



**Décision n° 07-D-46 du 13 décembre 2007
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la
distribution des produits pharmaceutiques**

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la saisine du 5 avril 2002 de la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP) enregistrée sous le numéro 02/0044 F relative à des pratiques de contingentement de médicaments mis en place par certains laboratoires pharmaceutiques ;

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

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu la décision du rapporteur général du 4 mai 2007 procédant à la disjonction de la présente affaire en attribuant le numéro 07/0042 F pour la partie relative aux seules pratiques mises en œuvre par la société GlaxoSmithKline ;

Vu l'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence en date du 22 décembre 2006 ;

Vu les engagements proposés par la société GlaxoSmithKline ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et la Chambre Syndicale de la Répartition Pharmaceutique ;

Vu les observations de la société Alliance Santé en réponse au test de marché ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP) et de la société GlaxoSmithKline, entendus lors de la séance du 4 décembre 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SAISINES ET LEURS SUITES

1. Le 5 avril 2002, la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une plainte relative aux systèmes de contingentement de médicaments mis en place par certains laboratoires pharmaceutiques. Le 20 octobre 2003, la société Phoenix Pharma a également saisi le Conseil d'une plainte ayant le même objet mais assortie d'une demande de mesures conservatoires.
2. Les laboratoires visés par cette saisine sont : Pfizer, Lilly France, GlaxoSmithKline, Merck-Sharp et Dohme-Chibret (MSD), Boehringer-Ingelheim, Norgine Pharma, Sanofi-Synthélabo, Sanofi-Winthrop. La saisine dénonce à la fois une entente entre laboratoires et l'exploitation abusive de leurs positions dominantes sur certains marchés de médicaments, enfreignant les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et les articles 81§1 et 82 du Traité.
3. Dans une décision n° [04-D-05](#) du 24 février 2004, relative à une demande de mesures conservatoires de la société Phoenix Pharma sur le même sujet, le Conseil a considéré que la saisine n'était pas assortie d'éléments suffisants pour caractériser une violation par les laboratoires des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, en relevant notamment que la mise en place des mesures de contingentement s'était échelonnée de 1996 à novembre 2002, que les systèmes variaient selon les laboratoires et que la partie saisissante n'apportait pas d'indice suggérant l'existence d'un accord de volonté entre les laboratoires qu'elle mettait en cause, ni entre ces laboratoires et un ou plusieurs de leurs grossistes en vue de limiter les livraisons de médicaments à Phoenix Pharma.
4. En ce qui concerne l'exploitation abusive d'une position dominante, le Conseil a estimé que *"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"*.
5. L'instruction de la saisine de la CSRP a porté sur la mise en place de quotas de livraison de médicaments sur le marché français par les laboratoires suivants : Pfizer, Lilly France, GlaxoSmithKline, Merck-Sharp et Dohme-Chibret (MSD), Boehringer-Ingelheim et Sanofi-Synthélabo. Le rapporteur a exprimé ses préoccupations de concurrence en transmettant un document écrit aux sociétés en cause entre le 22 décembre 2006 et le 2 janvier 2007.
6. Dans un premier temps, les sociétés Lilly France, Merck-Sharp et Dohme-Chibret (MSD), Boehringer-Ingelheim, Sanofi-Aventis ont répondu à l'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence du rapporteur et ont proposé des engagements. La décision n° [07-D-22](#) du 5 juillet 2007 a accepté ces engagements après des modifications approuvées lors de la séance.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITE

1. LE CIRCUIT DE DISTRIBUTION DU MEDICAMENT

7. Les médicaments sont commercialisés par les laboratoires pharmaceutiques auprès des pharmacies essentiellement par l'intermédiaire des grossistes répartiteurs (88 %).
8. Les grossistes répartiteurs sont soumis à certaines obligations dites de service public notamment :
 - disposer d'un assortiment de médicaments comportant au moins les neuf dixièmes des présentations effectivement exploitées en France ;
 - 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 ;
 - livrer tout médicament à toute officine qui le lui demande.
9. Si les grossistes répartiteurs peuvent exporter en dehors du territoire national les médicaments ou produits qu'ils vendent (article R. 5106-2 du CSP), ils doivent au préalable remplir les obligations résultant de l'article R. 5515-13 du code de la santé publique. Les grossistes répartiteurs n'ont donc pas le choix de leurs fournisseurs (collection imposée, impossibilité de substituer un produit à un autre) ni de leurs clients (obligation de livraison).
10. De leur côté, les laboratoires sont également soumis à des contraintes financières visant à limiter les volumes de médicaments vendus. A ce titre, des conventions sont passées avec le CEPS (comité économique des produits de santé) qui prévoient des pénalités (sous forme d'une ristourne sur le chiffre d'affaires ou de baisse de prix) à l'encontre des laboratoires qui dépassent des objectifs de vente.

2. LE LABORATOIRE GLAXOSMITHKLINE

11. Le laboratoire GlaxoSmithKline a réalisé en France en 2002 un chiffre d'affaires de 2 616 865 875 € soit une part de 7,54 % sur le marché français des médicaments.
12. La société Laboratoire GlaxoSmithKline appartient au groupe britannique GlaxoSmithKline qui représente environ 6,9 % du marché pharmaceutique mondial et se place ainsi en deuxième position sur le marché mondial pharmaceutique, après le groupe Pfizer. Les principaux produits GlaxoSmithKline dans cette classe thérapeutique sont les anti-dépresseurs Seroxat/Paxil et Wellbutrin, et les antimigraineux Imigran/Imitrex. Le second axe thérapeutique de GlaxoSmithKline est le système respiratoire qui représente 22,2 % des ventes, cette classe incluant les anti-asthmatiques Seretide/Advair et Flixotide/Flovent.

3. LES GROSSISTES REPARTITEURS

13. La répartition pharmaceutique en France réalise un chiffre d'affaires d'environ 15 milliards d'euros en 2002. Ce secteur se caractérise par la stabilité des parts de marché des grossistes :
- OCP : 40%
 - Alliance Santé : 28,3%
 - Cerp Rouen : 13%
 - Cerp RRM : 7%
 - Cerp Lorraine : 4%
 - Cerp Bretagne/Nord : 2%
 - Phoenix Pharma : 3,4%
 - divers : 2,3%.
14. Ainsi, la distribution de médicaments est relativement concentrée, OCP, Alliance Santé et les trois CERP détenant 96 % du marché. A l'exception des CERP, qui sont des coopératives de pharmaciens, la distribution est dominée par deux sociétés qui contrôlent une grande partie du marché européen.
15. Les médicaments contingentés représentent pour les grossistes la majeure partie de leurs ventes de médicaments en provenance des laboratoires visés par la saisine (environ 65%). Les ventes des médicaments contingentés de ces laboratoires représentent entre 20 et 22 % des achats de l'ensemble des médicaments achetés par les répartiteurs.

C. LES MARCHES CONCERNES PAR LES PRATIQUES

16. Dans sa décision n° [07-D-22](#) du 5 juillet 2007, le Conseil a analysé les caractéristiques des marchés en concernés par la question des contingentements (§ 36 à 47) et a considéré : « *qu'est défini, à un premier stade, un marché de l'approvisionnement des grossistes répartiteurs pour l'ensemble de la gamme de médicaments de chaque laboratoire commercialisés auprès des usagers via le circuit officinal. Sur ce marché, le système d'allocations quantitatives aux grossistes répartiteurs mis en place par un laboratoire est susceptible de produire des effets en termes de concurrence. A un deuxième stade, il convient de considérer qu'est défini un marché de services d'approvisionnement des officines par les grossistes répartiteurs et que, sur ce marché aval, le système d'approvisionnement des grossistes répartiteurs mis en place par chaque laboratoire sur le marché en amont précédemment défini est susceptible de produire des effets en termes de concurrence* » (§ 46 - 47). Cette analyse reste valable dans la présente affaire.

D. L'EVALUATION PRELIMINAIRE DES PRATIQUES ALLEGUEES

17. Le rapporteur a exprimé ses préoccupations de concurrence en transmettant un document écrit à la société GlaxoSmithKline le 22 décembre 2006.
18. Dans un premier temps, la société GlaxoSmithKline a indiqué qu'elle ne partageait pas l'analyse du rapporteur quant aux risques pour la concurrence que présenteraient son système de contingentement et n'a pas souhaité proposer d'engagements « *à ce stade de l'instruction* ». Le rapporteur général a donc, par décision du 4 mai 2007, disjoint la procédure relative aux seules pratiques mises en œuvre par la société GlaxoSmithKline, poursuivie sous le numéro 07/0042 F.

19. Dans un second temps, ce laboratoire a répondu positivement aux préoccupations de concurrence exposées par le rapporteur concernant la rigidité excessive et l'opacité des systèmes de contingentement instaurés vis-à-vis des grossistes répartiteurs par les laboratoires.
20. Soulignant, dans son évaluation préliminaire, le contexte très spécifique de la distribution du médicament en France, en tenant compte des caractéristiques réglementaires et structurelles du secteur de la distribution de médicaments auprès des officines via les grossistes-répartiteurs, le rapporteur a exposé qu'il est possible d'admettre la mise en place d'un système qui peut induire une régulation de l'approvisionnement des grossistes, à la condition que les restrictions imposées par cette régulation soient limitées à ce qui est strictement nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché français, tout en maintenant de réelles possibilités de concurrence par les services entre les grossistes répartiteurs en France.
21. Le rapporteur a considéré, dans son évaluation préliminaire, qu'un système de contingentement qui ne suivrait pas les évolutions de la répartition de la demande entre les différents grossistes serait trop rigide et pourrait affecter la concurrence entre ces grossistes. En effet, le fait pour un grossiste répartiteur en France de ne pas disposer d'un ou plusieurs médicaments ou d'en disposer en quantité trop restreinte à la seule initiative du laboratoire peut remettre en cause sa capacité à gagner des parts de marché et affecter ses relations avec les clients qu'il détient déjà. Cette nécessaire fluidité du marché implique aussi que tout nouvel entrant puisse disposer de quantités suffisantes pour convaincre sa clientèle potentielle de son efficacité et de sa capacité à lui garantir un service de qualité et, ainsi, l'inciter à l'accepter comme fournisseur à côté ou en remplacement du ou des répartiteurs déjà présents.
22. Le système de contingentement du laboratoire GlaxoSmithKline a été mis en place à compter de janvier 2002 pour 26 médicaments, qui représentent ensemble, sur la période 2002-2003, 63 % de ses ventes totales. Les besoins nationaux sont répartis entre les grossistes clients sur la base de leurs parts de marché auprès des officines constatées au cours du trimestre précédent (source Groupement pour l'élaboration et la réalisation de statistiques /Club Inter Pharmaceutique - GERS/CIP) et corrigées d'un taux de croissance prévisionnel.
23. Un grossiste peut commander en dessous de son quota trimestriel avec report possible des quantités non commandées sur le mois suivant, dans la limite d'un trimestre, mais s'il commande au-delà de son quota n'est pas livré de la quantité au-delà de son quota. GlaxoSmithKline ne contrôle pas la destination finale des produits livrés et accepte les nouveaux entrants. Selon GlaxoSmithKline il existerait une marge de dépassement en cas d'évolution soudaine de la part de marché du grossiste.
24. Si GlaxoSmithKline a indiqué que, jusqu'à présent, les allocations globales pour le marché français par médicament ont été supérieures aux ventes constatées, pour autant, ce surplus global pour l'ensemble du marché ne garantissait pas que chaque grossiste répartiteur disposerait individuellement de quantités suffisantes pour faire face à la demande de sa clientèle d'officines, notamment si cette demande s'accroît par rapport à ses parts de marché antérieures qui servent de base aux allocations qui lui sont attribuées individuellement par le laboratoire. Par ailleurs, le rapporteur a considéré qu'il n'existait pas de critères précis et objectifs quant aux quantités allouées aux petits grossistes et aux nouveaux entrants, leurs allocations étant laissées à la seule appréciation du laboratoire.

E. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE D'ENGAGEMENTS

25. Compte tenu de l'évaluation préliminaire exposée par le rapporteur et de la volonté de la société GlaxoSmithKline de vérifier que son système d'allocation de médicaments prenait en compte les préoccupations de concurrence exprimées dans cette évaluation, le Conseil a estimé que la procédure d'engagements était adaptée pour répondre à ces préoccupations.
26. Par un communiqué de procédure en date du 17 octobre 2007, le Conseil a publié un résumé de la proposition d'engagements de GlaxoSmithKline sur son site Internet à l'attention des tiers potentiellement intéressés susceptibles de présenter des observations. Le Conseil a fixé au 19 novembre 2007 la date limite de réception de ces observations.
27. Parallèlement à la consultation du marché, la proposition d'engagements a été adressée à la partie saisissante, la CSRP, ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui ont adressé au Conseil leurs observations écrites, communiquées ensuite au laboratoire en cause.
28. La société GlaxoSmithKline a proposé des engagements qui reprennent le système mis en place depuis 2002 avec des modifications relatives à la transparence et la prise en compte de données GERS-CIP à un rythme plus rapproché si les grossistes les fournissent.
29. Le GERS (Groupement pour l'élaboration et la réalisation de statistiques) est un GIE regroupant les laboratoires pharmaceutiques (environ 200 adhérents) qui mettent en commun leurs données de ventes Ville et Hôpital. Ses sources proviennent principalement des grossistes répartiteurs qui lui transmettent la totalité de leurs ventes aux pharmacies et établissements de soins, et les laboratoires eux-mêmes ou leurs dépositaires pour ce qui concerne les ventes directes aux officines et hôpitaux. Le CIP (Club Inter Pharmaceutique) regroupe notamment des laboratoires, les grossistes répartiteurs, les dépositaires et des organisations de pharmaciens (300 adhérents) et publie des statistiques, notamment à partir des données éditées par le GERS.

Les engagements proposés

30. La société GlaxoSmithKline a fait les propositions suivantes qui correspondent au système d'approvisionnement des grossistes répartiteurs actuellement mis en œuvre :
 1. Les allocations trimestrielles de médicaments attribuées aux grossistes-répartiteurs sont calculées en fonction des prévisions de vente sur le territoire français, réparties sur la base des parts de marché des grossistes-répartiteurs diffusées par le GERS-CIP les plus récentes. Les parts de marché prises en compte pour le calcul des allocations sont les parts de marché globales sur le marché français (hors ventes directes).
 2. Les quantités sont allouées trimestriellement. Les quantités allouées non utilisées par un grossiste-répartiteur au cours d'un mois sont reportées le mois suivant dans la limite de la période d'allocation trimestrielle.
 3. Chaque grossiste-répartiteur est informé individuellement, par écrit, avant le début de chaque nouvelle période d'allocation des quantités de produits qui lui sont allouées pour la période.
 4. Pour les nouveaux produits qui seraient inclus dans le système d'approvisionnement, les quantités allouées sont calculées au cours des premiers mois sur la base des prévisions de vente déterminées par le Laboratoire GlaxoSmithkline.

5. Dans le cas où les grossistes-répartiteurs mettraient en place un système de statistiques fiable permettant de connaître les évolutions trimestrielles de leurs parts de marché, le Laboratoire GlaxoSmithKline pourra prendre en compte ces statistiques trimestrielles au lieu et place des parts de marché annuelles publiées par le GERS-CIP.
6. Il est alloué aux nouveaux clients grossistes-répartiteurs ne disposant pas encore de statistiques de parts de marché une allocation de base « *Pack Nouvel Entrant* » et ce jusqu'à la publication des parts de marché diffusées par le GERS-CIP, dans la limite d'une durée de deux ans. Dans l'hypothèse où les parts de marché des nouveaux clients grossistes-répartiteurs viendraient à être publiées avant l'expiration de cette période de deux ans, les allocations trimestrielles seront définies en fonction de ces parts de marché publiées.
7. Chaque grossiste-répartiteur nouvel entrant est informé en toute transparence des principes régissant le fonctionnement du système d'approvisionnement mis en place par le Laboratoire GlaxoSmithkline.
8. Dans un objectif de santé publique une surveillance du marché est opérée afin de pouvoir, le cas échéant, mettre en œuvre un mécanisme correcteur permettant d'ajuster les allocations en cours de trimestre en fonction de l'évolution constatée du marché et ce de manière non discriminatoire, au bénéfice de la santé des patients.
9. Les grossistes-répartiteurs seront informés des modifications des principes de fonctionnement du système d'approvisionnement en respectant un préavis de trois mois.

Les observations reçues des tiers

31. La société Alliance Santé a présenté des observations en tant que tiers intéressé. Toutefois, ses observations sont la copie conforme de celles la CSRP, toutes deux signées de la même personne qui est à la fois président actuel de la CSRP et président d'Alliance Santé. Elles seront donc examinées en même temps que celles émanant de la saisissante.

1.LA CSRP

32. La CSRP maintient sa position telle qu'elle l'a déjà exposée dans ses précédentes observations faisant suite aux engagements des quatre autres laboratoires acceptés en juillet 2007. Elle joint d'ailleurs à son courrier ses observations d'avril 2007. En résumé, elle s'oppose aux systèmes de contingentement qui empêcheraient ses membres de remplir leur mission de service public. Par voie de conséquence, elle rejette la proposition d'engagements formulée
33. Dans la présente affaire, elle conteste l'absence de prise en compte, pour le calcul des quotas, des ventes directes effectuées par le laboratoire GlaxoSmithkline. La CSRP expose ainsi que les ventes directes de médicaments remboursables ont presque doublé entre 2002 et 2006 (de 1,350 MDS € à 2,681 Mds €) alors que les ventes des grossistes n'ont augmenté que de 13,6 %. Concernant spécifiquement GlaxoSmithkline elle indique que 8 médicaments sous quotas figurent parmi les 24 médicaments dont le taux de vente directe est le plus élevé et que GlaxoSmithkline réalise 10,47 % de son chiffre d'affaires en vente directe tous médicaments confondus.

34. Par ailleurs, la CSRP considère que les engagements 7 et 8 de GlaxoSmithkline ne sont pas suffisamment explicites.
35. Enfin, la CSRP développe une objection de procédure. Elle considère que le principe du contradictoire n'a pas été respecté car : *« nous n'avons été associés à aucune étape dans l'instruction, ni informés du rapport d'enquête de la DGCCRF, et des pièces réunies par le Rapporteur, pour aboutir à exprimer des préoccupations de concurrence que la CSRP ne saurait partager. »* La CSRP *« souhaite pouvoir obtenir un accès intégral au dossier dans le cadre de l'instruction, afin de pouvoir apprécier l'étendue des préoccupations de concurrence et des propositions. »*

2. LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

36. En premier lieu, le commissaire du Gouvernement suggère d'inclure les ventes directes dans la base de calcul des quotas. En deuxième lieu, comme la CSRP, il souhaite plus de précision en ce qui concerne le septième et huitième engagements de GlaxoSmithkline.
37. Enfin il considère que GlaxoSmithkline devrait communiquer les modalités de fonctionnement de son système non seulement aux nouveaux entrants, mais aussi aux grossistes existants.

II. Discussion

38. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence "peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles".

A. SUR LA PROCEDURE

39. Dans son arrêt du 6 novembre 2007, la cour d'appel de Paris saisie du recours contre la décision n° [06-D-29](#) relative aux engagements pris par le GIE « Les Indépendants » par lequel la requérante se plaignait de ne pas avoir eu accès à un rapport administratif d'enquête a caractérisé ainsi l'instruction faite par le rapporteur : *« (...) la cour relève que si, au terme de l'analyse concurrentielle à laquelle il procède dans le cadre de l'évaluation préliminaire, le rapporteur précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée, cette appréciation, qui a pour seul but de garantir le sérieux de la procédure de négociation ainsi mise en œuvre, n'a pas pour objet de démontrer la réalité des infractions ni leur imputabilité à cette entreprise, ni, a fortiori, de conduire au prononcé d'une sanction ; qu'elle ne constitue donc pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; »*.

40. La cour observe également que la saisissante comme l'entreprise qui a proposé les engagements ont eu accès aux mêmes éléments du dossier et pris part aux débats, ce qui remplit la condition de respect du caractère contradictoire de la procédure : « *Que ce rappel révèle que le Conseil de la concurrence, respectant les dispositions de l'article R. 464-2 du code de commerce, ce qui n'est pas contesté, a provoqué un débat entre les parties sur les engagements proposés et les observations qu'ils ont suscitées de la part de la partie saisissante et des tiers intéressés puis, à l'issue de ces échanges, a pris acte des nouveaux engagements souscrits par l'entreprise concernée, propres selon lui à remédier aux préoccupations de concurrence précédemment identifiées ;* ».
41. Il résulte donc de cette jurisprudence que lorsque est mise en œuvre la procédure d'engagements, au cours de laquelle il n'est pas procédé à la qualification des comportements au sens de l'article L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce, ni *a fortiori* à la constatation d'une infraction aux mêmes dispositions, le contradictoire est assuré dès lors que les parties ont accès aux pièces qui renseignent sur la teneur des pratiques en cause, c'est-à-dire aux éléments qui fondent les préoccupations de concurrence qui leur sont adressées. Il s'agit, outre la saisine et ses annexes, de l'évaluation préliminaire et de l'ensemble des observations versées au dossier.
42. La cour d'appel a également considéré, dans le même arrêt, que le plaignant n'était pas fondé à demander la communication d'un rapport d'enquête dès lors que, à titre principal, « *il ne résulte pas des éléments du dossier (...) que les pièces litigieuses ont été soumises au Conseil, devant qui l'évaluation préliminaire n'était pas contestée* ». La partie saisissante ne peut donc pas, dans la présente affaire, prétendre que le contradictoire n'a pas été respecté au motif qu'elle n'a pas obtenu communication du rapport d'enquête ou d'autres pièces qui faute de revêtir une quelconque utilité pour la procédure d'engagements en cause et d'avoir, d'ailleurs, été opposés aux parties dans l'évaluation préliminaire, n'ont pas été joints au dossier soumis au Conseil.

B. SUR L'APPRECIATION DES ENGAGEMENTS

43. Les engagements proposés par GlaxoSmithKline sont similaires à ceux qui ont été entérinés par le Conseil dans sa décision n° [07-D-22](#) du 5 juillet 2007 et doivent donc être examinés au regard des mêmes principes.
44. Ainsi, dans sa décision précitée, le Conseil a rappelé que les autorités de concurrence ont reconnu le droit pour des fabricants d'organiser la distribution de leurs produits sur le marché selon des modalités qu'ils choisissent eux-mêmes, quand bien même ces modalités susciteraient certaines restrictions de concurrence ou impliqueraient un refus de vente vis-à-vis de catégories de distributeurs, sans que leurs cocontractants disposent d'un droit acquis au maintien de leur situation, sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché.
45. Dans le secteur de la distribution de médicaments, le Conseil a déjà examiné les conditions dans lesquelles certaines restrictions dans l'approvisionnement du marché pourraient être justifiées. Ainsi, dans sa décision n° [05-D-72](#) du 20 décembre 2005, il a rappelé la jurisprudence communautaire selon laquelle un refus de fournir à un concurrent des marchandises ou des services nécessaires à l'exercice de ses activités ne pouvait être reconnu comme abusif, que si, notamment, ce refus était de nature à éliminer toute concurrence et ne pouvait être objectivement justifié.

46. Dans sa décision n° [07-D-22](#) déjà citée, le Conseil a aussi indiqué qu'il importe encore de rappeler que les facteurs qui permettent de déterminer si le comportement d'une entreprise qui refuse de livrer a un caractère abusif dépendent fortement du contexte économique et réglementaire particulier de l'affaire. Il considère ainsi qu'un laboratoire pharmaceutique détenant une position dominante n'exploitera pas nécessairement celle-ci de façon abusive en refusant d'honorer intégralement les commandes que lui ont adressées des grossistes en produits pharmaceutiques, même si elle entend ainsi limiter le commerce parallèle. Une obligation de livrer ne peut être imposée qu'après un examen approfondi du contexte factuel et économique.
47. Procédant à cet examen, le Conseil conclut : « *Dans ce contexte très spécifique et comme cela est exposé dans les paragraphes ci-après, il apparaît que la moins mauvaise solution consiste à admettre qu'un laboratoire pharmaceutique puisse mettre en place un système de contingentement de certains médicaments qui lui permet de prévoir le bon niveau de production et de rationaliser la gestion des circuits de distribution mais qui peut induire une régulation de l'approvisionnement des grossistes, à la condition que les restrictions induites par cette régulation soient limitées à ce qui est strictement nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché national.* ».

En ce qui concerne les ventes directes

48. En premier lieu, le saisissant expose que globalement, tous médicaments confondus, les ventes directes ont progressé de + 99 % entre 2002 et 2006 et que cette progression réduit d'autant l'espace économique laissé aux grossistes. Il soutient que les contingentements auxquels les grossistes sont soumis les placent dans une situation de concurrence faussée par rapport aux ventes directes.
49. Cette question a été évoquée dans la décision n° [07-D-22](#) (§ 115 à 120) aux termes de laquelle le Conseil a adopté la solution suivante : « *A l'issue du débat sur cette question où les différentes parties ont exposé leurs arguments ou leurs réserves, le Conseil prend acte de ce que, dans le contexte actuel où les ventes directes de laboratoires concernent un nombre limité de médicaments, représentent une proportion restreinte des ventes totales sur le marché (10 % en moyenne) et très variable selon les produits (0 % à 18 %), et où ces ventes ne témoignent pas d'une volonté des laboratoires de concurrencer les grossistes répartiteurs, il n'apparaît pas que l'absence de prise en compte des ventes directes pour déterminer les allocations destinées aux grossistes soit de nature, d'une part, à restreindre de manière significative leurs possibilités d'approvisionnement en médicaments contingentés destinés à la vente aux officines, d'autre part à fausser la concurrence entre grossistes.* ».
50. Le Conseil considère que les éléments présentés aujourd'hui par la CSRP et Alliance Santé ne sont pas suffisants pour remettre en cause cette solution.
51. Le Conseil relève que la progression des ventes directes entre 2002 et 2006, exprimée en chiffre d'affaires et non en volume, concerne l'ensemble des médicaments, et qu'elle n'a donc pas de lien avec la mise en place de quotas et ne saurait en être une des conséquences.
52. D'après les données fournies par la CSRP elle-même, si les ventes en direct ont progressé de 1,3 Md € entre 2002 et 2006, dans le même temps les ventes des grossistes ont progressé de 1,85 Md €: leur marché global est donc en croissance. Il n'est par conséquent pas démontré que les ventes en direct ont significativement entravé l'activité des grossistes. Surtout, à aucun moment, la CSRP ne démontre que la progression des ventes directes combinée avec les systèmes de contingentements aurait empêché les grossistes

d'approvisionner correctement leurs clients pharmaciens en médicaments contingentés, ni qu'ils auraient perdu des clients pour ces mêmes motifs.

53. Enfin, les chiffres communiqués par la CSRP révèlent que globalement GlaxoSmithKline, avec un pourcentage de 10,5 % de ventes directes, se situe dans la moyenne du marché citée (10 %), et qu'en fournissant des données seulement pour 2006, la CSRP n'établit pas que la part des ventes directes chez GlaxoSmithKline était moins forte avant la mise en place du contingentement, qu'il s'agisse de médicaments contingentés ou non.
54. Il ressort des éléments ainsi présentés par la CSRP que la question des ventes directes relève d'un débat plus général sur l'évolution du secteur de la distribution des médicaments en officine puisque ce phénomène concerne indifféremment les médicaments qu'ils soient ou non contingentés.
55. Le Conseil rappelle qu'en matière d'engagements, il raisonne dans une situation de marché donnée et que si des changements significatifs interviennent sur le marché, comme par exemple un développement très rapide des ventes directes, il pourrait être amené à réexaminer la pertinence des engagements acceptés au vu des nouvelles circonstances de fait.
56. Il résulte de ce qui précède qu'en l'état actuel du dossier, il n'apparaît pas que l'absence de prise en compte des ventes directes pour déterminer les allocations destinées aux grossistes soit de nature, d'une part, à restreindre de manière significative leurs possibilités d'approvisionnement en médicaments contingentés destinés à la vente aux officines, d'autre part à fausser la concurrence entre grossistes.

En ce qui concerne le pack nouvel entrant

57. Le laboratoire GlaxoSmithKline a prévu, de manière explicite, un "pack nouvel entrant". Il s'engage à garantir au grossiste qui entre sur le marché une quantité minimale des produits inclus dans le système de contingentement jusqu'à ce qu'une allocation puisse être accordée en fonction d'une part de marché déterminée à l'aide de l'outil statistique. Il paraît difficile de déterminer, a priori, de façon chiffrée l'importance de ce pack. Le test de marché n'a pas donné d'indication particulière selon laquelle les packs "nouvel entrant" accordés n'auraient pas suffi à satisfaire la demande des nouveaux opérateurs. Au stade des engagements, il semble donc suffisant de retenir le principe de ce pack, sans qu'il y ait lieu d'en préciser les modalités.

En ce qui concerne les modifications acceptées lors de la séance

58. A l'issue des discussions tenues avec les parties au cours de la séance, les engagements ont fait l'objet des modifications, acceptées par le Conseil. Les engagements ainsi modifiés sont les suivants :
 1. Les allocations trimestrielles de médicaments attribuées aux grossistes-répartiteurs sont calculées en fonction des prévisions de vente sur le territoire français, réparties sur la base des parts de marché des grossistes-répartiteurs diffusées par le GERS-CIP les plus récentes. Les parts de marché prises en compte pour le calcul des allocations sont les parts de marché globales sur le marché français (hors ventes directes).
 2. Les quantités sont allouées trimestriellement. Les quantités allouées non utilisées par un grossiste-répartiteur au cours d'un mois sont reportées le mois suivant dans la limite de la période d'allocation trimestrielle.

3. Dans le cas d'un accroissement des besoins de santé publique un mécanisme correcteur permet d'ajuster, de manière non discriminatoire, les allocations en cours de trimestre en fonction de l'évolution constatée du marché.
4. Chaque grossiste-répartiteur est informé individuellement, par écrit, dans un délai raisonnable avant le début de chaque nouvelle période d'allocation des quantités de produits qui lui sont allouées pour la période.
5. Pour les nouveaux produits qui seraient inclus dans le système d'approvisionnement, les quantités allouées sont calculées au cours des premiers mois sur la base des prévisions de vente déterminées par le laboratoire GlaxoSmithkline.
6. Dans le cas où le GERS-CIP mettrait en place un système de statistiques permettant de connaître les évolutions trimestrielles des parts de marché des grossistes répartiteurs, le laboratoire GlaxoSmithKline prendra en compte ces statistiques trimestrielles au lieu et place des parts de marché annuelles actuellement utilisées.
7. Il est alloué, pendant une durée maximale de deux ans, aux nouveaux clients grossistes-répartiteurs ne disposant pas encore de statistiques de parts de marché une allocation de base « *Pack Nouvel Entrant* ». Dans l'hypothèse où les parts de marché des nouveaux clients grossistes-répartiteurs viendraient à être disponibles avant l'expiration de cette période de deux ans, les allocations trimestrielles seront définies en fonction de ces parts de marché.
8. Chaque grossiste-répartiteur nouvel entrant est informé en toute transparence des principes régissant le fonctionnement du système d'approvisionnement mis en place par le laboratoire GlaxoSmithKline.
9. Les grossistes-répartiteurs sont informés des modifications des modalités de fonctionnement du système d'approvisionnement en respectant un préavis de quatre mois.

C. SUR LA PORTEE DES ENGAGEMENTS

59. Comme l'a souligné la société GlaxoSmithKline dans sa proposition, le fait de souscrire des engagements n'implique pas de sa part une reconnaissance d'une infraction aux règles de concurrence. La société GlaxoSmithKline répond aux préoccupations de concurrence exprimées par le rapporteur, à partir de l'analyse faite dans l'évaluation préliminaire, par des engagements qui donnent à son système de contingentement la souplesse, la réactivité et la transparence nécessaires pour permettre une fluidité du marché de la distribution des produits pharmaceutiques en dépit de l'existence de quotas.
60. Les engagements du laboratoire GlaxoSmithKline seront mis en œuvre soit par l'envoi de courriers spécifiques adressés aux grossistes répartiteurs, soit par l'intégration d'avenants aux conditions générales de vente du laboratoire. Le Conseil, mais aussi la CSRP et les grossistes-répartiteurs pour ce qui les concerne, seront donc en mesure de vérifier que ces nouvelles modalités sont proposées par ce laboratoire aux grossistes répartiteurs existants et aux nouveaux entrants.
61. Enfin, le Conseil rappelle que des évolutions ultérieures des modalités de fonctionnement de ces systèmes de contingentement, si elles répondent à des justifications non restrictives de concurrence, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée. L'entreprise s'est engagée à signaler au Conseil son intention d'adapter ses engagements.

62. Il y a donc lieu d'accepter les engagements de la société GlaxoSmithKline, corrigés ou précisés par les modifications qu'elle a proposées à l'issue des débats, et de clore la procédure.

DECISION

Article 1^{er} : Les engagements présentés par la société GlaxoSmithKline sont acceptés. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision à laquelle ils sont annexés. Ils devront entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} mars 2008 et faire l'objet d'une information auprès des grossistes répartiteurs opérant sur le marché national, ainsi qu'à tout nouvel entrant sur le marché de la répartition pharmaceutique, dès la publication de la présente décision.

Article 2 : La saisine enregistrée sous le numéro 07/0042 F est close.

Délibéré sur le rapport oral de M. Komaha, par Mme Aubert, vice-présidente, présidant la séance, Mme Mader-Saussaye et MM . Piot et Flichy, membres.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

La vice-présidente,
Françoise Aubert

© Conseil de la concurrence

Engagements



Le Laboratoire Glaxosmithkline (France) s'engage à respecter les principes qui gouvernent actuellement la distribution de ses produits inclus dans son système d'approvisionnement (allocation) tels qu'acceptés par le Conseil lors la séance du 4 décembre 2007.

1. Les allocations trimestrielles de médicaments attribuées aux grossistes-répartiteurs sont calculées en fonction des prévisions de vente sur le territoire français, réparties sur la base des parts de marché des grossistes-répartiteurs diffusées par le GERS-CIP les plus récentes. Les parts de marché prises en compte pour le calcul des allocations sont les parts de marché globales sur le marché français (hors ventes directes).
2. Les quantités sont allouées trimestriellement. Les quantités allouées non utilisées par un grossiste-répartiteur au cours d'un mois sont reportées le mois suivant dans la limite de la période d'allocation trimestrielle.
3. Dans le cas d'un accroissement des besoins de santé publique un mécanisme correcteur permet d'ajuster, de manière non discriminatoire, les allocations en cours de trimestre en fonction de l'évolution constatée du marché.
4. Chaque grossiste-répartiteur est informé individuellement, par écrit, dans un délai raisonnable avant le début de chaque nouvelle période d'allocation des quantités de produits qui lui sont allouées pour la période.
5. Pour les nouveaux produits qui seraient inclus dans le système d'approvisionnement, les quantités allouées sont calculées au cours des premiers mois sur la base des prévisions de vente déterminées par le Laboratoire GlaxoSmithkline.
6. Dans le cas où le GERS-CIP mettrait en place un système de statistiques permettant de connaître les évolutions trimestrielles des parts de marché des grossistes répartiteurs, le Laboratoire GlaxoSmithKline prendra en compte ces statistiques trimestrielles au lieu et place des parts de marché annuelles actuellement utilisées.
7. Il est alloué, pendant une durée maximale de deux ans, aux nouveaux clients grossistes-répartiteurs ne disposant pas encore de statistiques de parts de marché une allocation de base «*Pack Nouvel Entrant*». Dans l'hypothèse où les parts de marché des nouveaux clients grossistes-répartiteurs viendraient à être disponibles avant l'expiration de cette période de deux ans, les allocations trimestrielles seront définies en fonction de ces parts de marché.
8. Chaque grossiste-répartiteur nouvel entrant est informé en toute transparence des principes régissant le fonctionnement du système d'approvisionnement mis en place par le Laboratoire GlaxoSmithkline.
9. Les grossistes-répartiteurs sont informés des modifications des modalités de fonctionnement du système d'approvisionnement en respectant un préavis de quatre mois.

A Marly-le-Roi, le 5 décembre 2007

Pour le Laboratoire Glaxosmithkline (France)

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Weber', is positioned above the printed name 'Christophe Weber'.

Président