

Grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 26 NOVEMBRE 2008

(n° **50**, 6 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2007/13915**

Décision déferée à la Cour : n° **07-D-22** rendue le **05 juillet 2007**
par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDEUR AU RECOURS :

**- La société CHAMBRE SYNDICALE DE LA RÉPARTITION
PHARMACEUTIQUE - CSRP**

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 47, rue de Liège 75008 PARIS

représentée par la SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Jean-Louis FOURGOUX,
avocat au barreau de PARIS
SCP FOURGOUX et ASSOCIES
111 boulevard Péreire 75017

INTERVENANTS VOLONTAIRES :

- La société SANOFI AVENTIS FRANCE, S.A.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 1-13 boulevard Romain Rolland 75014 PARIS

représentée par Maître Sylvie CHARDIN de la SCP BERNABE CHARDIN CHEVILLER,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître François BRUNET,
avocat au barreau de PARIS
CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP
12 rue de Tilsitt 75008 PARIS

- La société le LABORATOIRE MERCK-SHARP & DOHME-CHIBRET, SNC

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 3 avenue Hoche 75114 PARIS

- MERCK SHARP & DOHME B.V.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Waarderweg 39
2031 BN Haarlem - Netherlands

représentées par Maître François TEYTAUD,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS

17



assistées de Maître Jean-Yves GARAUD,
avocat au barreau de PARIS
CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP
12 rue de Tilsitt 75008 PARIS

- La société LILLY FRANCE, S.A.S.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 13 rue Pagès 92158 SURESNES CEDEX

représentée par Maître J-C CHEVILLER de la SCP BERNABE CHARDIN CHEVILLER,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Sergio SORINAS
avocat au barreau de PARIS
CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP
12 rue de Tilsitt 75008 PARIS

- La société INGELHEIM FRANCE, S.A.S
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 37-39 rue Boissière 75116 PARIS

représentée par la SCP Jean-Philippe AUTIER,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Jacques-Philippe GUNTHER
avocat au barreau de PARIS
Willkie Farr & Gallagher LLP
21-23 rue de la Ville l'Evêque 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI
Bat. 5, 59 boulevard Vincent Auriol 75703 PARIS CEDEX 13

non représentée

- M. LE PRESIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
11 rue de l'Echelle 75001 PARIS

représenté par M. Thierry DAHAN, muni d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 21 octobre 2008, en audience publique, devant la Cour
composée de :

- M. Alain CARRE-PIERRAT, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

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 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Alain CARRE-PIERRAT, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Les médicaments sont commercialisés par les laboratoires pharmaceutiques, auprès des pharmacies, essentiellement par l'intermédiaire de grossistes-répartiteurs (88 %), accessoirement de dépositaires (12 %), qui sont rémunérés par des commissions et ne sont pas propriétaires de la marchandise.

Les grossistes-répartiteurs sont assujettis à des obligations de service public prévues au code de la santé publique, actuellement à l'article R. 5124-59 modifié par le décret n° 2008-834 du 22 août 2008. Notamment ils doivent, sur le territoire où ils exploitent un établissement, 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 leur clientèle pour une période de deux semaines au moins et livrer dans les 24 heures toute officine qui en fait la demande. Ils 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). En outre, leur rémunération est fixée par arrêté et encadrée par trois dispositifs réglementaires, l'un qui limite leur taux de marge en fonction du prix, l'autre qui plafonne le taux des remises qu'ils peuvent accorder aux pharmaciens, le troisième qui fixe leur contribution en faveur de la sécurité sociale (contribution ACOSS) en fonction de leur chiffre d'affaires annuel. En revanche, ils sont autorisés à exporter les médicaments qu'ils vendent en dehors du territoire national (article R. 5124-4).

La distribution des médicaments est relativement concentrée, les sociétés OCP répartition, Alliance Santé et les trois CERP (Rouen, Rhin-Rhône-Méditerranée, et Lorraine) détenant 95 % du marché, étant observé qu'hormis les CERP, qui sont des coopératives de pharmaciens, la distribution est dominée par deux sociétés qui contrôlent une grande partie du marché européen.

De leur côté, les laboratoires sont également soumis à des contraintes financières visant à limiter le volume des médicaments vendus, notamment par le biais de conventions passées avec le CEPS (comité économique des produits de santé) qui prévoient des pénalités, sous forme de ristourne sur chiffre d'affaires ou de baisse de prix, à l'encontre de ceux d'entre eux qui dépassent les objectifs de vente.

On peut donc distinguer au sein de cette activité de distribution de médicaments le marché (amont) de l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs pour l'ensemble de la gamme de chaque laboratoire commercialisée auprès des usagers via le circuit officinal, et le marché (aval) des services d'approvisionnement des officines par les grossistes-répartiteurs.

Le 5 avril 2002 et le 20 octobre 2003, la Chambre syndicale de répartition pharmaceutique (ci-après la CSRP), syndicat de grossistes-répartiteurs, et l'un de ses adhérents, la société Phoenix Pharma qui présentait simultanément une demande de mesures conservatoires, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les principaux laboratoires pharmaceutiques, en dénonçant des mesures de contingentement de nature à les empêcher de satisfaire leurs obligations de service public et caractérisant selon elles une entente entre ces laboratoires et l'exploitation abusive de leur position dominante sur certains marchés de médicaments. Les médicaments contingentés représentent, pour les grossistes-répartiteurs, la majeure partie des ventes de médicaments en provenance de ces laboratoires (environ 65 %) et les ventes de ces médicaments représentent pour ces laboratoires entre 20 et 22 % des achats de l'ensemble des médicaments achetés par les grossistes-répartiteurs.

Par décision du 24 février 2004, le Conseil de la concurrence, qui avait joint les saisines, a rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par la société Phoenix Pharma, après avoir retenu que la saisine n'était pas assortie d'éléments suffisamment probants pour ce qui était de l'entente invoquée ni pour ce qui était de l'abus de position dominante reproché notamment à la société GlaxoSmithKline (ci-après GSK), qu'il n'était toutefois pas exclu que les systèmes de contingentement mis en place par les sociétés Lilly France, Sanofi Aventis France, Boehringer-Ingelheim, Merck-Sharp & Dohme-Chibret soient de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché de l'approvisionnement en gros de médicaments, notamment en créant une barrière à l'entrée, contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce mais que les conditions justifiant le prononcé de mesures conservatoires n'étaient pas réunies.

Ayant procédé à l'évaluation préliminaire des pratiques alléguées, le rapporteur a identifié des préoccupations de concurrence qu'il a notifiées aux sociétés Lilly France, Merck-Sharp & Dohme-Chibret, Boehringer-Ingelheim France, Sanofi Aventis France, Pfizer et GSK entre le 22 décembre 2006 et le 2 janvier 2007.

Seules les sociétés Lilly France, Merck-Sharp & Dohme-Chibret, Boehringer-Ingelheim France et Sanofi Aventis France ayant proposé des engagements dans le délai imparti, le rapporteur général a disjoint de l'instruction les dossiers concernant les sociétés Pfizer et GSK.

C'est dans ces conditions qu'après avoir consulté le marché et la CSRP, le Conseil de la concurrence, par décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007, a accepté les engagements présentés par les sociétés Boehringer-Ingelheim France, Lilly France, Merck-Sharp & Dohme-Chibret, et Sanofi Aventis France, leur a donné force obligatoire en précisant qu'ils devraient entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} octobre 2007 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, et a déclaré closes les saisines en ce qu'elles visaient ces sociétés.

LA COUR :

Vu le recours formé par la CSRP le 7 août 2007, tendant à l'annulation de cette décision, subsidiairement à sa réformation ;

Vu la déclaration d'intervention déposée par la société Sanofi Aventis France le 4 septembre 2007 ;

Vu la déclaration d'intervention déposée par la société Merck-Sharp & Dohme-Chibret le 5 septembre 2007 ;

Vu la déclaration d'intervention déposée par la société Lilly France le 5 septembre 2007 ;

Vu la déclaration d'intervention déposée par la société Boehringer-Ingelheim France le 7 septembre 2007 ;

Vu le mémoire déposé le 11 septembre 2007 par la CSRP à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire récapitulatif du 12 mars 2008, par lequel la requérante demande, à titre principal, l'annulation de la décision, subsidiairement sa réformation, et le renvoi de l'affaire devant le Conseil de la concurrence pour instruction complémentaire ;

Vu le mémoire déposé le 18 décembre 2007 par la société Sanofi Aventis France tendant au rejet du recours ;

Vu le mémoire déposé le 18 décembre 2007 par la société Lilly France tendant au rejet du recours ;

Vu les observations déposées le 19 décembre 2007 par la société Merck-Sharp & Dohme-Chibret, tendant au rejet du recours et à la condamnation de la requérante à lui payer une somme de 15 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les observations déposées le 19 décembre 2007 par la société Boehringer-Ingelheim France qui poursuit le rejet du recours et réclame à la requérante une somme de 10 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence en date du 6 février 2008 ;

Vu le courrier du 5 février 2008 par lequel le ministre chargé de l'économie informe la cour que, partageant l'analyse du Conseil, il n'entend pas user de la faculté que lui réservent les articles R. 464-18 et R. 464-19 du code de commerce de déposer des observations écrites et orales ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties avant l'audience ;

Où à l'audience publique du 21 octobre 2008, en leurs observations orales, le conseil de la requérante, celui des sociétés Sanofi Aventis France, Lilly France, Boehringer-Ingelheim France, et Merck-Sharp & Dohme-Chibret, qui ont été mis en mesure de répliquer, ainsi que le représentant du Conseil de la concurrence et le ministère public ;

SUR CE :

Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 463-1 et L. 463-4 du code de commerce que l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires sauf lorsque des pièces mettent en jeu le secret des affaires ; qu'il s'ensuit que, lorsqu'une procédure d'engagements est mise en oeuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve du traitement au titre du secret des affaires, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire ainsi qu'à l'intégralité de ceux sur lesquels s'est fondé le Conseil pour statuer sur les engagements ;

Considérant qu'il résulte des explications concordantes de la requérante et du Conseil de la concurrence que ni le rapport administratif d'enquête, ni ses annexes, sur lesquels le rapporteur s'est fondé pour établir l'évaluation préliminaire et dont il n'est pas allégué qu'ils mettaient en jeu le secret des affaires, n'ont été soumis aux parties, alors au surplus que le commissaire du gouvernement en faisait état dans ses observations devant le Conseil ; qu'il suit de là que c'est à juste titre que la requérante se prévaut d'une atteinte au principe de la contradiction ; que la décision doit donc être annulée et le dossier renvoyé au Conseil pour reprise de l'instruction ;

Et considérant qu'il n'y a pas lieu de faire application en la cause des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

Annule la décision n° 07-D-22 rendue par le Conseil de la concurrence le 5 juillet 2007 ;

Renvoie l'affaire au Conseil de la concurrence ;

Rejette les demandes de la société Merck-Sharp & Dohme-Chibret et de la société Boehringer-Ingelheim France fondées sur l'article 700 du code de procédure civile ;

Met les dépens de la présente instance à la charge du Trésor Public ;

LE GREFFIER,

Benoit TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,

Alain CARRE-PIERRAT