



Décision n° 04-D-06 du 24 février 2004
relative à une saisine du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Laboratoire Glaxosmithkline

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 21 novembre 2003, sous les numéros 03/0082 F et 03/0083 M, par laquelle le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Laboratoire Glaxosmithkline 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 la société Laboratoire Glaxosmithkline (ci-après GSK) et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Laboratoire Glaxosmithkline (GSK) entendus lors de la séance du 20 janvier 2004 ;

La société OCP-Distribution entendue conformément aux dispositions de l'article L. 463-7, alinéa 2, du code de commerce ;

I. - Constatations

A - LA SAISINE

1. Le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dénonce la mise en place, par le laboratoire pharmaceutique GSK, d'un système de contingentement des achats de Lamictal par les grossistes répartiteurs, qui porterait une atteinte grave et immédiate à la santé publique, et donc aux intérêts des consommateurs. Selon la saisine, le laboratoire GSK détient, sur le marché où se rencontrent l'offre de Lamictal et la demande des grossistes répartiteurs, un monopole en raison de l'obligation légale faite au grossiste de livrer tout médicament à toute officine qui le lui demande. Il en conclut qu'avec la mise en place d'un tel système de contingentement, le laboratoire abuse de sa position dominante.
2. Accessoirement à sa saisine au fond, le Ministre demande, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, qu'à titre conservatoire, le Conseil enjoigne au laboratoire Glaxosmithkline (GSK) de suspendre son système de contingentement, et ce, pour l'ensemble des médicaments qui en font l'objet.

B - LA DISTRIBUTION EN GROS DE MÉDICAMENTS DESTINÉS À LA VENTE EN OFFICINE

3. 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 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."

4. 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.
5. Une dizaine de grossistes-répartiteurs exercent sur le territoire national. Trois d'entre eux, OCP, Alliance Santé et CERP Rouen détiennent plus de 80 % du marché. OCP 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.
6. Pour couvrir l'ensemble du territoire national, Alliance Santé et les CERP disposent, respectivement, de 55 et 69 établissements.
7. 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, seuls 10 % de leur approvisionnement étant assurés directement par les laboratoires. En revanche, les hôpitaux ne commandent que 10 % de leurs médicaments aux répartiteurs. Une pharmacie peut n'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 - LE SYSTÈME DE GESTION DES APPROVISIONNEMENTS DE LA SOCIÉTÉ GSK

8. 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 %.

9. 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 commercialisées par GSK.
10. La répartition de l'allocation globale destinée au marché français entre les grossistes-répartiteurs se fait par référence à leur part de marché, établie la base de données fournies par le GERS/CIP, groupement d'intérêt économique regroupant les grossistes-répartiteurs et les laboratoires, en fonction du 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 mensuellement. Les quantités non commandées peuvent être reportées d'un mois sur l'autre, dans la limite du trimestre.

II. - Discussion

11. 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

12. La société GSK expose que l'intervention du Conseil de la concurrence sur le système de contingentement qu'elle a mis en œuvre constitue une immixtion dans le fonctionnement du service public de la santé et remettrait 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.
13. Cependant, le Conseil constate 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 (GSK) et ses clients et 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

14. 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.
15. En premier lieu, il convient de constater que le silence de la Commission sur les notifications qui lui ont été adressées, s'il ne permet pas de relever à ce jour de critique de la Commission, ne vaut pas pour autant approbation des systèmes de contingentement mis en place par les laboratoires.
16. Ainsi, dans sa décision Pharmajet n° 02-MC-09 du 12 juin 2002, à propos d'une demande de renseignements formelle adressée à la société Merck & Co Inc par la Commission, laquelle indiquait que "*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*", le Conseil a considéré 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*".
17. En second lieu, aucun élément du dossier n'établit qu'à ce jour, un contentieux relatif aux pratiques dénoncées en l'espèce aurait été introduit devant la Commission des communautés européennes, ni que celle-ci aurait décidé d'instruire une telle affaire. Si 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. Dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

C - SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

18. Le ministre expose dans sa saisine que la spécialité Lamictal, commercialisée par GSK est un médicament antiépileptique mis sur le marché en 1996 et qui représentait, en 2002, 12 % en valeur et 4 % en volume des antiépileptiques vendus en officine. Selon lui, il n'existait pas, au 30 avril 2003, de groupe générique pour la Lamorigine, molécule active du Lamictal et ce médicament n'est qu'imparfaitement substituable à d'autres antiépileptiques et, en tout état de cause, ne peut être remplacé par un autre produit qu'au terme de plusieurs jours ou semaines pendant lesquels les deux traitements doivent être pris ensemble.
19. Dans ce contexte, le ministre soutient que le contingent, mis en place par GSK pour les livraisons de Lamictal à destination des grossistes-répartiteurs, a été la cause directe d'un accident survenu, à Reims, en février 2003, à une patiente à laquelle du Lamictal 100 mg avait été prescrit. Le pharmacien auquel cette patiente s'est adressée n'avait pu, le 20 janvier, lui fournir qu'une partie des quantités nécessaires à un mois de traitement, et le grossiste-répartiteur, OCP Reims, n'avait pu réapprovisionner le pharmacien puisqu'il avait atteint le quota qui lui avait été alloué par GSK pour le mois de janvier. La patiente aurait alors, de sa propre initiative, diminué la posologie prescrite et a été victime, le 6 février, d'une crise d'épilepsie à l'origine d'un arrêt de travail.

20. Le ministre fait valoir que GSK a mis en place ce système de contingentement afin de lutter contre les exportations parallèles, favorisées par les écarts de prix des médicaments entre les différents pays européens. Il donne pour exemple les prix du Lamictal, en août 2002, qui étaient de 0,97 € le comprimé de 100 mg en France, contre 0,81 € en Grèce et 1,61 € au Royaume-Uni. Il relève que les systèmes de contingentement ont été mis en place par plusieurs laboratoires à destination des principaux grossistes-répartiteurs (OCP, CERP, ASD) et concernent des médicaments pour lesquels il n'existe pas de génériques et dont les prix sont élevés. Selon lui, cette pratique s'analyse dans le cadre de la relation commerciale entre les grossistes-répartiteurs et les pharmaciens, d'une part, et les laboratoires pharmaceutiques, d'autre part. Il note que les pharmaciens n'ont aucun droit de substitution, sauf pour un produit appartenant au même groupe générique, en cas d'urgence ou avec l'accord exprès du prescripteur, ainsi que le prévoit l'article L. 5125-23 du code de la santé publique et que le grossiste-répartiteur a l'obligation, prévue à l'article R. 5115-13 du code de la santé publique cité au paragraphe 3 ci-dessus, de livrer tout médicament à toute officine qui le lui demande. Il en déduit qu'il n'y a aucune substituabilité entre deux médicaments, pour lesquels il n'existe pas de générique, et que le laboratoire GSK est donc en situation de monopole sur le marché de la fourniture du Lamictal aux grossistes-répartiteurs. Il rappelle que pour une entreprise en position dominante, un refus de vente constitue un abus relevant des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.
21. Pour justifier la mise en place du système de contingentement, le laboratoire GSK évoque, en premier lieu, les contraintes légales et réglementaires qui lui sont imposées par les pouvoirs publics dans le cadre de la politique de maîtrise des dépenses de santé. Il signale que les laboratoires sont astreints, dans le cadre de conventions passées avec le CEPS (Comité Economique des Produits de Santé), à respecter des volumes de ventes annuels prédéfinis, et que ces engagements sont assortis de pénalités financières en cas de dépassement. Selon lui, les médicaments ont, en effet, la particularité d'être des produits dont la demande est largement prévisible et peut donc être encadrée.
22. GSK expose, en second lieu, les contraintes économiques qui pèsent sur son activité, notamment l'importance des investissements en recherche et développement ainsi que la nécessité de procéder à la rationalisation de la production, d'adapter les capacités de production aux besoins de la demande, et d'adapter la logistique pour assurer l'approvisionnement permanent et suffisant des patients dans chacun des territoires de l'Union européenne. Il considère que le système de gestion des approvisionnements qu'il a mis en place est le seul de nature à garantir la disponibilité des médicaments concernés sur tout le territoire français et européen.
23. S'agissant des contraintes de santé publique imposées aux grossistes-répartiteurs, GSK note qu'elles ne comprennent pas une obligation de livraison illimitée mais seulement de réponse aux besoins des officines situées sur leur territoire, et, de façon très exceptionnelle, aux demandes d'officine situées en dehors de ce territoire. Les grossistes ne pourraient donc prétendre disposer d'un droit à des livraisons illimitées. Selon GSK, les exportations réalisées par les grossistes-exportateurs, pour profiter des écarts de prix administrés avec d'autres pays, les amènent à se détourner de leur mission de service public de santé. Il cite le rapprochement structurel des grossistes-répartiteurs et des exportateurs : les sociétés Pharma-Lab et CERP Lorraine Export sont des filiales de CERP Lorraine, la société Médical Export est une filiale de CERP Bretagne Nord et la société Serex est une filiale d'ASD. GSK soutient également que certains grossistes-répartiteurs, dont OCP, font adresser par des agences spécialisées dans l'exportation des commandes ponctuellement très élevées, correspondant à 2, voire 3 fois, la consommation normale sur le territoire concerné et rappelle que cette organisation a été soulignée dans les décisions des autorités européennes relatives à la commercialisation de

l'Adalat par le laboratoire Bayer. Le laboratoire affirme que certains grossistes n'hésitent pas à utiliser tout ou partie de leur allocation en médicaments, sur une période donnée, pour l'exportation, sans considération des patients français et que tel est précisément le cas du Lamictal. Il précise qu'en dépit de la mise en place de quotas de livraison, tout répartiteur demeure libre de revendre les produits dans d'autres pays, mais à ses risques et périls eu égard à ses obligations de service public.

24. GSK soutient également que l'accident thérapeutique dénoncé par le ministre ne peut être imputé à son système de gestion des approvisionnements, les quantités de Lamictal fournies au marché français étant largement suffisantes. Selon lui, il appartient aux grossistes-répartiteurs et aux pharmaciens de veiller à ce que ces quantités parviennent aux patients qui en ont besoin. Il rappelle également qu'un grossiste-répartiteur peut toujours ponctuellement s'adresser à un autre grossiste pour obtenir un médicament manquant et que, les pharmaciens étant généralement fournis par au moins deux grossistes, le pharmacien impliqué dans le cas cité par le ministre aurait donc pu s'adresser à un autre grossiste. A cet égard, il dénonce la relation d'exclusivité, entre OCP et ce pharmacien, mise en avant dans la saisine et s'interroge sur sa compatibilité avec les obligations de service public imposées aux pharmaciens par le code de la santé publique. Le laboratoire pharmaceutique signale également que le pharmacien pouvait s'adresser à une autre officine et que, par ailleurs, il a lui-même mis en place un système de secours qui fonctionne avec un numéro d'appel urgent à la disposition des pharmaciens et qui permet de livrer, en quelques heures, un médicament à une pharmacie, système que le pharmacien en cause n'a pas utilisé. GSK signale aussi qu'il existe 64 officines de pharmacie dans la ville de Reims, que la patiente victime de l'accident n'en a, selon la saisine, consulté qu'une, et que, par ailleurs, étant étudiante en quatrième année de médecine, elle avait également accès à la pharmacie de l'hôpital dans lequel elle effectue ses études.
25. Enfin, GSK soutient qu'à défaut de Lamictal 100 mg, le pharmacien aurait pu conseiller la prise temporaire de deux comprimés de Lamictal 50 mg ou consulter le médecin prescripteur lequel aurait également pu être contacté pour prescrire un médicament de la même classe thérapeutique, laquelle comporte d'autres produits substituables au Lamictal. Le laboratoire a indiqué, à cet égard, que les ventes de Lamictal ne représentaient que 8,5 %, au plus, du total des ventes de médicaments appartenant à cette classe thérapeutique.
26. Le Conseil note qu'il n'est pas allégué qu'une pénurie de Lamictal aurait été constatée, au niveau national, indiquant que les quantités allouées au marché français par le laboratoire GSK, dans le cadre des conventions CEPS, auraient été insuffisantes. Au contraire, GSK expose que les grossistes, et en particulier l'OCP, ne lui commandent pas l'intégralité des quantités de Lamictal qui leur sont allouées. GSK fournit ainsi des tableaux récapitulant les livraisons de Lamictal effectuées aux différents grossistes au cours des trois premiers trimestres de l'année 2003 et dont il ressort, par exemple, que seules 93 % des allocations de Lamictal 100 mg ont été commandées. De même, pour chacun des trois premiers mois de l'année, les quantités de Lamictal commandées sont inférieures aux allocations prévues par le système de contingentement. Au total, ces tableaux font ressortir que les quotas alloués aux grossistes pour le Lamictal sont supérieurs aux ventes des grossistes aux officines, de 16 à 22 % selon les dosages et les conditionnements, tandis que les quantités effectivement achetées par les grossistes sont égales ou supérieures, de 4 à 16 %, aux ventes des grossistes aux officines.
27. Concernant spécifiquement l'OCP, les chiffres communiqués montrent qu'à la fin de l'année 2002 et au premier trimestre 2003, ce grossiste n'a pas commandé l'intégralité de ses allocations maximales, ses commandes représentant, selon les dosages et les

conditionnements, entre 74 et 99 % de ses allocations. La part de l'allocation effectivement commandée est de 89 % en ce qui concerne spécifiquement le Lamictal 100mg. Un courrier adressé, le 28 mars 2003, à OCP par la direction régionale des affaires sanitaires et sociales de Champagne-Ardenne précise d'ailleurs : "(...) Il (le Lamictal) ne figure cependant pas sur la liste des produits sujets à rupture de stock tenue par l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé."

28. GSK précise également qu'il adresse des lettres de rappel pour informer les grossistes de l'état de leur allocation et des quantités disponibles non commandées. Ces courriers, communiqués par GSK, sont libellés ainsi : "A ce jour, nous constatons que les quantités qui pourraient vous être allouées, sous réserve de la disponibilité des produits, n'ont pas été consommées dans leur intégralité". Un tel courrier signale notamment à OCP, le 12 décembre 2002, qu'il dispose d'un volume de 15 961 unités de Lamictal 100 mg non commandées par rapport à ses allocations. De nouveau, au terme du 1^{er} trimestre 2003 qui est celui concerné par l'accident thérapeutique, globalement, toutes agences confondues, l'OCP n'avait pas commandé 4 760 unités de Lamictal 100mg, soit 11 % du volume total qui lui était alloué sur ce trimestre (42 887 unités), et sur l'ensemble de l'année 2003 le volume non commandé a atteint 9 800 unités. A la fin du mois de janvier 2003, OCP n'avait pas commandé 2 785 unités de Lamictal 100mg et 2 192 unités restaient disponibles, à la fin du mois de février, par rapport à ses allocations. La représentante de la société OCP Répartition, entendue en séance, n'a pas contesté qu'elle ne pouvait faire état d'aucune rupture de stock globalement au plan national ni sur le Lamictal 100mg ni sur aucun autre produit contingenté. Elle a expliqué que les allocations n'étaient pas entièrement utilisées pour ne pas surcharger inutilement les stocks des agences concernées.
29. Concernant l'agence de Reims, le courrier adressé par GSK à OCP le 12 décembre 2002 permet, en effet, de constater que cette agence avait, en ce qui concerne le Lamictal 100 mg, commandé l'intégralité de son quota mensuel. GSK précise que cette agence a, les 6 et 13 janvier 2003, commandé au total 240 boîtes de Lamictal 100mg et a reçu en retour 217 boîtes, soit l'allocation maximale mensuelle définie pour cette agence. Celle-ci a de nouveau commandé 216 boîtes le 20 janvier 2003 et 108 boîtes le 27 janvier 2003, sans être livrée. Elle a ensuite commandé son allocation de février, soit 255 unités, les 17 et 24 février 2003, qui lui ont été livrées, selon GSK, les 18 et 26 février 2003. GSK s'étonne, d'une part, que les 97 boîtes livrées à l'agence le 13 janvier 2003 aient été intégralement livrées aux officines du territoire de répartition de l'agence au 20 janvier 2003, et d'autre part, qu'elle ait pu attendre le 17 février 2003 pour commander son allocation de février. Elle précise que l'agence OCP de Reims a, le 3 février 2003, commandé des unités de Lacmital 25 mg, mais aucune de Lacmital 100 mg.
30. La représentante d'OCP a, au cours de la séance, déclaré que ce retard s'expliquait parce qu'OCP n'avait pas réalisé que les commandes des 20 et 27 janvier 2003, non honorées, avaient été annulées et non pas différées. Il n'existe, par ailleurs, au dossier aucun élément permettant de retracer les livraisons des 97 boîtes de Lamictal 100 mg reçues par l'agence OCP de Reims le 13 janvier 2003.
31. GSK indique ensuite que des quantités de Lamictal 100 mg étaient disponibles dans les autres agences OCP. Il produit un courrier adressé le 22 juillet 2002 à OCP, dans lequel il écrit : "nous vous rappelons que les décisions relatives aux répartitions entre agences relevant d'un même grossiste-répartiteur, lui appartiennent exclusivement et ne sont pas de notre ressort. Dans la limite des allocations maximales accordées à votre société, il vous est parfaitement loisible de nous demander une autre répartition territoriale des livraisons, selon vos propres critères d'organisation interne, en respectant un préavis suffisant. ". Le Conseil note, sur la

base d'un autre courrier du 13 décembre 2002 de GSK à OCP, que ce "*préavis suffisant*" s'entend comme "*vous voudrez bien nous communiquer, avant le début de chaque trimestre, un état prévisionnel de vos modifications de répartition, ventilées par agence*".

32. Lors de la séance, la représentante d'OCP a reconnu qu'il était possible qu'une agence OCP livre une autre agence OCP au sein de la même région mais a soutenu qu'en janvier 2003, les agences de la région étaient toutes confrontées à la même pénurie de Lamictal 100 mg. Elle a précisé qu'en revanche, aucune livraison n'est effectuée d'une région à l'autre, faisant valoir que de telles livraisons entraîneraient des surcoûts importants et ne rentreraient pas dans le cadre des modalités de gestion mises en place par OCP et dont elle ne voyait pas pourquoi il lui faudrait les modifier pour s'adapter au système de quotas imposé par GSK.
33. Le Conseil relève cependant que le courrier précité du 12 décembre 2002, dans lequel GSK informait OCP de ses disponibilités, faisait état de 91 boîtes de Lacmital 100 mg non commandées à cette date pour l'agence de Charleville-Mézières, 45 pour celle de Vandoeuvre les Nancy et 249 pour celle de Metz.
34. De fait, aucun élément au dossier ne permet d'établir que l'unique incident thérapeutique signalé par le ministre pourrait être imputé au système de contingentement instauré par GSK. La patiente, comme le pharmacien auquel elle s'est adressée, disposaient de nombreuses solutions pour se procurer du Lacmital 100 mg et aucun élément du dossier ne permet d'expliquer pourquoi il n'y a pas été recouru.
35. Tant la patiente que la pharmacie à laquelle elle s'approvisionne habituellement, pouvaient tenter de se procurer ce médicament auprès des autres officines de la ville de Reims, au nombre de plus d'une soixantaine, selon la société GSK. Or aucun élément du dossier ne laisse supposer que ces autres officines manquaient du médicament concerné.
36. Le dossier n'indique pas non plus que l'officine sollicitée par la patiente aurait essayé de commander du Lamictal 100mg auprès d'autres grossistes-répartiteurs ou que ceux-ci manquaient également de ce médicament. De fait, la représentante de la société OCP a reconnu que la pharmacie de Reims concernée n'a informé l'agence OCP Reims de sa pénurie en Lamictal 100mg que postérieurement à l'accident thérapeutique en cause. Aucun élément du dossier ne permet, par ailleurs, de savoir si la pharmacie en cause a eu recours au numéro d'appel d'urgence dont la mise en place a été soulignée par GSK. Le courrier adressé le 28 mars 2003 à OCP par la direction régionale des affaires sanitaires et sociales de Champagne-Ardenne signale, d'ailleurs : "*Selon les déclarations recueillies par le pharmacien inspecteur de santé publique au cours de l'enquête il semblerait que l'absence de fourniture de l'officine par son grossiste exclusif (OCP Reims) en Lamictal 100mg soit la cause indirecte, en raison d'un manque de vigilance du pharmacien et de son patient, de la diminution de ses doses par ce dernier...*".
37. Par ailleurs, la rupture dans l'approvisionnement en Lacmital 100 mg de l'agence OCP de Reims ne s'explique pas au vu des disponibilités constatées pour ce produit dans les autres agences OCP, tant au niveau régional qu'au niveau national.
38. Dès lors, il ressort de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus que la saisine n'est pas assortie d'éléments suffisamment probants permettant d'établir que le système de contingentement mis en place par GSK serait à l'origine de l'impossibilité pour un patient de se procurer un médicament en quantités suffisantes et porterait de ce fait une atteinte grave et immédiate à la santé publique, et donc aux intérêts des consommateurs. En conséquence, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le ou les marchés pertinents affectés par la mise en place du système de contingentement de GSK, et sur la position occupée par GSK sur ce ou

ces marchés, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, de rejeter la saisine ainsi que la demande de mesures conservatoires.

DECISION

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 03/0082 F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 03/0083 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,
Nadine Bellegarde

Le vice-président, présidant la séance,
Frédéric Jenny

© Conseil de la concurrence