans les ventes nationales de médicaments, établie sur la base des données fournies par le GERS/CIP, groupement d'intérêt économique regroupant les grossistes-répartiteurs et les laboratoires, sur le nombre d'unités vendues auprès des officines. Cette part de marché est ensuite affectée d'un coefficient destiné à prendre en compte l'évolution potentielle de la demande, de l'ordre de 5 à 20 % selon les spécialités. Au début de chaque trimestre, chaque grossiste-répartiteur est informé de l'allocation maximale de produits qu'il peut commander par mois. Les quantités non commandées peuvent être reportées d'un mois sur l'autre, dans la limite du trimestre.

12. Le groupe Pfizer, à partir d'une évaluation annuelle des besoins nationaux, alloue à chaque entité nationale les quantités correspondantes, ventilées mensuellement, avec une marge de sécurité de + 10 % pour parer à une éventuelle rupture de stocks. Ces quantités mensuelles sont ensuite réparties entre les grossistes en fonction de leurs parts de marché au niveau national, tous produits confondus, constatées précédemment, sur la base des statistiques du GERS. Les nouveaux entrants se voient attribuer de facto, au départ, une part de 0,2 %. Le système concerne 10 des 89 produits commercialisés par Pfizer. Selon Pfizer, les maxima sont appliqués "*avec souplesse*" aux petits grossistes (moins de 5 % du marché) pour ne pas les pénaliser et éviter des ruptures de stock pour les pathologies graves. Toutefois, Pfizer ne précise pas quelle est l'importance de cette marge de manoeuvre et le courrier du 26 septembre 2003 adressé à Phoenix Pharma, dont la part de marché est inférieure à 5 %, n'en fait pas état.
13. Le laboratoire Servier a annoncé, par courrier du 19 novembre 2002, à la société Phoenix Pharma, qu'il avait décidé de restructurer son système de distribution de médicaments, en ce qui concerne, dans un premier temps, une liste de 6 médicaments. Il attribue à chaque grossiste un quota trimestriel, calculé en fonction de la part du grossiste dans les ventes totales de médicaments, telle que donnée par les statistiques du GERS. Le courrier adressé au grossiste présente, par médicament, des "*dotations mensualisées maximales*". Ces parts sont revues chaque trimestre, en fonction des ventes constatées le trimestre précédent, afin de tenir compte de l'évolution du marché.
14. La société Lilly France établit, depuis février 2002, pour 7 des 15 spécialités qu'elle commercialise, des prévisions de vente pour la France. Elle les répartit ensuite en allocations trimestrielles par succursale, en fonction de la part de chaque grossiste dans les ventes nationales de l'ensemble des médicaments, telles que données par les statistiques du GERS.
15. Le laboratoire Boehringer rappelle, dans un courrier du 17 décembre 2002, qu'il attribue à chaque grossiste un quota annuel de livraison égal aux achats de l'année précédente, réparti ensuite sur une base mensuelle, éventuellement corrigé en fonction de l'évolution estimée de la demande finale. Par ailleurs, ces quotas peuvent être réduits, sur certains produits, dans la même proportion pour tous les grossistes, en cas de difficultés d'approvisionnement, ainsi que l'annonce un courrier du 12 décembre 2001 concernant 3 produits.

16. Le groupe Sanofi-Synthelabo a mis en place, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2002, un système de rationalisation de l'approvisionnement. Dans le cadre de ce système, chaque unité nationale se voit attribuer des allocations de produits établies sur la base des quantités livrées l'année passée et de l'évolution prévisible du marché, éventuellement corrigée d'un coefficient variable selon les produits pour tenir compte de critères tels que le lancement d'un produit, de nouvelles indications thérapeutiques, l'arrivée de produits concurrents ou génériques. Ensuite, chaque filiale (courrier du 12 juillet 2002) attribue aux grossistes un quota annuel avec répartition mensuelle fondé sur les quantités de chaque médicament livrées l'année précédente, corrigées d'une estimation de l'évolution prévisible de la demande. Le système concerne 10 produits sur les 85 commercialisés.
17. MSD France, par courrier du 1<sup>er</sup> mars 1996, et MSD Pays-Bas, par courrier du 24 janvier 2001, ont annoncé la mise en place d'un système européen de gestion des stocks pour six médicaments, étendu à trois autres en 2001. Les quantités de médicaments disponibles pour chaque client sont fondées sur des prévisions de vente sur une base semestrielle, en fonction des achats du médicament concerné du semestre précédent, affectées d'un coefficient de croissance propre à chaque produit. Ces prévisions sont réparties entre les grossistes en fonction des achats de chacun des médicaments constatés le semestre précédent. Une répartition mensuelle est ensuite effectuée et le grossiste dispose d'une possibilité de dépassement mensuel de 15 %, sans pouvoir excéder au total le quota semestriel initialement alloué (courrier du 2 juillet 2002). Les quantités allouées non commandées ne peuvent être reportées sur la période suivante.
18. Le laboratoire Janssen-Cilag, par un courrier du 1<sup>er</sup> octobre 2001, indique qu'afin de répartir les productions en fonction des besoins réels de chaque pays et chaque grossiste, il souhaiterait rencontrer Phoenix Pharma, et précise que des plafonds de réapprovisionnement mensuels vont être imposés aux filiales du groupe pour trois spécialités.
19. La saisine ne comporte aucun élément relatif à la mise en place d'un système de contingentement par le laboratoire Norgine Pharma.

## II. Discussion

20. L'article 42 du décret du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce 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 en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du code de commerce qui énonce que : "*Le Conseil de la concurrence (...) peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.*"

## **A. SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

21. La société GSK expose que l'intervention du Conseil de la concurrence sur le système de contingentement qu'elle a mise en œuvre constituerait une immixtion dans le fonctionnement du service public de la santé remettant en cause les termes des conventions de droit public conclues entre les laboratoires pharmaceutiques et l'Etat, par l'intermédiaire du comité économique des produits de santé (CEPS), par lesquelles les laboratoires s'engagent à limiter leurs ventes. Elle fait valoir que ces conventions sont des contrats administratifs et que seul le juge administratif est compétent pour connaître de décisions prises dans le cadre de l'organisation du service public.
22. Le Conseil relève, cependant, que les décisions prises par les laboratoires relatives à l'approvisionnement des grossistes sur leur territoire national organisent les relations commerciales entre le laboratoire Glaxosmithkline et ses clients et qu'elles ne peuvent donc être assimilées ni à des contrats administratifs ni à des décisions administratives. Elles relèvent donc bien de la compétence du Conseil de la concurrence.

## **B. SUR L'ÉVENTUELLE CONTRARIÉTÉ ENTRE LA DÉCISION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET LA POSITION DES AUTORITÉS COMMUNAUTAIRES**

23. La société GSK soutient qu'elle a notifié, le 30 novembre 2001, son système de gestion européen des approvisionnements à la Commission européenne et que celle-ci n'a formulé depuis aucune observation. Les laboratoires Servier, Lilly France et Sanofi-Synthelabo font pareillement valoir qu'ils ont notifié leurs systèmes de contingentement à la Commission des communautés européennes depuis deux à trois ans et qu'en conséquence, le Conseil doit se déclarer incompétent.
24. Cependant, aucun élément du dossier n'établit que la Commission aurait engagé une procédure en application des dispositions de en application des articles 2, 3, ou 6 du règlement 17/62 du Conseil du 6 février 1962. Les autorités des Etats membres restent donc compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86 conformément à l'article 88 du Traité. 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. Dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

## **C. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES**

### **1. SUR L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE ENTRE LES LABORATOIRES**

25. La société Phoenix Pharma expose que la concomitance de la mise en place de systèmes de contingentements par les laboratoires caractérise une entente qui a pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la distribution de médicaments aux officines.
26. Les laboratoires mis en cause font valoir que la requérante s'appuie sur de simples affirmations non étayées d'indices suffisamment probants de l'existence d'un accord de volonté entre les laboratoires. En outre, ils soutiennent que le parallélisme de comportement n'est pas établi car il n'y a pas simultanéité dans la mise en œuvre de leurs différents systèmes

de contingentement, qui se sont échelonnés de 1996 à fin 2002, et que les modalités en sont différentes. De plus, ils soutiennent que, quand bien même un tel parallélisme serait constaté, il ne pourrait constituer à lui seul la preuve d'une entente et devrait être étayé par des indices précis, graves et concordants de comportements concertés, inexistantes en l'espèce, la mise en place des systèmes de quotas ayant été décidée de façon unilatérale par chaque laboratoire.

27. Il ressort en effet des éléments du dossier que les contingentements dénoncés ont été mis en place à des périodes différentes, s'échelonnant de 1996 à novembre 2002. De plus, dans leurs modalités, les systèmes varient selon les laboratoires : quatre des laboratoires visés ont instauré des contingentements basés sur les parts des grossistes dans les ventes nationales de médicaments (Glaxosmithkline, Pfizer, Lilly France, Servier), tandis que quatre autres ont pris pour référence les achats précédents des médicaments concernés (Boehringer, Sanofi, MSD France, MSD Pays-Bas). Certains établissent des contingentements annuels, d'autres des contingentements semestriels ou trimestriels, ces allocations étant éventuellement, mais pas chez tous, réparties mensuellement. La plupart adoptent des quotas globaux pour l'ensemble des établissements du grossiste, tandis que quelques-uns déterminent des quotas par succursale. Deux ont déclaré avoir prévu des aménagements pour assouplir le système vis-à-vis des nouveaux entrants ou des plus petits opérateurs (Glaxosmithkline et Pfizer). Le parallélisme de comportement se réduit donc à la seule constatation de la mise en œuvre d'un contingentement individualisé par grossiste.
28. En tout état de cause, quand bien même un tel parallélisme serait constaté, il ne saurait suffire à lui seul à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle mais doit être étayé d'indices graves, précis et concordants de l'existence d'une telle concertation. Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 juillet 2002 confirmant la décision n° 02-MC-09 du Conseil, relative aux politiques d'approvisionnement de laboratoires pharmaceutiques vis-à-vis de grossistes exportateurs, énonce, : "(...) *il convient d'observer qu'un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à révéler l'existence d'une concertation frauduleuse, que les décisions ont été prises à des dates différentes, allant du 21 décembre 2000 au 7 février 2002, pour des motifs propres à chaque fabricant dont rien ne démontre l'absence manifeste de pertinence ;*".
29. En l'espèce, la partie saisissante n'apporte aucun élément suggérant l'existence d'un accord de volontés entre les laboratoires qu'elle met en cause, ni entre ces laboratoires et un ou plusieurs de leurs grossistes, en vue de limiter les livraisons de médicaments à la société Phoenix Pharma. Le TPICE a considéré, dans l'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*". L'arrêt poursuit : "*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*" ; il retient 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".* Après avoir pris connaissance de cet arrêt, chacun des laboratoires pouvait estimer qu'il pouvait légitimement mettre en œuvre les moyens de rationaliser sa production.

30. Les laboratoires, mis en cause, exposent, de plus, qu'ils avaient chacun un intérêt propre, indépendamment des mesures qu'adoptaient d'autres laboratoires, à mettre en œuvre un contingentement de l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs, un tel système, d'une part, étant indispensable au respect des engagements de maîtrise de la consommation de médicaments pris vis-à-vis des pouvoirs publics et, d'autre part, leur permettant d'éviter des pénuries imputables à des exportations massives de médicaments vers d'autres pays.
31. Il y a donc lieu de considérer que la saisine n'est pas assortie d'éléments suffisamment probants en ce qui concerne la violation par les laboratoires des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

## **2. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DOMINANTE DES LABORATOIRES**

32. La société Phoenix Pharma soutient que l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs en chacune des spécialités pharmaceutiques faisant l'objet d'un quota constitue un marché pertinent sur lequel le laboratoire fabricant serait en position dominante. Elle met en avant l'absence de substituts à ces médicaments du fait de leurs indications thérapeutiques et propriétés pharmacologiques différentes, ainsi que de l'impossibilité pour le grossiste-répartiteur de substituer un médicament à un autre.
33. Les laboratoires opposent que, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, les marchés de médicaments sont généralement définis par référence au troisième niveau de classification dite "*Anatomical Therapeutic Chemical Classification System (ATC)*" regroupant les spécialités selon leurs indications, et font valoir, chacun pour les médicaments qui le concerne, qu'il existe d'autres spécialités ayant les mêmes indications thérapeutiques. Les laboratoires Glaxosmithkline et Servier rappellent, pour leur part, que le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 02-A-15 du 23 décembre 2002 relatif à la reprise d'ORP par Alliance Santé, a considéré que les spécificités de l'approvisionnement des officines par les grossistes répartiteurs en France permettent de considérer que cette activité constitue un marché pertinent.
34. L'activité des grossistes-répartiteurs est cependant encadrée par des contraintes réglementaires spécifiques, dont notamment l'obligation de fournir rapidement, à la demande des pharmaciens, 90 % des spécialités répertoriées. De ce fait, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que des médicaments, substituables pour les patients et les prescripteurs, soient complémentaires pour les grossistes-répartiteurs.
35. Tel serait le cas si les grossistes devaient nécessairement détenir un des médicaments spécifiques de ce laboratoire dans leur gamme, faute de quoi ils perdraient une partie substantielle de leur clientèle, non pas ponctuellement pour la livraison de ce seul médicament, mais pour l'ensemble des services qu'ils peuvent offrir à leurs clients pharmaciens. Si, au contraire, les grossistes peuvent remplir leurs obligations, tant légales que commerciales, en remplaçant le médicament en cause par un autre ou s'ils peuvent continuer à offrir leurs services d'approvisionnement en gros à leurs clients pharmaciens, même si ponctuellement ils ne disposent pas du médicament considéré, sans provoquer la désaffection de leurs clients, il y aurait lieu de considérer qu'il existe pour les grossistes une certaine substituabilité entre les médicaments qui interdirait que chacun soit considéré comme un marché en soi.

36. Seule une instruction approfondie pourra permettre de mesurer la marge de manœuvre dont disposent les grossistes-répartiteurs mais il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'approvisionnement de ces derniers, en chacune des spécialités protégées par brevet, constitue un marché pertinent sur lequel le fabricant est en position dominante.

### 3. SUR L'EXISTENCE D'UN ABUS

37. La société Phoenix Pharma assure que des refus de vente lui ont été opposés et que le système de quotas est à l'origine de ruptures d'approvisionnement des officines. Elle soutient, de plus, que si elle voulait se développer par croissance externe, elle en serait empêchée car le montant de ses commandes sur une période donnée est fonction du montant de ses achats au même laboratoire lors de la période précédente, la part du marché qui lui est attribuée étant inchangée d'une année sur l'autre. Ainsi, le système du contingentement figerait sa part de marché et l'empêcherait de se développer et de faire concurrence aux autres grossistes répartiteurs. Cet effet serait aggravé par le caractère discriminatoire des systèmes de quotas, Phoenix Pharma assurant que ses concurrents exportateurs se voient allouer un quota qui tient compte de leurs ventes, non seulement sur le marché national mais aussi sur les marchés extérieurs et que ce système, en les autorisant à réallouer les ventes à l'exportation vers le territoire national, leur permet de développer leur part de marché sur celui-ci.
38. Tous les laboratoires ayant mis en place des contingentements contestent que ce système soit constitutif d'un abus vis-à-vis de Phoenix Pharma. En premier lieu, ils considèrent qu'il est justifié et approprié par rapport aux contraintes de marché auxquelles ils sont exposés et à la nécessité d'un approvisionnement adapté à la demande des patients. En deuxième lieu, certains déclarent qu'ils n'ont pas refusé de livrer Phoenix Pharma, tandis que d'autres rappellent que le refus de vente n'est pas en lui-même constitutif d'un abus. Enfin, tous contestent les allégations relatives au gel des parts de marché et aux restrictions au développement externe de Phoenix Pharma.
39. Le refus de vente ne constitue pas nécessairement un abus de position dominante, notamment lorsqu'il résulte de l'organisation de la production et de la logistique propre au laboratoire, et que cette organisation n'est pas par elle-même anticoncurrentielle. En revanche, les systèmes de contingentement mis en cause pourraient constituer une pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité CE s'ils restreignaient, dans les faits, la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros des médicaments, donc la concurrence entre les grossistes répartiteurs.
40. Cependant, s'agissant des laboratoires Janssen-Cilag et Norgine Pharma, aucun élément du dossier ne permet de constater qu'ils ont instauré un contingentement individualisé par grossiste de leurs approvisionnements en médicaments ou ont opposé à la société Phoenix Pharma des refus de vente motivés par la mise en place de quotas. Il y a donc lieu de rejeter la saisine en ce qui les concerne, en application de l'article L. 462-8 précité.
41. S'agissant des refus de vente, les autres laboratoires, même s'ils contestent les chiffres avancés par Phoenix Pharma dans sa saisine, admettent que certaines commandes de ce grossiste-répartiteur ont pu soit être rejetées soit n'être pas livrées en totalité pour la part excédant ses quotas. C'est le cas de Boehringer qui signale que les demandes de Phoenix Pharma ont dépassé ses allocations d'Atrovent de 12 % en 2002 et de 119 % en 2003 et qu'il a donc refusé de livrer ces quantités supplémentaires excédant manifestement, selon lui, les besoins du marché. De même, le représentant de MSD Dohme et MSD Chibret a confirmé, en séance, que les commandes dépassant les allocations maximales ne sont pas livrées. Sanofi,

pour sa part, conteste que le respect des quotas soit susceptible d'être qualifié de refus de vente.

42. Les laboratoires Servier et Glaxosmithkline exposent, en revanche, sans être contredits par Phoenix Pharma, que celui-ci ne leur a pas commandé l'intégralité des quantités qui lui sont allouées. Ainsi, Servier a précisé que, selon les médicaments, Phoenix Pharma n'a commandé que 69 % à 92 % des volumes maximaux alloués, et 82 % en moyenne, tous produits confondus. Glaxosmithkline a communiqué des tableaux qui font ressortir que les quotas qu'il a alloués aux grossistes sont supérieurs, aux ventes des grossistes aux officines, de 9 à 74 % selon les produits, tandis que les quantités effectivement achetées par les grossistes auprès de Glaxosmithkline sont égales ou supérieures, de 1 à 16 %, aux ventes des grossistes aux officines. Au surplus, Glaxosmithkline a communiqué des courriers montrant qu'il attire l'attention des grossistes sur leurs disponibilités par rapport à leurs allocations.
43. De plus, la société Phoenix Pharma ne produit, à l'appui de sa saisine, aucun élément établissant qu'elle aurait subi des ruptures de stock sur les produits contingentés, que ce soit au niveau national ou au niveau de certaines agences. Interrogé en séance, son représentant n'a pas été en mesure de citer de produit pour lequel elle aurait été globalement, au plan national, contrainte dans ses approvisionnements. Il en est de même pour la société OCP Distribution laquelle, interrogée sur ce point en séance, a reconnu qu'aucune rupture de stocks n'avait été constatée au plan national sur les médicaments soumis à contingentement, les problèmes d'approvisionnement dénoncés par elle ne concernant que certaines agences locales et, en particulier, l'agence de Reims.
44. Ces éléments, apparemment contradictoires, pourraient s'expliquer par le fait que Phoenix Pharma souhaite limiter au maximum ses stocks, notamment pour les adapter au niveau de la demande dans ses zones de distribution existantes, et par conséquent limite ses commandes alors même qu'elle n'a pas épuisé, à la fin de chaque période de référence, son allocation auprès de chaque laboratoire, en dépit du fait que cette stratégie de réduction des coûts peut l'empêcher d'obtenir les médicaments en cause dans la période ultérieure, si elle se trouve confrontée à une brusque augmentation de la demande. Seule, une enquête approfondie permettrait d'apprécier ces circonstances.
45. Enfin, Phoenix Pharma n'apporte pas d'éléments probants desquels il résulterait qu'elle aurait épuisé ses capacités d'achat de médicaments vis-à-vis des laboratoires en cause et que cet épuisement de ses allocations aurait freiné son expansion en 2002 et 2003. En revanche, les débats ont établi que lorsque Phoenix Pharma a racheté la société Bialais à Lille, l'ensemble des laboratoires ont ajouté au quota consenti à Phoenix Pharma le quota alloué à Bialais, de telle sorte que sa part de marché augmente. De fait, la part de marché de Phoenix Pharma est passée de 3,11 % en 2002 à 3,52 % en 2003.
46. S'agissant de l'effet du contingentement sur la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros des médicaments, il convient de rappeler que la mission de défense de la concurrence sur un marché qui incombe au Conseil ne se confond pas avec la seule défense d'une entreprise individuelle concurrente sur ledit marché. A partir du constat qu'il existe sur le marché de l'approvisionnement en gros des spécialités pharmaceutiques trois importants grossistes répartiteurs et un ensemble de petits répartiteurs, on peut conclure que la concurrence sur ce marché résulte de la combinaison de l'ensemble des rapports entre ces acteurs et les acteurs potentiels qui seraient tentés d'y entrer, et non du maintien ou développement d'un seul d'entre eux. En d'autres termes, Phoenix Pharma n'est pas l'unique source de concurrence sur le marché et il est nécessaire, pour déterminer si les contingentements mis en œuvre par les laboratoires sont susceptibles de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros des médicaments, d'étudier leur

impact tant sur de nouveaux entrants que sur de petits répartiteurs aussi bien que sur les acteurs les plus importants du marché.

47. La proportion des médicaments soumis à contingentement est faible, de l'ordre de 9 à 10 % de l'ensemble des ventes de médicaments en moyenne. Ainsi, pour 90 % de ses achats, Phoenix Pharma, de même que tout autre grossiste répartiteur, est libre de toute contrainte imposée par les laboratoires. La société Phoenix Pharma cite, dans sa saisine, 35 spécialités pharmaceutiques pour les 10 laboratoires qu'elle met en cause, sur un total de 7 300 spécialités répertoriées. Par conséquent, si elle envisageait de mettre en œuvre une politique d'implantation nationale en se développant par voie de croissance interne dans d'autres régions où elle n'est pas ou très peu présente, elle pourrait, de même que tout nouvel entrant sur le marché, développer son offre de services de gros pour la très grande majorité des produits distribués par les grossistes répartiteurs, sans être confrontée à l'obstacle de quotas. C'est ainsi, par exemple, que les achats de médicaments Pfizer de Phoenix Pharma ont progressé de 5,8 % en 2002 puis de 11 % en 2003.
48. Il apparaît que les systèmes de contingentement sont différents d'un laboratoire à l'autre en ce qui concerne la base de calcul de l'allocation de chaque grossiste (achats du médicament concerné par le grossiste lors de la période précédente ou part du grossiste dans les ventes de l'ensemble des médicaments lors de la période antérieure), la base géographique des ventes retenues pour le calcul des allocations (ventes par agence, ventes nationales ou ventes nationales augmentées des ventes à l'exportation), la durée de la période de référence (l'année, le semestre ou le trimestre). D'autres différences peuvent être constatées en ce qui concerne la marge de sécurité appliquée aux prévisions et augmentant les allocations aux grossistes par rapport à l'évolution de la demande attendue, le degré de souplesse du système lorsqu'un grossiste est confronté à une augmentation des demandes de ses clients, enfin le traitement réservé aux nouveaux entrants ou aux petits grossistes. En conséquence, il est nécessaire de procéder à un examen précis du système de contingentement de chaque laboratoire en cause pour établir s'il existe des éléments suffisamment probants que l'un ou l'autre de ces systèmes, voire l'ensemble d'entre eux, pourrait être de nature à figer les parts de marché des grossistes.
49. La société Glaxosmithkline signale qu'elle a prévu une marge de dépassement par rapport à l'allocation trimestrielle maximale définie pour chaque grossiste, de façon à permettre au grossiste de répondre immédiatement à une évolution soudaine de la demande de sa clientèle. En outre, les données chiffrées qu'elle a communiquées permettent de relever qu'en 2003, les quotas qu'elle a alloués aux grossistes dépassent les ventes de ces grossistes aux officines dans des proportions variant de + 9 % à + 74 % selon les produits. Enfin, elle a prévu un "*pack nouvel entrant*" qui alloue une part de marché calculée par référence au marché global et qui vient donc en surplus par rapport au total des allocations consenties à l'ensemble des grossistes existants.
50. Pour sa part, la société Pfizer attribue à tout nouvel entrant une allocation équivalente à 0,2 % de part de marché. Concernant les petits grossistes (moins de 5 % du marché), elle déclare leur appliquer les plafonds maximaux d'achats avec souplesse pour ne pas les pénaliser.
51. De son côté, le laboratoire Servier a exposé que les quotas qu'il alloue sont affectés d'un coefficient de croissance destiné à tenir compte de l'évolution de la demande globale et d'un coefficient de flexibilité pour faire face à un accroissement inopiné et urgent de la demande d'un grossiste. Il a ajouté que la révision de ces quotas est trimestrielle.
52. Ainsi, il ressort, de l'examen des modalités de gestion des quotas mis en place par les laboratoires GSK, Pfizer et Servier, qu'aucun élément suffisamment probant n'indique que ces systèmes de contingentement pourraient empêcher de nouveaux opérateurs d'accéder au

marché ou figer les parts de marché des grossistes existants en leur imposant des contraintes qui limiteraient l'amplitude des variations de leur part de marché par rapport à ce qu'elles auraient été sans l'instauration de ces systèmes. Il en résulte que la saisine de la société Phoenix Pharma doit être déclarée irrecevable, en application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, en ce qu'elle concerne les sociétés Servier, Glaxosmithkline et Pfizer.

53. En revanche, les représentants des sociétés Lilly France et Boehringer, interrogés sur ce point en séance, ont déclaré que, pour l'instant, elles n'avaient pas prévu de modalités de gestion de leurs quotas spécifiques aux nouveaux entrants ou permettant de faire face à une augmentation de la demande adressée à un grossiste qui résulterait, par exemple, d'un effort concurrentiel sur la qualité du service offert. Le représentant de MSD France et MSD Pays-Bas a, pour sa part, déclaré que les quotas maximaux tels qu'ils sont définis conduisent ces laboratoires à refuser les commandes de nouveaux entrants et qu'ils appliquent strictement les quotas consentis aux grossistes existants. Le représentant de Sanofi a reconnu, lors de son exposé oral, que son système d'allocations limitait les possibilités d'augmentation des achats des grossistes, tout en précisant qu'il ne sanctionnait pas les réductions d'achats. Concernant les nouveaux entrants, il n'a pu faire état d'un dispositif spécifiquement adapté et a seulement indiqué qu'une part du stock de sécurité prévu pour chaque médicament pourrait, le cas échéant, être affectée à la livraison de nouveaux clients.
54. Il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que les systèmes de contingentement des laboratoires Lilly France, Sanofi, Boehringer, MSD France et MSD Pays-Bas soient, dans leurs modalités de gestion, de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros des médicaments, notamment en créant une barrière à l'entrée, et que leur mise en place par les laboratoires concernés puisse contrevenir aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

#### **D. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES**

55. Aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, "*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*".
56. Phoenix Pharma demande au Conseil, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, de "*prononcer la suspension immédiate des mesures de contingentement et d'enjoindre aux laboratoires de revenir à la situation antérieure, sous peine d'astreinte à chaque refus de vente, d'un montant égal au montant des produits refusés, au titre des quotas*."

## **E. SUR L'ATTEINTE AUX INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS**

57. Selon la société Phoenix Pharma, les contingentements qui lui sont imposés pour des médicaments importants, de commercialisation courante, l'empêcheraient de remplir ses obligations de service public et seraient susceptibles de priver le consommateur des produits en cause.
58. Toutefois, il ressort des éléments du dossier, en premier lieu, que la réglementation nationale impose aux laboratoires et aux grossistes répartiteurs d'approvisionner le marché local de telle sorte que cet approvisionnement soit assuré même en l'absence d'importations parallèles. Concernant les laboratoires, il est établi que ceux-ci, dans le cadre des conventions passées avec le CEPS, établissent des prévisions en ce qui concerne les besoins annuels du marché français pour chaque médicament et que, dans ces prévisions, ils incluent une marge de manœuvre supplémentaire pour tenir compte de l'évolution de la demande ou d'éventuelles ruptures de stock. Il en résulte qu'en principe, indépendamment des quotas individualisés attribués à chaque grossiste, la satisfaction des besoins des consommateurs est globalement assurée.
59. En second lieu, Phoenix Pharma n'a pas fourni d'éléments permettant de constater que ce grossiste aurait subi des ruptures de stock sur des médicaments concernés par les contingentements. Trois laboratoires, Servier, Glaxosmithkline et Boehringer, ont, au contraire, communiqué des éléments tendant à attester que la plaignante n'aurait pas utilisé l'intégralité de ses allocations auprès d'eux. Interrogé en séance, le représentant de la société Phoenix Pharma n'a d'ailleurs pas été en mesure de citer de produit pour lequel elle aurait constaté une rupture de stock au plan national sur les médicaments soumis à contingentement. Il en est de même de la société OCP-Répartition qui a reconnu ne pas avoir subi globalement de rupture de stock sur ces médicaments.
60. En troisième lieu, Phoenix Pharma ou tout autre grossiste ne vend pas directement au consommateur. Ce dernier dispose de solutions alternatives, au niveau du détail, pour se procurer le médicament recherché. Si la pharmacie à laquelle il s'adresse, cliente de Phoenix Pharma, ne dispose pas du produit qui n'est plus disponible auprès de Phoenix Pharma pour cause d'épuisement de son allocation, le consommateur peut soit s'adresser à une autre pharmacie soit demander à son médecin de lui prescrire un médicament de la même classe thérapeutique si celui-ci existe. Par ailleurs, la pharmacie elle-même peut se procurer le produit manquant chez Phoenix Pharma auprès d'un autre grossiste ou d'un de ses confrères pharmaciens.

## **F. SUR L'ATTEINTE AUX INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE PLAIGNANTE**

61. La société Phoenix Pharma soutient que les contingentements qui lui sont imposés l'empêchent de livrer la totalité de ses clients, risquent de les inciter à passer à la concurrence, menacent l'équilibre de son exploitation ainsi que l'amortissement des investissements engagés par elle lors du rachat récent de deux petits établissements locaux, à Lille et à Lyon, et auraient généré, en ce qui la concerne, un manque à gagner qu'elle évalue à 9 % de son chiffre d'affaires.
62. En premier lieu, il convient de constater que les allocations maximales consenties à Phoenix Pharma lui permettent au moins d'approvisionner sa clientèle à hauteur de ces allocations. Au

surplus, Phoenix Pharma n'a pas fourni d'éléments établissant qu'elle n'aurait pas pu livrer certains de ses clients en médicaments soumis au contingentement.

63. En second lieu, si Phoenix Pharma allègue l'existence d'un risque potentiel de voir des officines clientes se détourner d'elle pour choisir l'un de ses concurrents, du fait de défauts de livraison répétés générés par le système de contingentement des laboratoires, alors que précisément la fiabilité et la régularité des livraisons constituent des critères de choix essentiels pour les pharmaciens, la plaignante n'a, cependant, fourni aucun élément indiquant que des pharmaciens auraient renoncé à ses services, pour la raison indiquée, alors même que ces systèmes de contingentement fonctionnent depuis 1 à 6 ans selon les laboratoires. Au surplus, pour au moins trois des laboratoires en cause, il apparaît que Phoenix Pharma n'aurait pas utilisé l'intégralité de ses allocations maximales.
64. En troisième lieu, Phoenix Pharma ne fournit aucune indication quant à l'importance des médicaments contingentés, par rapport à son activité globale. En revanche, le laboratoire GlaxoSmithKline indique qu'en ce qui le concerne, les produits en cause ne représentent que 0,6 % du chiffre d'affaires de Phoenix Pharma. Lilly France précise que l'ensemble de ses produits représente 1,38 % du total des achats de Phoenix Pharma, tandis que le seul produit visé par la saisine n'en représente que 0,55 %. Pour la société Sanofi, l'ensemble de ses produits représente 7 % du total des achats de Phoenix Pharma, sachant que seulement 10 des 85 produits qu'elle commercialise sont contingentés. Pour la société Pfizer, ses ventes à Phoenix Pharma représentent 4,7 % du chiffre d'affaires du grossiste, sachant que seulement 10 des 89 produits qu'elle commercialise, sont contingentés. Il convient, d'ailleurs, de rappeler que le total des achats de Phoenix Pharma en produits Pfizer a progressé de 5,8 % et 11 % ces deux dernières années.
65. En quatrième lieu, les données extraites des comptes de résultats de la société Phoenix Pharma permettent de constater que, sur les trois derniers exercices qui couvrent donc une période où les contingentements ont été mis en œuvre, entre 2000 et 2002, son chiffre d'affaires a progressé de 1,2 % en 2001 et de 3,6 % en 2002, tandis que son résultat d'exploitation a augmenté de 69 % en 2001, puis de 77 % en 2002 (4 836 millions d'euros). De fait, elle ne démontre pas comment une perte globale de chiffre d'affaires de 9 % pourrait résulter des pratiques qu'elle dénonce, étant au surplus rappelé qu'en tout état de cause, un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgences.
66. Enfin, Phoenix Pharma est adossé à un groupe européen présenté comme le leader de la répartition pharmaceutique en Allemagne et comme le deuxième grossiste européen, circonstance qui rend peu probable la menace de voir sa survie menacée du seul fait de la non livraison de certains médicaments au-delà des volumes qui lui sont alloués par huit de ses fournisseurs.
67. Il résulte de ce qui précède que la société plaignante 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.

#### **DECISION**

Article 1<sup>er</sup> : La saisine, en tant qu'elle concerne les sociétés Janssen-Cilag, Norgine Pharma, Servier, Pfizer et Glaxosmithkline (GSK), est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 03/0073/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance,  
Mmes Behar-Touchais et Renard-Payen, MM. Flichy et Robin, membres

La secrétaire de séance,  
Christine Charron

Le vice-président, présidant la séance,  
Frédéric Jenny

---

© Conseil de la concurrence