



Décision n° 04-D-77 du 22 décembre 2004 relative à une saisine de la société Productiv à l'encontre du laboratoire GlaxoSmithKline

Le Conseil de la concurrence (section II) ;

Vu la lettre enregistrée le 28 septembre 2004 sous les numéros 04/0068 F et 04/0069 M par laquelle la société Productiv a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment ses articles 81 et 82 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ainsi que les sociétés Productiv et GlaxoSmithKline ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Productiv et GlaxoSmithKline entendus lors de la séance du 8 décembre 2004.

Adopte la décision suivante :

I. Constatations :

1. La société Productiv, titulaire d'une licence de grossiste exportateur en pharmacie, soutient qu'elle se heurte à des difficultés pour se fournir en médicaments auprès de la société GlaxoSmithKline.
2. La société Productiv a ainsi joint à sa saisine une lettre de la société GlaxoSmithKline, en date du 30 novembre 2001, par laquelle cette dernière, au terme d'un délai de préavis de six mois, cesserait de lui livrer en direct des médicaments. Dans cette lettre, la société GlaxoSmithKline l'invite par ailleurs à rechercher des sources alternatives d'approvisionnement, notamment auprès des grossistes répartiteurs, ou à devenir elle-même grossiste répartiteur afin d'être intégrée à son nouveau système de distribution qui permet aux grossistes répartiteurs d'être livrés en direct.

3. La société Productiv soutient que les pratiques ainsi dénoncées constituent un abus de position dominante de la société GlaxoSmithKline, prohibé par l'article L.420-2 du code de commerce et l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne. Faisant état d'une importante baisse de son chiffre d'affaires et d'un déficit pour 2003, elle demande au Conseil d'enjoindre à la société GlaxoSmithKline de reprendre les livraisons des produits de l'ensemble de sa gamme, au minimum pour un chiffre d'affaires correspondant à celui réalisé en 2001 actualisé de 50% pour couvrir la perte enregistrée en 2003.
4. La société GlaxoSmithKline expose qu'elle ne détient pas de position dominante et qu'en tout état de cause, le refus de livrer en direct la plaignante est justifié par la mise en place de son nouveau système de distribution des médicaments. Celui-ci est en effet destiné à satisfaire à l'obligation d'assurer un approvisionnement continu et régulier du marché de chaque territoire de l'Union européenne et d'éviter toute rupture de la chaîne de distribution, dans l'intérêt des patients et de la santé publique. Le nouveau système de distribution repose sur les réseaux de grossistes répartiteurs, eux-mêmes soumis à des obligations dictées par l'intérêt général, parmi lesquelles la détention imposée de toutes les spécialités homologuées ainsi que celle d'un stock suffisant pour répondre en permanence à toute demande dans leur territoire de distribution.

II. Discussion

A. SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

5. La société GlaxoSmithKline soutient que l'article L. 420-2 du code de commerce est inapplicable en l'espèce, l'activité de la société Productiv étant exercée à l'exportation.
6. Les pratiques alléguées concernent la livraison de produits pharmaceutiques destinés à être exportés. Il n'est pas contesté que la société Productiv n'est pas autorisée à distribuer les produits en cause sur le territoire national. Dès lors, ces pratiques, même si elles s'avéraient établies, ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français et n'entrent pas dans le champ des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce. La saisine ne peut, en conséquence, être accueillie en tant qu'elle vise l'article L. 420-2 de ce code.
7. Mais les produits pharmaceutiques exportés par la société Productiv sont principalement destinés au marché communautaire, notamment le Royaume-Uni et les Pays-Bas. Les pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber cette activité affecteraient le commerce entre Etats membres et seraient donc, si elles étaient établies, susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition énoncée par l'article 82 du Traité CE.

B. SUR L'EXISTENCE D'UNE ÉVENTUELLE POSITION DOMINANTE.

8. La société Productiv allègue que le laboratoire GlaxoSmithKline, après avoir contingenté ses livraisons de produits, lui a indiqué, par lettre du 30 novembre 2001, qu'elle cesserait toute relation commerciale directe après respect d'un délai de préavis de six mois. Elle précise, d'une part, que GlaxoSmithKline représentait le tiers de son chiffre d'affaires, d'autre part, que dans ce secteur d'activité, l'impossibilité pour le grossiste de substituer un

médicament à un autre pour l'exécution des commandes, confère une position dominante au laboratoire sur ces médicaments.

9. La société GlaxoSmithKline expose que Productiv se borne à affirmer l'existence d'une position dominante, sans apporter aucun élément ni quant à la délimitation du ou des marchés concernés, ni quant à la position des différents opérateurs sur ce ou ces marchés par ailleurs non définis.
10. La société GlaxoSmithKline cite notamment à ce titre la décision du Conseil n° [04-D-11](#) du 6 avril 2004 rejetant une saisine de la société Sematec faute de disposer d'éléments suffisants susceptibles d'établir une position dominante : « (...) *la saisissante dénonce des pratiques qui pourraient constituer des manquements de l'entreprise Newell dans l'exécution de ses obligations contractuelles mais ne précise pas le marché sur lequel la société Newell serait en position dominante et ne produit aucun élément d'ordre économique pour démontrer une telle position. Elle fait valoir que Newell aurait été son fournisseur exclusif pour un certain nombre de produits et évoque le marché français des fournitures pour décoration intérieure sans en apporter de définition précise. Elle n'apporte donc aucun élément de nature à établir une position dominante de Newell sur un marché clairement identifié* ».
11. Dans le cas présent, en premier lieu, le Conseil constate que la saisine se limite à affirmer que GlaxoSmithKline détient une position dominante, sans aucune précision relative d'une part aux marchés concernés, qu'il s'agisse des produits, des classes thérapeutiques, du stade de commercialisation concerné (amont, aval, production, gros ou détail), ou du périmètre géographique, d'autre part à la position de GlaxoSmithKline en termes de parts de marché.
12. De même, la société Productiv n'a communiqué aucun élément concernant la répartition de ses achats par médicaments ou par classes thérapeutiques, ni celle de ses ventes dans chacun des pays de l'Union européenne où elle intervient, ni d'éléments relatifs au niveau des ventes de GlaxoSmithKline par médicament, par classe thérapeutique et par pays, ensemble de données qui permettrait au Conseil d'évaluer la position éventuellement dominante de GlaxoSmithKline sur un ou plusieurs des marchés.
13. Ainsi, dans un arrêt du 16 juillet 2002 rendu par la Cour d'Appel de Paris sur le recours formé par Pharmajet contre la décision du Conseil n° [02-MC-09](#) qui concernait plusieurs laboratoires pharmaceutiques, dont GlaxoSmithKline, la Cour relève à propos de l'existence d'une éventuelle position dominante des laboratoires : « *Considérant, quant à l'application de l'article 82 du traité, que la cour ne peut se déterminer qu'en fonction des données mises à sa disposition et non sur la foi de simples affirmations ; que même si le Conseil de la concurrence a estimé que les laboratoires défendeurs pouvaient avoir une position dominante sur les marchés des médicaments dont Pharmajet assurait l'exportation, les pièces du dossier ne permettent pas de se prononcer sur la part détenue par chacun sur ces marchés, sur une éventuelle position dominante pourtant contestée par les fabricants au moyen d'éléments sérieux de conviction, ni à fortiori à supposer que la position dominante soit avérée, sur l'abus de celle-ci qui ne saurait résulter de la seule constatation d'un refus de vente.* »
14. En deuxième lieu, lors de son intervention à l'audience, le représentant de la société Productiv a reconnu lui-même la faiblesse des éléments probants appuyant sa saisine en ce qui concerne l'existence d'une éventuelle position dominante du laboratoire GlaxoSmithKline. Pour établir cette position dominante, il s'est borné à relever, d'une part, que sur un total de 300 laboratoires pharmaceutiques opérant en France, ce laboratoire faisait partie des 20 plus importants, d'autre part, que sur son site Internet, ce laboratoire, se présente comme occupant le troisième rang sur le marché français des médicaments. La

filiale française du groupe se situerait au premier rang de l'ensemble des filiales au sein du groupe.

15. Au vu de ces écritures et affirmations, le Conseil constate donc, d'une part, que Productiv identifierait le marché sur lequel GlaxoSmithKline détiendrait une position dominante comme le marché français commun à l'ensemble des médicaments, d'autre part, que Productiv indique que sur ce marché il existerait au moins 19 autres opérateurs importants sur un total de 300, enfin que deux autres opérateurs seraient mieux placés que GlaxoSmithKline sur le marché ainsi identifié. Ces éléments rendent peu probable l'existence d'une éventuelle position dominante de GlaxoSmithKline sur un marché identifié par la saisissante comme le marché français des médicaments.

C. SUR L'EXISTENCE D'UN ÉVENTUEL ABUS.

1. EN CE QUI CONCERNE LES SOLUTIONS ALTERNATIVES

16. En premier lieu, quand bien même il serait avéré que le laboratoire GlaxoSmithKline détiendrait une position dominante, il est constant que la seule constatation d'un refus de vente ne suffit pas à elle seule à en caractériser l'abus.
17. Selon une jurisprudence bien établie, une entreprise dominante n'exploite sa position de façon abusive que lorsqu'elle refuse de fournir des biens ou des services dans le but de limiter ou d'exclure ses concurrents réels ou potentiels d'un marché déterminé et de renforcer sa position sur ce marché.
18. Dans la suite de ses arrêts précédents (Commercial Solvents du 6 mars 1974 et Telemarketing du 3 octobre 1985), la Cour de Justice des Communautés Européennes a rappelé dans son arrêt Bronner du 26 novembre 1990, qui concernait un refus d'accès de son système de portage à domicile à l'éditeur d'un journal concurrent, que pour qu'un refus de fournir à un concurrent des marchandises ou des services jugés indispensables à l'exercice de ses activités soit considéré comme abusif, il fallait que ce refus soit de nature à éliminer toute concurrence, qu'il ne puisse être objectivement justifié, mais également qu'il soit indispensable à l'exercice de l'activité des concurrents, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel au service refusé.
19. Or, la société Productiv n'apporte aucun élément qui démontrerait qu'elle ne disposait pas de solutions alternatives, soit pour s'approvisionner spécifiquement en produits GlaxoSmithKline, soit pour exercer globalement son activité de grossiste exportateur. Ainsi, il n'est pas démontré que Productiv a tenté de s'approvisionner en produits GlaxoSmithKline auprès d'autres sources que GlaxoSmithKline-France comme les filiales GlaxoSmithKline de l'Union européenne ou d'autres grossistes, en France ou dans l'Union, et qu'un refus aurait été opposé à de telles démarches. De la même façon, il n'est pas démontré qu'en tant que grossiste exportateur, Productiv n'a pas pu s'approvisionner en médicaments concurrents de la même classe thérapeutique, soit en médicaments de marque auprès d'autres laboratoires, soit en génériques s'ils existent.
20. Au surplus, la société Productiv a été interrogée en séance sur les raisons pour lesquelles elle avait concentré ses achats, d'une part, sur un petit nombre de fournisseurs dont un tiers sur GlaxoSmithKline, d'autre part, auprès de ce même laboratoire, sur seulement six médicaments dont deux représentaient à eux seuls, en 2001, 84% de ses achats auprès de GlaxoSmithKline. Le représentant de la société Productiv a déclaré, d'une part, qu'il avait

effectivement la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs au démarrage de son activité en juin 1999, mais qu'en raison de sa taille, il avait alors concentré ses achats sur un petit nombre de fournisseurs et de produits, d'autre part, qu'il avait choisi de concentrer la totalité de ses approvisionnements sur des médicaments dont les prix sont administrés afin de bénéficier des différentiels de prix entre les différents pays de l'Union européenne existant sur ce type de produits. La concentration de l'activité de Productiv sur un nombre restreint de produits résulte donc de choix commerciaux.

21. A cet égard, le Conseil note que, dans son courrier du 30 novembre 2001, GlaxoSmithKline invite Productiv à rechercher des solutions : « *Vous pourrez, si vous le souhaitez, rechercher des sources alternatives d'approvisionnement et notamment réorienter vos commandes auprès des grossistes répartiteurs.* » Par ailleurs elle lui précise que si Productiv obtenait le statut de grossiste répartiteur, elle pourrait de nouveau être livrée en direct car elle serait intégrée dans le nouveau système de distribution de GlaxoSmithKline, fondé sur une répartition globale d'allocation de produits.
22. En outre, le Conseil rappelle que l'activité de la société Productiv réalisée avec le laboratoire GlaxoSmithKline était concentrée sur deux médicaments seulement, dont l'un est tombé dans le domaine public en 2001, alors même qu'il existe près de 7 300 spécialités répertoriées. Par conséquent, Productiv était en mesure de développer son offre de services de gros à l'exportation pour la très grande majorité des produits distribués par les grossistes. La société Productiv n'apporte donc aucun élément démontrant qu'elle ne dispose pas de solutions alternatives pour exercer son activité de grossiste exportateur, ni qu'elle a tenté de s'approvisionner par d'autres sources et qu'un refus lui aurait été alors opposé, ni que la distribution des produits GlaxoSmithKline lui est indispensable pour exercer son activité de grossiste exportateur.

2. EN CE QUI CONCERNE L'EXISTENCE DE JUSTIFICATIONS AU REFUS DE VENTE DIRECTE

23. Dans l'arrêt *United Brands* du 14 février 1978, la CJCE a estimé qu'une entreprise détenant une position dominante commettait un abus en refusant de livrer un client dès lors que les commandes de ce client ne présentaient aucun caractère anormal, en indiquant que ce refus de vendre limitait les débouchés au préjudice des consommateurs et établissait une discrimination pouvant aller jusqu'à l'élimination d'un partenaire commercial du marché en cause. Toutefois, elle a également jugé qu'une entreprise, même dominante, a le droit de prendre les mesures raisonnables qu'elle estime appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux, à condition que son comportement soit proportionné à la menace et ne vise pas à renforcer sa position dominante ou à en abuser.
24. En l'espèce, il apparaît que l'objectif principal recherché par GlaxoSmithKline, compte tenu des caractéristiques des marchés pharmaceutiques, est de protéger ce qu'elle estime être ses intérêts commerciaux légitimes en refusant de satisfaire intégralement les commandes qui lui seraient adressées, tout en invitant certaines catégories de grossistes soit à s'approvisionner auprès d'autres sources, soit à intégrer son réseau de grossistes répartiteurs.
25. GlaxoSmithKline fait valoir que l'industrie pharmaceutique européenne est soumise à un important dispositif de réglementation de la distribution des produits pharmaceutiques. Selon les règles communautaires, les Etats membres doivent établir un système d'autorisation pour les grossistes en médicaments. L'article 81, paragraphe 2, de la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain dispose que « *le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché d'un médicament ainsi*

que les distributeurs de ce médicament mis sur le marché de façon effective dans un État membre assurent, dans la limite de leur responsabilité respective, un approvisionnement approprié et continu de ce médicament pour les pharmacies et les personnes autorisées à délivrer des médicaments de manière à couvrir les besoins des patients de l'État membre concerné ».

26. Dans plusieurs Etats de l'Union, le droit national impose aux entreprises et aux grossistes pharmaceutiques des obligations visant à garantir la disponibilité des médicaments, telles que l'obligation de disposer en permanence d'un stock diversifié de médicaments permettant de couvrir les besoins d'une zone géographique déterminée et de garantir la livraison des produits nécessaires dans un très bref délai sur toute l'étendue de ce territoire, comme c'est le cas en France.
27. GlaxoSmithKline indique, enfin, que cet encadrement réglementaire, variable selon les Etats membres, distingue le secteur pharmaceutique des autres secteurs où les produits sont commercialisables sans autorisation préalable et dans une totale liberté des prix. Ainsi, dans chaque Etat, à des degrés divers, les pouvoirs publics interviennent pour limiter le prix des médicaments sur leurs territoires respectifs, afin de limiter les dépenses des établissements d'assurance maladie qui supportent l'essentiel du coût des médicaments. Ainsi, le prix des médicaments sera plus ou moins élevé selon la place que les pouvoirs publics accordent à cet objectif. Ce sont ces différences de prix entre Etats dont profitent certains importateurs sur une partie du commerce parallèle.
28. Le saisissant n'apporte aucun élément probant de nature à démontrer que ces justifications avancées par GlaxoSmithKline ne seraient ni sérieuses ni fondées.

3. EN CE QUI CONCERNE L'AFFECTATION DE LA CONCURRENCE

29. La saisine n'apporte non plus aucun élément permettant de déterminer, pour les pays de l'Union vers lesquels la société Productiv exporte des médicaments, le type de clientèle auquel elle s'adresse et, pour chaque catégorie de clientèle, par quel mécanisme l'entreprise serait susceptible d'exercer une pression concurrentielle sur les prix des médicaments.
30. Elle n'apporte pas non plus d'éléments permettant d'apprécier la mesure dans laquelle les pharmaciens des pays importateurs rétrocèdent aux patients les éventuelles baisses de prix d'achat des médicaments dont ils ont bénéficié grâce aux circuits parallèles. De même elle ne fournit aucune information quant aux baisses de prix pratiquées en réponse à d'éventuels appels d'offres passés par des établissements de santé des pays importateurs par rapport aux conditions qui peuvent être obtenues localement par ces acheteurs, soit auprès des grossistes locaux qui ne recourent pas aux importations parallèles, soit auprès des laboratoires.
31. Interrogée sur ces points en séance, la saisissante s'est contentée d'affirmations générales sur « l'effet baissier » de son activité ou de l'activité des grossistes exportateurs en général, sans caractériser l'existence d'une affectation de la concurrence du fait des pratiques qu'elle dénonce.

D. CONCLUSION

32. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les éléments apportés par la partie saisissante ne sont pas suffisants pour caractériser une éventuelle position dominante du laboratoire GlaxoSmithKline ou envisager que le refus de livraison en direct que le laboratoire GlaxoSmithKline lui oppose est susceptible de constituer un abus d'une telle éventuelle position dominante.
33. Il convient, en conséquence de faire application des dispositions de l'article L 462-8 du code commerce et de rejeter la saisine de la société Productiv enregistrée sous le numéro 02/0069 F pour défaut d'éléments suffisamment probants.
34. Par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0068 M doit également être rejetée.

DÉCISION

Article 1. – La saisine enregistrée sous le numéro 02/0069/F est rejetée.

Article 2. – La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0068/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par Mme Perrot, vice-présidente, présidant la séance, Mme Renard-Payen ainsi que M. Flichy, membres.

La secrétaire de séance,

Christine Charron

La vice-présidente,

Anne Perrot