

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**1ère Chambre - Section H**

**ARRÊT DU 23 JANVIER 2007**

(n° 4, 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 2006/01498

Décision déférée à la Cour : n° 05-D-72 rendue le 20 décembre 2005 par le Conseil de la Concurrence

**DEMANDERESSE AU RECOURS :**

**la Société PHARMA-LAB, S.A.R.L.**

Agissant poursuites et diligences de son représentant légal  
dont le siège social est : 3, rue d'Edimbourg 75008 PARIS

représentée par Maître Frédéric BURET, avoué près la Cour d'Appel de PARIS  
assistée de Maître Jean-Louis LESQUINS, avocat au barreau de PARIS  
toque 700  
Cabinet DS AVOCATS  
46, rue de Bassano 75008 PARIS

**EN PRÉSENCE DE :**

**- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE**  
59, boulevard Vincent Auriol  
75703 PARIS

représenté par Mme Laurence NGUYEN -NIED, munie d'un pouvoir

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 07 novembre 2006, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Mme Jacqueline RIFFAULT-SILK, Présidente
- Mme Brigitte HORBETTE, Conseillère
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

**GREFFIER**, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU  
lors du délibéré : M. Gilles DUPONT

**MINISTÈRE PUBLIC :**

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues WOIRHAYE, Avocat Général, qui a fait connaître son avis.

**ARRÊT :**

- contradictoire
- prononcé publiquement par Mme Brigitte HORBETTE, Conseillère
- signé par Mme Brigitte HORBETTE, Conseillère la plus ancienne en l'empêchement du président et par M. Gilles DUPONT, greffier présent lors du prononcé.

\* \* \* \* \*

Les prix des produits pharmaceutiques varient d'un pays à l'autre. Ces écarts de prix sont à l'origine du commerce parallèle, c'est à dire des flux commerciaux de médicaments entre grossistes exportateurs et importateurs de différents pays, par opposition aux flux commerciaux émanant des laboratoires eux-mêmes lorsqu'ils livrent, directement ou par l'intermédiaire de filiales locales, leurs produits dans les différents pays.

Dans le cas d'une commercialisation par les fabricants, la première mise sur le marché des médicaments se fait normalement directement dans le pays de consommation finale, au prix en vigueur dans ce pays, tandis que dans le cas des exportations parallèles, la première mise sur le marché est faite dans un autre pays que celui de consommation finale, au prix domestique de cet autre pays, et n'est pas suivie par une consommation finale locale mais par une seconde étape de commercialisation vers le pays de consommation finale.

Les produits visés par le commerce parallèle sont principalement les molécules sous brevet offrant un différentiel de prix élevé entre le tarif réglementé en vigueur dans l'Etat d'où partent les produits exportés et le tarif réglementé en vigueur dans le pays où ces produits sont consommés. Le cas où les prix sont libres dans le pays importateur ne diffère guère car, dans cette hypothèse aussi, le commerce parallèle ne s'instaure que si le prix du marché constaté dans le pays d'importation est sensiblement supérieur au tarif réglementé du pays de départ des produits exportés.

En Europe, le Royaume-Uni représente le principal pays d'importation pour le commerce parallèle, suivi par l'Allemagne puis les Pays-Bas. La France, notamment, constitue une base d'exportation pour ces marchés.

*N. BSN*

Le Code de la santé publique (article L 5124-11) soumet l'activité d'exportation de médicaments à un régime d'autorisation administrative et à une réglementation stricte qui prévoit une liste limitative des types d'opérateurs susceptibles de procéder à des exportations, ainsi qu'une limitation des destinataires de ces exportations.

Sur ce marché peuvent intervenir en effet des fabricants, des importateurs, des exploitants, des dépositaires, des grossistes-répartiteurs, des "purs exportateurs". L'article L 5124-2, 7°, du Code précité définit ces derniers comme des distributeurs en gros à l'exportation, soit des entreprises "se livrant à l'achat et au stockage de médicaments (...) en vue de leur exportation en l'état". Cette définition a un caractère restrictif et signifie que ces exportateurs ne sont pas autorisés à vendre des médicaments sur le territoire national. En revanche, les grossistes-répartiteurs, entreprises "se livrant à l'achat et au stockage de médicaments (...) en vue de leur distribution en gros et en l'état", sont présents aussi bien à l'exportation par l'intermédiaire de leurs filiales que sur le marché national mais subissent à ce titre des obligations de service public en vue d'assurer la sécurité des approvisionnements en médicaments pour les besoins de la consommation domestique (article R 5124-59 dudit Code).

Ce sont des exportateurs qui sont à l'origine de la présente affaire. Par des lettres enregistrées les 11 juillet 2000 et 17 août 2001, émanant de la société Pharma-Lab, les 11 janvier, 5 avril, 16 mai et 28 novembre 2001, le 19 février 2002 et le 3 octobre 2002 de la société Pharmajet, le 30 mai 2001 et le 9 août 2002 de la société Pharmadex TMC, le 11 décembre 2001 de la société European trade Company (ETC), et le 24 juin 2003 de la société AD Pharm, le Conseil de la concurrence a été saisi de pratiques mises en oeuvre par les laboratoires Glaxo-Wellcome devenu GlaxoSmithline (GSK), Lilly France, Boehringer Ingelheim, Wyeth Lederlé, Leo France, Ferring, Abbott Medisense France, Novartis Pharma, Pfizer, Merck Sharp et Dohme-Chibret (MSD), Norgine Pharma, Fournier, Sanofi-Synthelabo, Smith Nephew, Jansse-Cilag, Shering Plough, LifeScan, Aventis, Bayer diagnostics, NovoNordisk et Astra Zeneca. Les entreprises plaignantes dénonçaient la mise en place de mesures de contingentement, voire de refus de vente, de la part de ces laboratoires, de nature à freiner ou empêcher leur activité à partir du territoire français.

Le 2 avril 2004, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a joint l'ensemble de ces affaires.

Par une décision n°05-D-72 du 20 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a dit n'y avoir lieu de poursuivre la procédure, les pratiques dénoncées ne pouvant être qualifiées d'entente ou d'abus de position dominante au sens des dispositions des articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce et des articles 81 et 82 du traité CE.

#### **LA COUR :**

Vu le recours contre cette décision formé par la SAS Pharma-Lab le 27 janvier 2006 ;

Vu le mémoire déposé le 28 février 2006 par cette société à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique du 10 octobre 2006, par lequel elle demande à la cour :

- à titre principal, de prononcer l'annulation de la décision, évoquant, d'ordonner la mise en cause des laboratoires visés par les saisines, de constater que lesdits laboratoires ont mis en oeuvre des comportements prohibés par les articles 81 et 82 du traité CE et L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce, de prononcer les sanctions prévues par le Code de commerce (article L 464-2), d'enjoindre à ces laboratoires de reprendre leurs livraisons à son égard dans les conditions que la cour précisera, d'ordonner toute mesure d'expertise que la cour jugera utile à cette fin ;
- à titre subsidiaire, et si la Cour estime ne pas devoir user de son pouvoir d'évocation, de renvoyer au Conseil de la concurrence pour poursuivre l'instruction ;
- à titre infiniment subsidiaire, et si la Cour écarte les moyens d'annulation, de réformer la décision en ce qu'elle dit n'y avoir pas lieu à poursuivre la procédure, d'ordonner la poursuite de l'instruction sur les points que précisera la Cour, de renvoyer au Conseil ;

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence en date du 22 août 2006, tendant au rejet du recours ;

Vu les observations écrites du Ministre chargé de l'Economie, en date du 1er septembre 2006, tendant au rejet du recours ;

Vu les observations écrites du Ministère Public, mises à la disposition des parties à l'audience, tendant au rejet du recours ;

Oùï à l'audience publique du 7 novembre 2006, en leurs observations orales, le conseil de la partie requérante, qui a été mis en mesure de répliquer, ainsi que le représentant du Ministre chargé de l'économie et le Ministère Public ;

#### **SUR CE :**

Considérant que la société Pharma-Lab poursuit l'annulation de la décision "pour défaut de motivation et motivation contradictoire, pour violation du contradictoire, pour défaut d'instruction dans un domaine de compétence reconnu par le Conseil, et pour violation des procédures de consultation entre autorités communautaires de concurrence" ;

#### *- sur le principe de la contradiction*

Considérant c'est en vain que la société Pharma-Lab soutient que le Conseil a violé ce principe en excluant la possibilité pour les exportateurs d'obtenir des prix différents des prix administrés et en affirmant qu'imposer des quotas serait anticoncurrentiel, alors que ces motifs ne figuraient pas au rapport ; qu'il doit être relevé, à titre préliminaire, qu'il est inexact que le Conseil ait retenu que les exportateurs ne pouvaient qu'acheter au prix administré ; qu'il est seulement resté dans les limites des saisines, qui faisaient grief aux laboratoires de refuser de vendre au prix pratiqué sur le territoire national, la société Pharma-Lab ne prétendant d'ailleurs pas avoir essuyé des refus

de vente à des prix différents ; qu'au demeurant, le Conseil a relevé qu'il était loisible aux exportateurs d'acheter à un tel prix, serait-il moins avantageux ; qu'ensuite, le Conseil est libre de retenir une analyse différente de celle que lui propose le rapporteur dès lors qu'il ne se fonde pas pour ce faire sur des éléments de fait qui n'auraient pas été soumis au débat contradictoire ; que tel n'est pas le cas du motif tiré du caractère anticoncurrentiel de la demande de fixation de quotas ; qu'aucune atteinte au principe de la contradiction n'est donc constituée ;

*. sur la motivation*

Considérant que le Conseil a dit n'y avoir lieu à suivre après avoir écarté la qualification d'entente horizontale au motif que seul était démontré un parallélisme du comportement des laboratoires ayant consisté à mettre en oeuvre un contingent individualisé par grossiste cependant que les décisions y afférentes ont été prises sur une période de plusieurs années et chacune pour des motifs propres dont rien ne démontre l'absence de pertinence, celle d'entente verticale au motif qu'aucun accord exprès ou tacite n'était démontré, celle d'abus de position dominante au motif qu'il n'est pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer à un prix administré un produit qui n'est en fait recherché par une entreprise exclusivement exportatrice que dans la mesure où sa revente sur un marché étranger lui permet de dégager un profit et qui n'est en aucun cas destiné à être vendu sur le marché national pour lequel le prix administré a été fixé ;

Considérant que, critiquant cette motivation, la société Pharma-Lab fait grief au Conseil :

1°) de ne pas avoir recherché par des moyens adéquats les preuves d'une possible entente expresse, qui, étant occultes, ne pouvaient être découvertes que par la mise en oeuvre de l'article L 450-4 du Code de commerce,

2°) de s'être fondé sur des motifs erronés en fait, le parallélisme des comportements constaté portant sur des points essentiels (restriction suivie de refus total de livraison),

3°) d'avoir omis de rechercher, à la lumière de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes (arrêts dits "Pâte de bois" et "John Deere"), si les laboratoires auraient pu décider seuls l'interruption des relations avec les exportateurs sans disposer de certitudes suffisantes sur l'attitude des autres et si, sans s'entendre expressément, ils n'ont pas échangé des signes d'intention suffisamment consistants pour que chacun estime raisonnablement faibles les risques concurrentiels qu'il prenait en restreignant le commerce parallèle de ses produits,

4°) d'avoir omis de rechercher si la poursuite des livraisons, contingentées, avec les exportateurs ne constitue pas une entente au sens de l'article 81 du Traité CE, ceux-ci ayant, en continuant à passer des commandes pour des quantités réduites, marqué leur accord à la restriction, anticoncurrentielle, mise en place par les laboratoires,

5°) subsidiairement, d'avoir, s'agissant des relations entre laboratoires et grossistes-répartiteurs, écarté la notion d'accord au sens de l'article 81 du Traité CE sans rechercher si de tels accords ne contenaient pas des discriminations ou des différences de traitement disproportionnées aux différences de statut, à l'encontre d'autres partenaires avec lesquels les laboratoires n'étaient pas obligés de contracter ;

6°) d'avoir écarté la notion d'abus de position dominante sans établir que l'objet des refus de livraison est licite en lui-même, que le contexte économique et réglementaire particulier de l'affaire rend licite le comportement des entreprises dominantes qui refusent de livrer, que les refus de livraison constituent une réponse proportionnée, que les grossistes exportateurs disposent de solutions alternatives ;

7°) de s'être contredit en retenant qu'imposer des quotas aux laboratoires qui avaient cessé toute livraison serait contraire aux règles de la concurrence tout en validant la pratique de ceux qui avaient poursuivi des livraisons contingentées ;

Considérant qu'aucune nullité pour défaut de motivation ne saurait être prononcée dès lors que la décision contient les motifs, de fait et de droit, qui la fondent ; qu'il appartient seulement à la cour, dans l'exercice de son pouvoir de réformation, d'apprécier la pertinence de ces derniers au vu des moyens soulevés par la partie requérante ;

Considérant, à cet égard, sur le premier point, qu'il résulte des articles L 450-1 et L 450-6 du Code de commerce que le rapporteur est maître de la conduite des investigations et qu'il apprécie librement l'opportunité des mesures à mettre en oeuvre ; qu'il ne peut donc être reproché au Conseil de ne pas avoir fait effectuer des visites domiciliaires, étant observé au demeurant qu'ainsi que le Conseil de la concurrence le souligne avec pertinence, des visites domiciliaires accomplies alors que les laboratoires mis en cause étaient informés, par les demandes de mesures conservatoires assortissant d'autres saisines, d'une procédure en cours portant sur leurs pratiques de contingentement, auraient eu peu de chance d'être fructueuses à cet égard ;

Considérant, sur les deuxième et troisième points, que le Conseil n'a pas retenu que le parallélisme de comportement des laboratoires ne portait que sur des aspects mineurs mais, contrairement à ce que prétend la requérante, a constaté que ces comportements parallèles avaient consisté à restreindre progressivement les livraisons aux exportateurs puis à cesser ces livraisons, alors que les grossistes-répartiteurs nationaux continuaient d'être approvisionnés y compris lorsqu'ils livraient à l'exportation par l'intermédiaire de leurs filiales spécialisées ; qu'il a ensuite relevé, par des constatations qui ne sont pas contestées, que ces pratiques et leur évolution n'avaient été identiques, ni dans leurs modalités, ni dans leur calendrier de mise en oeuvre, puisque ces contingentements avaient été introduits sur une longue période, soit de 1996 à novembre 2002, et qu'ils avaient été présentés par certains laboratoires comme les conséquences de l'adoption d'un nouveau système de distribution sélective ayant donné lieu à notification auprès de la Commission européenne, principalement entre 2000 et 2002, cependant que d'autres avaient fait évoluer progressivement leurs pratiques sans notifier l'existence d'un système de distribution particulier ; que c'est à juste titre, enfin, qu'il a retenu qu'un tel parallélisme, à lui seul, ne suffisait pas à établir une concertation frauduleuse, à défaut d'indices précis, graves et concordants prouvant celle-ci, tel n'étant pas le cas de l'affirmation contestable de la requérante selon laquelle ces restrictions n'auraient pas été mises en oeuvre par les laboratoires s'ils n'avaient eu l'assurance que leurs concurrents agiraient de même et limiteraient ainsi les risques concurrentiels qu'ils prenaient ;

Considérant, sur le quatrième point, que le seul fait qu'un distributeur restreigne ses commandes dans la limite des quotas imposés par son fournisseur ne caractérise pas une entente entre ces entreprises lorsque, comme en l'espèce, cette situation résulte d'une décision, unilatérale, imposée par le fournisseur, la commande passée par le distributeur dans de telles conditions ne valant pas acquiescement aux restrictions en cause ; qu'au demeurant, les multiples plaintes déposées par les exportateurs démontrent le contraire, s'il en était besoin ;

Considérant, sur le cinquième point, qu'ayant exclu toute entente entre les laboratoires et les grossistes-répartiteurs après avoir constaté qu'aucun accord entre ces entreprises sur les pratiques invoquées n'était démontré, le Conseil n'avait pas à s'intéresser plus avant aux effets anticoncurrentiels desdites pratiques ; qu'au demeurant, il s'y est néanmoins employé et, par des motifs (paragraphe 238 à 245) dont la pertinence n'est pas discutée, a exclu que les contrats contestés soient discriminatoires à l'égard des exportateurs ; que le grief manque en fait et en droit ;

Considérant, sur les sixième et septième points, que, citant la jurisprudence communautaire (CJCE arrêt "Bronner" du 26 novembre 1998, C-7/97, rec. p. 1-7791), le Conseil a rappelé les conditions qui doivent être réunies pour qu'un refus de vente constitue un abus de position dominante au sens de l'article 81 du Traité CE, à savoir que ce refus soit de nature à éliminer toute concurrence, qu'il ne puisse être objectivement justifié et que le produit en cause soit indispensable à l'activité des concurrents, c'est à dire qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel ; qu'à propos des raisons objectives pouvant justifier un refus de vente, il a ajouté 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 une position dominante ou à en abuser (CJCE arrêt "United Brands" du 14 février 1978, 22/76, Rec. p. 13), puis a précisé à juste titre que l'appréciation à cet égard du comportement de l'entreprise mise en cause devait tenir compte du contexte économique et réglementaire de l'affaire ; que c'est donc par des motifs pertinents et dénués d'insuffisance (paragraphe 259 à 275) -que la cour adopte- que, pour refuser de qualifier d'abus de position dominante les refus de vente dénoncés, il a estimé en définitive, au vu de la situation particulière qui prévaut en France, qu'il n'est pas abusif pour un laboratoire de défendre ses intérêts commerciaux en refusant de livrer ses produits à un prix administré à un opérateur qui ne vend aucun produit sur le marché national pour lequel la réglementation du prix a été élaborée et qui ne recherche ce produit qu'à la condition que le prix fixé par les pouvoirs publics en vue d'un usage sur le territoire national lui permette de le revendre sur un marché étranger avec profit ;

Que c'est à tort en outre que la société Pharma-Lab lui reproche de ne pas avoir examiné l'hypothèse de ventes à un prix supérieur au prix administré, qui n'avait nullement été évoquée, les parties saisissantes n'ayant d'ailleurs pas contesté les énonciations du rapport selon lesquelles le commerce parallèle ne s'instaure que si le prix du marché constaté dans le pays d'importation, qu'il soit libre ou réglementé, est supérieur d'au moins 15% au tarif réglementé du pays de départ des produits exportés ; qu'au demeurant, le Conseil a évoqué cette hypothèse au paragraphe 275 de la décision en précisant qu'il était loisible aux exportateurs de proposer un prix supérieur au prix administré, ce que la requérante ne soutient pas avoir déjà tenté ;

Que c'est sans se contredire enfin que le Conseil a retenu qu'il ne pouvait, sous peine de figer les parts de marché des opérateurs ou d'obliger les laboratoires à vendre sans limite, et, ce faisant, d'enfreindre le droit de la concurrence, imposer aux laboratoires des quotas arrêtés arbitrairement pour l'avenir, les laboratoires n'encourant pas, a priori, la même critique en limitant leurs livraisons par référence aux ventes nationales prévues ;

- sur l'instruction

Considérant que c'est à tort que la société Pharma-Lab reproche au Conseil une carence à ce titre pour n'avoir procédé à aucune recherche sur le fondement des articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce, alors qu'il avait accepté la proposition formulée en séance par le rapporteur général d'examiner la licéité des pratiques dénoncées non seulement sous l'angle des articles 81 et 82 du Traité CE mais aussi sous celui des textes nationaux ; qu'en effet, le Conseil, qui avait retenu que le droit national s'appliquait à des pratiques commises en France et dont l'examen s'appuyait sur des éléments recueillis sur le territoire national, n'était tenu de procéder à aucune autre recherche particulière sur ce fondement, la primauté du droit communautaire imposant d'appliquer les mêmes principes et, partant, conduisant aux mêmes conclusions ;

- sur la consultation des autorités nationales de concurrence et de la Commission européenne

Considérant que le Conseil n'a pas commis de manquement à cet égard, aucun texte ne lui imposant d'informer la Commission européenne de la procédure en cours dès lors qu'il envisageait de prendre une décision de non-lieu, l'article 11 § 4 du règlement 1/2003 ne prévoyant pas l'obligation d'informer la Commission dans cette hypothèse ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le recours n'est pas fondé et doit être rejeté ;

### **PAR CES MOTIFS**

Rejette le recours formé par la société Pharma-Lab contre la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-72 en date du 20 décembre 2005 ;

La condamne aux dépens ;

Vu l'article 48-1 du décret n°2002-689 du 30 avril 2002 modifié par le décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005, dit que sur les diligences du greffier en chef de la cour d'appel, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Economie ;

LE GREFFIER,

LA CONSEILLÈRE,

