

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**Pôle 5 - Chambre 5-7**

**ARRÊT DU 26 MARS 2015**

(n° **50**, 17 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2014/03330**

Décision déférée à la Cour : n° **13-D-21** rendue le **18 décembre 2013**  
par **L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DEMANDEUSES AU RECOURS :**

**- La société RECKITT BENCKISER PLC, société de droit britannique**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 103-105 Bath Road - Slough - Berkshire - SL1 3UH (ROYAUME UNI)

Elisant domicile au cabinet de Maître François TEYTAUD

61 boulevard Haussmann 75008 PARIS

**- La société Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd, société de droit britannique**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 103-105 Bath Road - Slough - Berkshire - SL1 3UH (ROYAUME UNI)

Elisant domicile au cabinet de Maître François TEYTAUD

61 boulevard Haussmann 75008 PARIS

Représentées par :

- Maître François TEYTAUD,

avocat au barreau de PARIS,

toque : J125

61 boulevard Haussmann 75008 PARIS

- Maître Marc PITTIE et Maître Guillaume FABRE,

avocats au barreau de PARIS

Cabinet BREDIN PRAT AARPI

130 rue du faubourg Saint Honoré 75008 PARIS

**DÉFENDERESSE AU RECOURS :**

**- La société ARROW GENERIQUES, S.A.S.**

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 26 avenue Tony Garnier 69007 LYON 07

Représentée par :

- La SCP BOLLING - DURAND - LALLEMENT,

avocats associés au barreau de PARIS,

toque : P0480

127 rue Lafayette 75010 PARIS

- Maître Elise MASSE,

avocat au barreau de PARIS,

toque : R278

King & Wood Mallesons AARPI

92 avenue des Champs Elysées 75008 PARIS

**EN PRÉSENCE DE :**

**- L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**  
représenté par son Président  
ayant son siège : 11 rue de l' Echelle 75001 PARIS

représentée à l'audience par M. Henri GENIN, muni d'un pouvoir

**- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE**  
D.G.C.C.R.F  
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol  
75703 PARIS CEDEX 13

représentée à l'audience par Mme Christine VERON, munie d'un pouvoir

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 15 janvier 2015, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Président de chambre
- Mme Sylvie LEROY, Conseillère
- Mme Valérie MICHEL- AMSELLEM, Conseillère  
qui en ont délibéré

**GREFFIER**, lors des débats : Laureline DANTZER

**MINISTÈRE PUBLIC :**

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine GUIDONI, Avocate Générale, qui a fait connaître son avis.

**ARRÊT :**

- contradictoire
- prononcé publiquement 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 Mme Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseillère en remplacement de M. Christian REMENIERAS, président empêché et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

\* \* \* \* \*

La Buprénorphine haut dosage (BHD) est une substance active qui permet le traitement de la dépendance aux opiacés et plus particulièrement à l'héroïne. Elle est utilisée dans un

médicament princeps connu du public sous la dénomination «Subutex®» (le Subutex). Cette molécule a été développée par la société de droit britannique, Reckitt Benckiser Healthcare (la société Reckitt Benckiser). Sa société mère, la société Reckitt Benckiser Group, est détentrice des droits dont elle fait l'objet.

Par un accord du 6 juin 1997, la société Reckitt Benckiser Group a conclu avec la société Schering-Plough, déjà détentrice de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) du Subutex en France, un accord de licence par lequel elle lui a confié la responsabilité du marketing et de la promotion des produits à base de BHD ainsi que la distribution des produits en exclusivité sur le territoire Français.

Le 31 janvier 2006, l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps) a délivré à la société Arrow une AMM pour un médicament générique du Subutex lui permettant la commercialisation de BHD, en comprimés.

Par lettre du 13 novembre 2006, la société Arrow Génériques (la société Arrow) a saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, d'une plainte relative à des pratiques mises en œuvre par la société Schering-Plough dans le secteur pharmaceutique. La plaignante soutenait que la société Schering-Plough abusait de sa position dominante sur le marché officinal français de la BHD, marché sur lequel elle commercialise son médicament princeps Subutex, afin d'évincer le générique commercialisé par la plaignante, la Buprénorphine Arrow®.

Le 19 novembre 2006, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a adressé une demande d'enquête à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Par ordonnance du 17 janvier 2007, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Nanterre a autorisé la DGCCRF à procéder à des visites et saisies au siège de la société, lesquelles se sont déroulées le 18 janvier 2007. À la suite de la contestation de la société, le juge des libertés et de la détention a, par ordonnance du 17 juillet 2007, annulé les opérations et ordonné la restitution des pièces saisies. Par un arrêt du 20 mai 2009, la Cour de cassation a censuré l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du 17 juillet 2007. Sur renvoi, le premier président de la cour d'appel de Paris a, par une ordonnance du 4 mars 2010, ordonné la restitution à la DGCCRF de l'ensemble des pièces saisies, exception faite de certaines d'entre elles. Par un arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation a rejeté un nouveau pourvoi introduit contre cette ordonnance.

Par lettre enregistrée le 19 avril 2007, la société Arrow a également demandé à l'Autorité le prononcé de mesures conservatoires, demande accueillie par la décision n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 qui a enjoint, notamment, à la société Schering-Plough de faire publier un communiqué rappelant en substance que Buprénorphine Arrow® était substituable à Subutex, sans risque pour la santé du patient.

Cette décision, contestée par la société Schering-Plough, a été confirmée par un arrêt de cette cour, rendu le 5 février 2008, qui a fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la chambre commerciale économique et financière de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 janvier 2009 (n° 08-12510).

Par courriers du 15 novembre 2012, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié deux griefs d'abus de position dominante aux sociétés Schering-Plough SAS, Financière MSD SAS et Merck & Co sur les fondements des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (le TFUE). Elle a aussi notifié, par le même acte, un troisième grief d'entente, fondé sur les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE aux sociétés Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser plc (les sociétés Reckitt Benckiser).

Le premier grief d'abus de position dominante visait une pratique de dénigrement de la BHD générique de la société Arrow entre février 2006 et mai 2006 et, le second consistait dans l'octroi aux pharmaciens d'officine d'avantages financiers à caractère fidélisant, entre janvier

2006 et fin juillet 2006.

Le troisième grief reprochait aux sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co, d'une part, et aux sociétés Reckitt Benckiser, d'autre part, d'avoir participé à une entente complexe et continue sur le marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, entre les mois d'octobre 2005 et fin juillet 2006, cette entente visant à entraver l'accès des médicaments génériques de Subutex au marché français de la (BHD) en ville, en mettant en œuvre des accords ou pratiques concertées ayant consisté à :

- dénigrer la buprénorphine haut dosage générique de la société Arrow générique ;
- octroyer aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant, notamment, des rémunérations pour services distincts sans contrepartie économique qui les justifie.

À réception de la notification des griefs les sociétés Shering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. ont fait savoir qu'elles ne contestaient pas les griefs et demandé la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. Cette demande a été accueillie par l'Autorité.

Par une décision n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée et a dit, notamment :

*« Article 1<sup>er</sup> : Il est établi que les sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co., ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ainsi que celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en mettant en œuvre une pratique de dénigrement de la buprénorphine haut dosage générique de la société Arrow Génériques et en octroyant aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant sans aucune contrepartie économiquement justifiée sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville.*

*Article 2 : Il est établi que les sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co., d'une part, et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser plc, d'autre part, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en participant à une entente anticoncurrentielle ».*

Pour statuer sur l'entente, seul grief concerné par le recours, l'Autorité a, notamment, retenu que dans le cadre de plusieurs échanges remontant à 2001 sur le risque d'arrivée de génériques sur le marché, et préalablement à une réunion programmée le 20 octobre 2005, un responsable de la société Schering-Plough, avait par courrier électronique du 30 septembre 2005, adressé un document intitulé « *plan d'optimisation des performances* », à un responsable de la société Reckitt Benckiser, lequel l'avait renvoyé avec des modifications au président directeur général de la société Schering-Plough par un courrier électronique comportant un message détaillé sur le plan à mettre en œuvre avant l'entrée sur le marché des génériques. L'Autorité a estimé que les deux sociétés ont, par cet échange de correspondances, conclu un accord visant, d'une part, à « *retarder/Décourager l'entrée des génériques* », d'autre part, à « *minimiser la pénétration des génériques* » par la « *vente aux pharmacies* » et par des « *programmes de fidélisation des clients* ». Elle a considéré que cet accord s'était poursuivi au moins jusqu'à une réunion du 9 décembre 2005 comme attesté, d'une part, par un document « *PowerPoint* » de Schering-Plough présenté au cours de celle-ci, reprenant en les structurant les actions précédemment énoncées, évoquant les techniques commerciales qui devraient être offertes aux pharmaciens afin de saturer leurs linéaires et ainsi minimiser la pénétration des génériques, d'autre part, par le compte rendu établi à son issue le 11 décembre 2005, fixant un « *plan pour optimiser les performances du Subutex à travers la force de vente de SP* » dans l'hypothèse d'un lancement d'un générique, et expliquant que la réunion avait permis d'atteindre ses objectifs qui étaient d'*« obtenir l'alignement sur le plan d'optimisation français et s'assurer que les actions clés sont prises par SP et RB pour exécuter le plan »*.

Les sanctions prononcées au titre de ces pratiques d'entente ont été de :

- 414 000 euros solidairement aux sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. ;
- 318 000 euros solidairement aux sociétés Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd. et Reckitt Benckiser plc.

## La cour

Vu le recours en annulation de la décision n° 13-D-21 déposé le 14 février 2014 sous le numéro (14/03 330) au greffe de la cour par les sociétés Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser plc (les sociétés Reckitt Benckiser) ;

Vu l'intervention à l'instance de la société Arrow Génériques par déclaration du 17 mars 2014 qui demande la confirmation de la décision ;

Vu les mémoires exposant leurs moyens à l'appui du recours déposés au greffe de la cour par les sociétés Reckitt Benckiser le 13 mars 2014 et leurs conclusions récapitulatives déposées au greffe le 11 décembre 2014 ;

Vu les observations déposées au greffe de la cour par le Ministre chargé de l'économie le 6 octobre 2014 ;

Vu les observations déposées au greffe de la cour par l'Autorité de la concurrence le 30 septembre 2014 ;

Vu les observations du Ministère public déposées au greffe de la cour le 17 décembre 2014 ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 15 janvier 2015, les conseils des requérantes, qui ont été mis en mesure de répliquer, le représentant de l'Autorité de la concurrence et le ministère public ;

## **SUR CE**

Les sociétés Reckitt Benckiser contestent la légalité externe et interne de la décision de l'Autorité dont elles demandent l'annulation. La teneur des moyens développés sera rappelée dans le cadre de l'examen de chacun de ceux-ci.

### **Sur la procédure**

Considérant que les requérantes font grief à l'Autorité d'avoir considéré que la prescription n'était pas acquise en raison de la connexité entre les faits relatifs à l'entente et ceux relatifs à l'abus de position dominante ; qu'elles se prévalent ensuite d'une atteinte à leurs droits de la défense, en raison, d'une part, de la longueur de la procédure, d'autre part, de la différence substantielle existant entre les griefs qui leurs ont été notifiés et la décision les sanctionnant ; que ces trois points seront examinés successivement ;

#### **Sur la prescription**

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, « *L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » ;

que les requérantes font valoir que le délai de prescription a commencé à courir au jour de la cessation des pratiques constitutives de l'entente supposée, soit le 9 décembre 2005, alors que le premier acte d'instruction relatif aux faits de ce grief est intervenu le 23 septembre 2011, soit plus de cinq ans plus tard ; que dès lors, la prescription a été acquise le 10 décembre 2010 ; qu'elles objectent que les faits objets des mesures d'enquête concernaient seulement la mise en œuvre unilatérale par la société Schering-Plough d'un abus de position dominante visant à limiter l'accès de la société Arrow au marché de la BHD, ainsi qu'à restreindre les possibilités de choix des pharmaciens d'officine concernant leurs sources d'approvisionnement pour ce médicament et non pas une préparation ou une facilitation de l'abus de position dominante ; qu'elles font valoir que les faits se sont d'abord déroulés sur des marchés différents et à des périodes différentes, que les pratiques ensuite mises en œuvre par la société Schering-Plough l'ont été de manière unilatérale rompant ainsi tout lien de causalité entre les discussions entreprises et les pratiques finalement mises en œuvre, qu'il existe des différences fondamentales entre les éléments discutés et les pratiques d'abus de la société Shering-Plough et qu'en l'absence de discussions entre les sociétés,

les pratiques d'abus auraient été néanmoins mises en œuvre ; que selon elles, il ne peut en conséquence y avoir de connexité entre les pratiques objet de l'enquête et celles qui leur sont reprochées ; qu'elles ajoutent que leur rôle n'a été invoqué à aucun moment des débats concernant les mesures conservatoires, de même que l'ordonnance ayant autorisé les visites et saisies n'a pas été annexée à la notification des griefs, alors que l'article L. 450-4 du code de commerce ouvre un recours à l'encontre de ces opérations au profit de toute personne mise en cause au moyen des pièces saisies, ce qui démontre l'absence de connexité entre les faits ;

Considérant que l'Autorité de la concurrence est, dans le cadre des missions de police économique qui lui sont confiées, saisie *«in rem»* de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement du ou des marchés concernés par la saisine ; qu'ainsi que le rappellent le Ministre de l'économie et l'Autorité, il découle de ce principe que les actes d'instruction ou de poursuite produisent un effet interruptif de prescription à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées par cet acte, ainsi qu'à l'égard des pratiques qui n'y seraient pas visées mais sont comprises dans le champ de la saisine, ou sont de même nature, ou encore sont connexes ;

Considérant qu'en l'espèce, indépendamment du point de savoir si le grief sanctionné est fondé, l'Autorité a retenu que les sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. (La société Schering-Plough), d'un côté, et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser plc., de l'autre, ont participé à une entente anticoncurrentielle ; que les développements de la décision précisent que cette entente a consisté dans la conclusion d'un accord ayant pour objet la mise en œuvre, d'une part, d'un dénigrement de la Buprénorphine Arrow auprès des professionnels de santé, d'autre part, de la saturation des linéaires des pharmaciens figurant parmi les plus importants dispensateurs de Subutex, afin d'entraver l'accès de ce produit au marché en cause (paragraphes 468 et 476 de la décision) ;

Considérant que ces pratiques de conception d'un plan d'action sont liées par leur objet aux pratiques d'abus de position dominante exécutées ensuite par la société Schering-Plough et consistant en la mise en œuvre d'une stratégie de dénigrement à l'encontre de Buprénorphine Arrow à partir d'actions de communications menées durant trois mois et demi, du 15 février 2006 à mai 2006, ainsi que dans la mise en place de remises quantitatives qui ont visé à empêcher l'approvisionnement des pharmaciens auprès de la société Arrow ;

Considérant qu'au regard des principes sus énoncés et de la connexité précédemment relevée, il est sans portée que les mesures d'enquête n'aient pas visé une pratique d'entente, qui d'ailleurs n'a pu être détectée qu'au moyen des éléments recueillis par les visites et saisies ; que, de même, les différences de temporalité et de marchés invoquées par les requérantes, le fait que la société Schering-Plough pouvait décider de ne pas mettre en œuvre les pratiques discutées avec la sociétés Reckitt Benckiser, ou, encore, qu'il puisse exister une différence entre ces pratiques ayant fait l'objet des discussions et ce qui a été exécuté, enfin, le fait que ces pratiques auraient pu être décidées sans la participation de la société Reckitt Benckiser, sont inopérants ; qu'en effet, l'entente visant à examiner et déterminer les comportements permettant à la société Schering-Plough d'entraver l'accès de la société Arrow au marché du BHD avait, ainsi qu'il sera précisé ultérieurement, le même objet que la pratique d'abus, sans qu'importe la part de la conception ou de la réalisation dans la réussite du but poursuivi ;

Considérant, encore, que le fait que des pratiques soient différentes ne fait nullement obstacle à leur connexité lorsque, comme en l'espèce, elles poursuivent un même objet ; que, de plus, l'Autorité n'a pas fondé son analyse relative à la connexité sur le caractère secret de l'entente, mais seulement opposé cet argument pour expliquer que celle-ci n'avait pas pu être mentionnée dans les actes d'enquête et que cette absence de mention n'était pas de nature à exclure l'effet interruptif de prescription pour l'ensemble des pratiques en cause ;

Considérant que la pratique d'entente reprochée à la société Reckitt Benckiser est distincte du contrat qui la liait à la société Schering-Plough et qu'il n'était nullement nécessaire aux enquêteurs, puis au rapporteur du Conseil, d'examiner le contrat de licence pour établir la réalité de la pratique d'entente ; qu'il ne peut, dans ces conditions, être reproché à l'Autorité de ne pas avoir accompli d'actes d'enquête liés à l'existence du contrat de licence ou à l'examen de ses stipulations ;

Que dans ces conditions, la prescription concernant la pratique d'entente reprochée aux sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser et dont le point de départ, non contesté, est le 9 décembre 2005, a été interrompue par les actes de saisine de l'Autorité de la concurrence le 15 novembre 2006, puis par la demande d'enquête le 19 novembre 2006, puis par les actes relatifs aux visites et saisies décrits dans l'exposé des faits ci-dessus (Ordonnances du JLD de Nanterre du 17 janvier 2007 et du 17 juillet 2007, arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2009, ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris, du 4 mars 2010, arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011) ; que les faits n'étaient donc pas prescrits lorsque la rapporteure générale de l'Autorité a notifié les griefs aux sociétés en cause, le 15 novembre 2012, ni lorsque l'Autorité de la concurrence a examiné les faits lors de sa séance le 1<sup>er</sup> octobre 2013, puis rendu sa décision le 18 décembre 2013 ;

Considérant enfin que les sociétés requérantes soutiennent qu'en retenant que la durée excessive de la procédure ne lui était pas imputable, l'Autorité a commis une erreur de droit manifeste qui l'a conduite à considérer de façon erronée que la prescription ne pouvait pas être acquise ;

Mais considérant que l'imputabilité du délai de procédure est un élément inopérant lorsqu'il s'agit de statuer sur le point de savoir si l'action de l'Autorité de la concurrence est, ou non, prescrite à la date à laquelle elle se prononce, en application de l'article L. 462-7 du code de commerce ; que l'application de cette disposition à des faits de plus de cinq ans à la date à laquelle se prononce l'Autorité, réclame seulement que soit établi si des actes interruptifs de prescription sont intervenus et, en application de l'alinéa 3, s'il ne s'est pas écoulé plus de dix ans entre la cessation des pratiques et le jour de la décision ;

qu'en l'espèce, l'existence de nombreux actes interruptifs de prescription relevés par l'Autorité dans sa décision rend surabondant le motif par lequel l'Autorité a exposé que la durée de la procédure était imputable aux recours exercés par la société Schering-Plough concernant les opérations de visites et saisies ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les moyens relatifs à la prescription ne sont pas fondés et doivent être rejetés ;

#### Sur l'atteinte aux droits de la défense

##### La durée de la procédure

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser exposent qu'un délai non raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où les entreprises ont su qu'elles auraient à en répondre est susceptible de constituer une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« CEDH ») et doit aboutir à une annulation de la procédure, lorsque ce délai porte une atteinte personnelle, effective et irrémédiable au droit de l'entreprise à se défendre ; qu'elles font valoir que tel a été le cas en l'espèce, puisque les faits reprochés sont simples à appréhender et d'une grande banalité et qu'il s'est écoulé sept ans durant lesquels l'un des salariés particulièrement impliqués dans les pratiques reprochées a quitté l'entreprise ; qu'elles ajoutent que la société Reckitt Benckiser a éprouvé des difficultés à retrouver la trace d'un courrier électronique demandé par les services d'instruction et qu'elles estiment que si l'affaire avait fait l'objet plus rapidement d'une enquête, elle aurait été en mesure d'apporter des éléments qui auraient démontré que la société Schering-Plough avait agi de façon exclusivement unilatérale et qui leur auraient permis de se défendre plus utilement ; qu'elles opposent que l'Autorité de la concurrence ne saurait invoquer la durée du litige sur la validité des actes de visites et saisies pour justifier le délai d'instruction, dès lors qu'avant que les opérations soient annulées par le juge des libertés et de la détention, les services d'enquête avaient par lettre du 3 mai 2007, proposé aux services d'instruction de venir consulter les pièces qui ont ensuite fait l'objet d'une restitution et que, de plus, ceux-ci disposaient de nombreux autres éléments de preuve qui avaient été déposés par la société Arrow dans le cadre de sa saisine et de son audition, puis de sa demande de mesures conservatoires, notamment plusieurs éléments relatifs au contrat conclu entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough ;

qu'elles soutiennent encore que quelle que soit l'imputabilité de la durée excessive de la procédure celle-ci a porté atteinte de manière personnelle, effective et irrémédiable à leurs droits de la défense et qu'en statuant comme elle a fait, l'Autorité a violé l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen en invoquant le contentieux des visites et saisies pour écarter le caractère excessif de la durée de la procédure ;

Considérant que la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure ou sa réformation, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, à moins qu'il ne soit démontré qu'une atteinte personnelle, effective et irrémédiable aux droits de la défense a été causée à une partie, qui s'en prévaut, par le dépassement d'un délai raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où elle a su qu'elle devrait en répondre ;

Considérant s'agissant du caractère raisonnable ou non du délai, qu'il n'est pas contesté que les pratiques d'entente reprochées aux sociétés Reckitt Benckiser ont été mises en œuvre entre le 5 octobre et le 9 décembre 2005 ; que l'Autorité n'a été saisie qu'une année plus tard, soit au mois de novembre 2006 de faits d'abus de position dominante de la part de la société Schering-Plough, lesquels se révéleront connexes à la pratique d'entente qui sera détectée au moyen d'éléments recueillis dans le cadre des visites et saisies ; que le contrat de licence conclu entre ces deux sociétés en 1997 ne constitue en rien un indice qui aurait dû conduire les services d'enquête à interroger la société Reckitt Benckiser ou à l'informer des poursuites dont la société Schering-Plough était l'objet et que les requérantes ne sauraient tirer argument de ce que l'existence de ce contrat était connue ;

Considérant que les opérations de visites et saisie diligentées dans le cadre de l'enquête ont généré un contentieux qui a débuté en janvier 2007 et s'est terminé le 29 juin 2011 par l'arrêt de la Cour de cassation qui a mis un terme définitif aux contestations sur la validité des opérations ; que jusqu'à l'ordonnance du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris, du 4 mars 2010, ordonnant la restitution à la DGCCRF de l'ensemble des pièces saisies, les services d'enquête et l'Autorité n'ont pu avoir accès aux pièces qui avaient été restituées en application de l'ordonnance du 17 juillet 2007 ; que dans ces conditions ce n'est qu'après le 4 mars 2010 que les services d'enquête ont pu entrer à nouveau en possession des pièces que la DGCCRF a transmis à l'autorité le 25 janvier 2011 ; que ce n'est donc que postérieurement à cette date que le rapporteur de l'Autorité de la concurrence a pu débuter l'instruction qui a donné lieu à la notification de griefs du 15 novembre 2012 parvenue à la société Reckitt Benckiser le 19 novembre 2012 ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que le dossier comportait 30 000 cotes ; que quand bien même n'ait-il concerné que les deux sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough et visé deux pratiques distinctes, connexes entre elles, le litige sur les opérations de visites et saisies, le nombre de pièces concernées, ainsi que la nécessité d'analyser le marché pertinent, l'existence d'une position dominante de la société Schering-Plough sur ce marché et les ressorts de l'entente entre elle et la société Reckitt Benckiser, ont rendu le dossier complexe ; que l'ensemble de ces éléments conduit à considérer que le délai de sept années écoulé entre, d'une part, la commission des pratiques qui n'ont été connues qu'une année plus tard, dans le cadre d'une procédure longue en raison de l'exercice des recours, d'autre part, la notification de griefs, n'est pas déraisonnable ;

Considérant par ailleurs que les sociétés Reckitt Benckiser ne rapportent pas la preuve, dont la charge leur incombe, que ce délai leur ait causé une atteinte personnelle, effective et irrémédiable en amoindrisant leurs droits de la défense ; qu'en effet, le fait que la société Reckitt Benckiser n'ait « *pu immédiatement retrouver la trace d'un courrier électronique demandé par les services d'instruction* » ne constitue pas une atteinte aux droits de la défense, puisqu'elle n'explique pas en quoi ce message était important pour l'exercice de ses droits, ni même n'avoir pu le retrouver à terme ; qu'elle ne précise pas en quoi le fait que son salarié M. Andy X... ait quitté l'entreprise et alors même qu'elle avait retrouvé ses coordonnées ait pu l'empêcher de recueillir les éléments nécessaires à l'exercice de sa défense ; qu'elle n'invoque ensuite que des conjectures sur des éléments qu'elle aurait pu retrouver pour répondre à la notification de griefs ; qu'elle n'apporte aucune précision de ce que seraient ces éléments et ce qu'ils lui auraient

permis de démontrer alors même qu'elle mentionne un document figurant dans les pièces du dossier dont elle tire la démonstration de ce que les pratiques de dénigrement mises en œuvre par la société Schering-Plough l'avaient été de façon unilatérale ;

Considérant que le fait que le rapporteur de l'Autorité de la concurrence aurait pu à l'invitation qui lui en était faite par les services d'enquête, le 3 mai 2007, consulter durant deux mois les pièces saisies avant que ne soit prononcée l'obligation de les restituer, ou même que des pièces figuraient dans la saisine et dans la demande de la mesure conservatoire et auraient permis au rapporteur de débuter son instruction, sont, quand bien même seraient-ils établis, inopérants à démontrer qu'une atteinte personnelle effective et irrémédiable aurait été causée aux droits de la défense des sociétés Reckitt Benckiser ;

*La discordance entre les griefs notifiés et l'incrimination finalement retenue par l'Autorité de la concurrence*

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent qu'il existe une différence substantielle entre le grief qui leur a été notifié et la décision les sanctionnant ; qu'elles précisent à ce sujet que le grief notifié incriminait la mise en œuvre d'une pratique d'entente complexe et continue visant à entraver l'accès des médicaments génériques de Subutex au marché français de la BHD en ville en mettant en œuvre des accords ou pratiques concertées ayant consisté à dénigrer le générique de la société Arrow et à octroyer aux pharmaciens d'officine des avantages financiers fidélisants, alors que la décision les a sanctionnées pour un accord dont l'objet était de préparer ou faciliter la mise en œuvre unilatérale par Schering Plough d'une stratégie de dénigrement et de fidélisation ;

qu'elles font valoir que la décision litigieuse, sanctionnant une participation à des discussions ayant servi d'élément de préparation à un abus de position dominante ultérieur et non la mise en œuvre d'une pratique, soulève ainsi des questions de fait et droit non débattues avant son adoption et contre lesquelles elles n'ont pu utilement se défendre ;

Considérant qu'ainsi que le soutiennent les requérantes la pratique sanctionnée consiste dans le fait d'avoir « (...) conclu un accord visant à retarder et dissuader l'entrée du générique sur le marché en cause au moyen, d'une part, de la tenue d'un discours dénigrant relatif à la mise en cause auprès des médecins et pharmaciens de la bioéquivalence des génériques concurrents de Subutex, sur les risques pour la santé des patients (mésusage et instabilité psychiatrique) en cas de commercialisation de ces génériques, et sur l'accroissement du « trafic » qui résulterait de cette commercialisation et, d'autre part, du recours à des pratiques commerciales à caractère fidélisant à destination des pharmaciens afin de saturer leurs linéaires » (§ 451), alors que le grief notifié était rédigé dans les termes suivants : « d'avoir participé à une entente complexe et continue sur le marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, entre octobre 2005 et fin juillet 2006, visant à entraver l'accès des médicaments génériques de Subutex au marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, en mettant en œuvre des accords ou pratiques concertées ayant consisté à : dénigrer la buprénorphine haut dosage générique de la société Arrow générique et à octroyer aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant, et notamment des rémunérations pour services distincts, sans contrepartie économique qui les justifie. (...) » ;

Considérant que si la décision a retenu un grief consistant dans la participation à l'élaboration des pratiques d'abus de position dominante, et non celui notifié d'avoir participé aux pratiques d'abus elles-mêmes, cette réduction du champ du grief qui s'appuie sur les éléments de fait contenus dans la notification de griefs, ainsi que dans le rapport du rapporteur, et qui tient compte des objections et explications apportées par les sociétés Reckitt Benckiser dans le cadre de leur défense, ne peut avoir porté atteinte aux droits de la défense de celles-ci ; que les requérantes ne précisent d'ailleurs pas les éléments de fait qu'elles auraient invoqués, ni les moyens de droit qu'elles auraient soutenus pour défendre leurs droits, sans pouvoir le faire ;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que les moyens pris d'une violation des droits de la défense ne sont pas fondés et doivent être rejetés ;

## Sur le fond

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser contestent, à titre liminaire, l'affirmation de l'Autorité de la concurrence et figurant dans la décision, selon laquelle en l'absence de contestation des griefs par la société Schering-Plough, elle pouvait considérer l'infraction d'entente établie et n'avait qu'à établir la participation des sociétés Reckitt Benckiser.

Que cependant, la décision ne comporte pas l'affirmation selon laquelle l'Autorité de la concurrence n'aurait qu'à établir la participation des sociétés Reckitt Benckiser à une entente qui serait démontrée par la seule non contestation des griefs par la société Schering-Plough ; que l'Autorité après avoir rappelé les principes applicables concernant la qualification d'une entente anticoncurrentielle, s'est appliquée à motiver dans sa décision l'existence d'un concours de volonté entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering Plough et l'objet anticoncurrentiel de ce concours de volonté tant en ce qui concerne le dénigrement que les pratiques commerciales ; qu'en revanche, c'est à juste titre que l'Autorité a relevé pour chacune des pratiques de dénigrement et de remises (§ 467 et 476) que la société Schering-Plough ne contestait pas avoir conclu un accord ayant pour objet la mise en œuvre de ces pratiques ;

Considérant que les sociétés requérantes font valoir que l'Autorité de la concurrence aurait commis une erreur de droit en retenant, d'une part, l'existence d'un accord de volontés entre les sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser, d'autre part, l'existence d'une restriction de concurrence par objet ; que ces deux reproches seront examinés tour à tour ;

### Sur l'existence d'un accord de volonté

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser reprochent à l'Autorité d'avoir considéré qu'un accord existait à compter du 5 octobre 2005, tout en reconnaissant que la société Schering-Plough avait toujours le choix de ne pas appliquer ultérieurement cette stratégie, et que celle-ci s'était comportée de façon unilatérale, ce qui est contradictoire ; qu'elles ajoutent que l'Autorité a également commis une erreur de droit en considérant que l'objet de ce concours de volonté était restrictif de concurrence et qu'elle a commis une erreur d'appréciation en considérant qu'un accord avait pu être conclu dès le 5 octobre 2005 ;

Considérant que la décision relève (paragraphes 435 à 438) qu'il résulte de courriers électroniques échangés entre les responsables de la société Schering-Plough Corp. et de la société Reckitt Benckiser, les 30 septembre et 5 octobre 2005, que ces sociétés se sont échangés un document intitulé «*plan d'optimisation des performances* » au sein duquel figurent plusieurs pages extraites d'un document «*PowerPoint* » établi par la société Schering-Plough Corp. et repris par la société Reckitt Benckiser ; que ce document figurant dans les deux échanges, reproduit dans la décision (paragraphe 436), est intitulé «*Subutex Performance Optimizations in France* », soit «*Optimisation des performances du Subutex en France* » et se présente comme un tableau qui comporte trois colonnes, dont la première est intitulée «*Delay/Discourage Generics entry* », soit «*Retarder/Décourager l'entrée des génériques* » et la seconde «*Minimize Generics Inroad* », soit «*Réduire l'incursion [ou la pénétration] des génériques* » ; que la première colonne comporte, sous son titre, des flèches renvoyant chacune à une action comme par exemple «*questions de santé* » (Healthcare issues), «*sécurisation des vendeurs de génériques* » (Secure generics players), «*Management de la sécurité des médicaments* » (Drug Safety management), «*Marques génériques* » et que, de la même façon, la seconde colonne précise «*Stratégies de vente en pharmacie* » (Selling in strategies in pharmacies), «*Programmes de fidélisation de la clientèle* » (Customer's loyalties Programs) ; que ces intitulés qui font écho aux pratiques de dénigrement et d'octroi de rabais de fidélisation, mises en œuvre ensuite par la société Schering-Plough, montrent que dès le mois d'octobre 2005, les deux sociétés en cause avaient ensemble étudié la mise en place de ces comportements dans le but de «*Retarder/Décourager l'entrée des génériques* » et de «*Réduire l'incursion des génériques* » ; que la décision ajoute (paragraphe 440) que le document de la société Reckitt Benckiser précise sous le thème de l'identification des «*catégories de patients pour qui un changement d'ordonnance peut entraîner un risque élevé, c'est-à-dire l'injection, la comorbidité, notamment pour les patients en traitement psychiatrique, et sensibiliser les docteurs sur le risque par les forces de vente* » et que, «*[q]uand un générique est disponible, obtenir aussi vite que possible un exemplaire afin d'analyser et d'identifier tout* »

*risque potentiel, c'est-à-dire la différence d'excipients* » ; que ces échanges démontrent un accord de volontés des sociétés Shering-Plough et Reckitt Benckiser pour mettre en place une stratégie destinée à entraver l'entrée des génériques du Subutex ou encore à en réduire le développement sur le marché et, qu'en ensemble, elles ont échangé des idées d'actions permettant de mettre en œuvre cette stratégie, parmi lesquelles le dénigrement des génériques et des remises fidélisantes, ainsi qu'il sera examiné dans les développements suivants ; que cet ensemble d'éléments traduit bien l'existence d'un accord de volonté des sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser ;

que la maîtrise par la société Schering-Plough de la décision finale d'exécuter, ou pas, la stratégie ainsi définie, ou encore de la façon de réaliser les actions, n'exclut pas qu'un concours de volonté ait existé entre ces deux parties pour faire obstacle par divers moyens, dont ceux qui ont été mis en œuvre, à l'entrée des génériques de Subutex sur le marché, ou encore pour en réduire le développement ; que, par ailleurs, l'insistance que celle-ci a pu exprimer quant à l'obligation de la société Reckitt Benckiser de respecter sa liberté d'action sur les territoires de distribution que lui confiait le contrat de licence n'apporte pas la démonstration de ce qu'en l'occurrence, face à la perspective d'entrée sur le marché des génériques du Subutex, les parties n'ont pas conclu d'accord sur la stratégie à adopter qu'enfin, le fait que le contrat de licence, conclu à l'origine de leurs relations en 1997, ait été licite est sur ce point sans aucun effet ;

Considérant que le principe énoncé par les jurisprudences européenne et interne, ainsi que par les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales et selon lequel « *la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en œuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation* », concerne un type d'entente par lequel un distributeur exécute un comportement anticoncurrentiel auquel l'a invité son distributeur, sans qu'existent d'autres éléments que l'invitation et l'exécution pour rapporter la preuve de l'accord, mais qu'il n'en demeure pas moins que d'autres configurations d'ententes peuvent exister dans une relation verticale entre un opérateur qui accorde une licence d'exploitation à un distributeur telle que, comme en l'espèce, la définition en commun d'une stratégie d'entrave et de comportements de mise en œuvre de celle-ci ;

que si l'exécution des pratiques, ainsi que les modalités de cette exécution, ont procédé d'une décision unilatérale de la société Schering-Plough qui aurait pu décider de ne pas la prendre en dépit de l'accord intervenu avec la société Reckitt Benckiser, cela n'exclut pas que cet accord de volonté préalable soit pourtant intervenu ; que la décision précise à ce sujet (paragraphe 661) seulement que c'est la mise en œuvre de l'abus de position dominante qui a procédé d'une action unilatérale de la société Schering-Plough et non sa conception ; que dans le compte rendu de la réunion du 9 décembre 2005 adressé par la responsable de la société Schering-Plough le 12 décembre suivant, celle-ci se réjouit d'avoir atteint les objectifs de la réunion qui étaient d'*« aligner les points de vue sur le plan d'optimisation français »*, elle précise aussi qu'un accord a été atteint sur *« les actions clés pour SP (Schering-Plough) et RB (Reckitt Benckiser) pour exécuter ce plan »*, ainsi que sur *« la stratégie pour le Subutex FDT en France »* et conclut *« Je pense que nous avons accompli nos missions pour ce jour et nous avons à présent à exécuter notre plan d'action »* (*« I think that we accomplished our goals for the day and we now need to execute our action plan »*) ; que ce document met en évidence qu'un accord de volonté est intervenu entre les parties à la discussion sur la conduite à adopter pour le Subutex et que le plan défini devait être mis en œuvre ; que le rapprochement entre ces phrases et la présentation du «PowerPoint» décrite ci-dessus, démontre l'accord de volontés entre les parties sur la mise en œuvre de comportements destinés à entraver l'entrée des génériques de Subutex sur le marché, sans qu'importe que leurs positions aient pu ne pas être totalement « alignées » avant la réunion du 9 décembre 2005 ;

Considérant que contrairement à ce que soutiennent les sociétés Reckitt Benckiser, les éléments discutés ne se limitaient pas à des « *échanges verticaux parfaitement pro-concurrentiels entre un fournisseur et un distributeur (...)* » ; qu'en effet, si un opérateur en position dominante est en droit de défendre ses parts de marché, ce droit doit s'exercer dans les limites du libre jeu d'une concurrence loyale ; qu'ainsi que le relève la décision au paragraphe 440, le document communiqué le 5 octobre 2005 par la société Reckitt Benckiser comporte plusieurs mentions relatives à la nécessité, dès qu'un générique est disponible, de « (...) l'analyser et d'identifier tout

*risque potentiel lié à la différence d'excipients avec le princeps (...)» et de « (...) communiquer les résultats aux médecins et pharmaciens (...)», alors que l'accomplissement de ces analyses et comparaisons incombe à l'autorité de contrôle des médicaments qui délivre les autorisations de mise sur le marché et non aux laboratoires ou aux distributeurs des médicaments princeps ; que le rapprochement entre cet objectif et les intitulés du document «PowerPoint» rappelés ci-dessus («*Retarder/Décourager l'entrée des génériques*» et «*Réduire l'incursion des génériques*»), ainsi que les pratiques ensuite mises en œuvre par la société Schering-Plough, démontrent que dans les discussions, puis dans l'accord intervenu entre les parties, la mise en œuvre d'un discours dénigrant des génériques qui entreraient sur le marché était convenue ;*

que par ailleurs, les documents échangés et décrits aux paragraphes 441 et 442 de la décision mentionnent la nécessité de l'octroi de remises aux pharmaciens à un taux suffisamment élevé pour les « (...) *Influencer dans leurs habitudes de substitution* (...)» et de les conduire à « (...) *constituer un stock suffisant* (...) *Avant le lancement du générique* (...)» ; que la première mention exprime de façon suffisamment explicite la volonté d'empêcher autant que possible la substitution du princeps par le générique, et que la seconde ne peut s'interpréter que comme visant à saturer les linéaires des pharmacies, puisque l'arrivée d'un générique sur un marché a pour effet, lorsqu'aucune mesure d'empêchement n'est prise par la concurrence, de diminuer la demande de princeps et qu'il n'était, dans l'ordre normal des choses, en prévision de cet événement, nullement nécessaire que les pharmaciens aient lors de l'arrivée des génériques « *un stock suffisant* » ; que les échanges qui comportent ces indications démontrent, eux aussi, par le rapprochement avec les intitulés du document «PowerPoint» rappelés ci-dessus, ainsi que les pratiques ensuite mises en œuvre par la société Schering-Plough, que dans les discussions, puis dans l'accord intervenu entre les parties, la mise en œuvre de remises fidélisantes destinées à entraver l'entrée sur le marché des médicaments génériques de Subutex était convenue ;

Considérant encore que l'élaboration commune de la stratégie à adopter et les mentions relatives à l'accord des parties reprises ci-dessus démontrent, à tout le moins, l'acquiescement de la société Reckitt Benckiser à la stratégie d'entrave au libre jeu de la concurrence au détriment des génériques de Subutex et qu'il est, dès lors, sans portée que la mise en œuvre des comportements objet de l'accord des volontés ait été unilatéralement exécutée par la société Schering-Plough ;

#### Sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent qu'en l'absence des abus de position dominante de Schering-Plough, un éventuel accord entre celle-ci et la société Reckitt Benckiser aurait clairement été dépourvu de tout objet anticoncurrentiel ;

qu'à titre liminaire, elles font valoir que la décision énonce dans plusieurs paragraphes un objet de l'accord différent ; qu'elles en tirent la conclusion que l'Autorité a qualifié une entente par objet, au regard non des éléments de la discussion avec la société Schering-Plough, mais au regard des abus de position dominante que celle-ci a commis ensuite ;

que, cependant, il n'est pas révélateur d'un «*hiatus*» qui démontrerait une analyse erronée de l'objet de l'accord intervenu d'avoir considéré que cet objet était «*de préparer*» ou «*faciliter*» la mise en œuvre d'abus de position dominante de la part de la société Schering-Plough (paragraphes 257 et 259) ou « (...) *de préparer la mise en œuvre unilatérale par Schering-Plough d'une stratégie de dénigrement du générique du Subutex et de fidélisation des pharmaciens* » (paragraphe 660) ou «*de limiter l'entrée du générique, mis au point par Arrow, juste avant son autorisation de mise sur le marché en mars 2006, alors que Schering-Plough détenait 100 % du marché de la molécule* », ou encore d'avoir précisé que l'objet de l'accord était d' «*entraver l'accès de la Buprénorphine Arrow au marché* » par la mise en œuvre d'une pratique de dénigrement (paragraphe 467) et d'une pratique de saturation des linéaires des pharmaciens figurant parmi les plus importants dispensateurs de Subutex (paragraphe 476) ; qu'en dépit de ces différences de terminologie, qui ne révèlent pas d'incohérence de l'analyse, les éléments relevés dans les développements précédents démontrent suffisamment que les parties ont exprimé entre elles un accord de volontés que soit exécuté un plan stratégique visant à «*Retarder/Décourager l'entrée des génériques*» et «*Réduire la pénétration des génériques*» et

que parmi les actions préconisées dans le cadre de ce plan figuraient des pratiques de dénigrement et de remise fidélisantes ; que l'objet de l'accord était donc bien de préparer la mise en œuvre des pratiques d'abus de position dominante de la part de la société Shering-Plough, dans le but d'entraver l'entrée des génériques de Subutex sur le marché et de limiter leur progression ; que si, pour une raison ou une autre, cette société n'avait pas exécuté le plan prévu par l'accord de volonté, celui-ci n'aurait pas eu d'effet, mais il aurait néanmoins eu l'objet précédemment relevé ; qu'en tout état de cause, si dans la réalité des faits le dommage à l'économie a été causé par la seule mise en œuvre des pratiques par la société Schering-Plough, il n'en demeure pas moins que l'objet a préexisté à l'action de celle-ci et qu'il existe un lien de causalité entre la préparation de l'accord de volonté, sa conclusion et la mise en œuvre qui en a été faite, sans qu'importe le fait que la société Schering-Plough aurait pu décider de ne pas y procéder ;

Considérant que l'objet de l'accord était, ainsi qu'il sera précisé dans les développements qui suivent, anticoncurrentiel et que dans ces conditions cet accord de volonté a bien constitué une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

Considérant qu'ainsi qu'il a déjà été précisé précédemment, si des opérateurs économiques confrontés à l'apparition d'un produit concurrent sont en droit d'adopter une stratégie de défense de leurs parts de marché, ce principe ne saurait les autoriser à mettre en œuvre des pratiques qui faussent artificiellement le libre jeu de la concurrence et que s'il en était besoin, la cour relève que l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée sur les marchés de médicaments des génériques, qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique ;

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent encore qu'une pratique de dénigrement ne peut être appréhendée au regard de la prohibition des ententes et être qualifiée de restriction par objet, puisque pour être qualifié de dénigrement un discours commercial doit être de nature à influencer la structure du secteur ce qui implique qu'il convient d'appréhender la pratique au regard de ses effets attendus ou réels sur la structure de la concurrence et sur la position des concurrents des membres de l'entente ; qu'elles ajoutent que les éléments de la discussion entre la société Reckitt Benckiser et la société Schering-Plough ont été qualifiés de dénigrement au termes de plusieurs erreurs manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'un accord de volonté entre deux ou plusieurs parties pour convenir d'une stratégie dans le cadre de laquelle il est prévu que l'une d'entre elles mettra en œuvre une pratique de dénigrement d'un concurrent, afin d'empêcher, ou rendre plus difficile, son accès puis son développement sur un marché, est susceptible de constituer une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ; qu'il importe peu que l'une des parties à cette entente ne soit pas en concurrence directe avec l'opérateur visé par la pratique ; que, par ailleurs, si le dénigrement pour être qualifié selon le droit de la concurrence suppose, comme le soutiennent les requérantes, que les propos tenus contre la personne ou le service dénigré visent à dégrader leur position sur le secteur économique dans lequel ils interviennent et qu'il convient donc d'analyser au moins les effets attendus par les auteurs des informations en cause, il n'en demeure pas moins que convenir de diffuser des propos qui sont de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre un produit concurrent, afin d'affaiblir sa position sur un marché, constitue une pratique restrictive de concurrence par son objet ;

Qu'en l'espèce, si les éléments relevés dans le cadre des échanges entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough ne comportent pas explicitement d'indications selon lesquelles cette dernière diffuserait des informations de nature à jeter le discrédit sur les génériques de Subutex au moyen de la diffusion d'informations inexactes ou subjectives à son encontre, elles précisent néanmoins que dès qu'un générique sera disponible, il conviendra de « (...) l'analyser et d'identifier tout risque potentiel lié à la différence d'excipients avec le princeps (...) » et de « (...) communiquer les résultats aux médecins et pharmaciens (...) » ; que cette

prescription d'analyse comparative et de détection des «*risques potentiels* », alors que cette mission n'est aucunement confiée aux laboratoires fabricants de médicaments princeps, mais qu'il existe une autorité spécifiquement chargée des contrôles de sécurité et qui délivre les autorisations de mises sur le marché aux génériques, montre qu'il était convenu entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough de chercher à exploiter auprès des médecins et pharmaciens les risques potentiels que pourraient faire courir les génériques de Subutex et qui seraient de nature à amoindrir la confiance de ces personnels médicaux pour ces génériques ; que dans ces circonstances, il est sans portée que la société Reckitt Benckiser ait invité à une analyse au regard d'une étude existante, dont elle ne précise d'ailleurs pas l'objet, ou qu'elle ait ajouté que les études devaient porter sur l'apparence du générique, sa dissolution et ses excipients ; que de plus, il convient de relever que si les sociétés en cause avaient réellement voulu limiter leurs analyses à détecter un réel risque potentiel dans l'apparence, la dissolution ou les excipients des génériques, elles auraient dû prévoir alors d'en informer l'autorité chargée de la délivrance des autorisations de mise sur le marché et non uniquement les pharmaciens et les médecins ;

Que le message, intitulé «FW intelligence », adressé le 30 juin 2006 par M. Picard de la société Reckitt Benckiser à l'un des responsables de la société Schering-Plough et dans lequel l'auteur du message demandait à son correspondant s'il était exact que cette société aurait diffusé des informations dénigrant sur les génériques de Subutex («*So Gilles how much of this is true ?* ») ne permet pas, compte tenu des éléments précédemment retenus, de considérer que la société Reckitt Benckiser aurait découvert par hasard la mise en œuvre de telles pratiques et qu'elle n'a pas exprimé un accord de volonté sur cette mise en œuvre ;

Qu'au regard de l'ensemble de ce qui précède, les sociétés Reckitt Benckiser ne sauraient de bonne foi soutenir que la société Schering-Plough aurait seule pris la décision de diffuser un discours dénigrant qu'il s'en déduit que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant par une motivation que la cour adopte pour le surplus, que les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough avaient convenu de retarder l'entrée sur le marché des génériques par la mise en œuvre de pratiques de dénigrement ;

Considérant, enfin, que les sociétés requérantes contestent que la discussion entreprise sur la pratique commerciale de rabais puisse être analysée comme ayant un objet anticoncurrentiel ; qu'elles font valoir que les discussions ne visaient qu'à élaborer un ensemble compétitif capable de rivaliser avec le générique qui bénéficie d'un prix inférieur pour le consommateur tout en garantissant la marge des pharmaciens ; qu'elles ont pour ce faire, évoqué la possibilité de supprimer un intermédiaire – le grossiste répartiteur – pour distribuer le Subutex en vente directe et ainsi limiter la perte des parts de marchés, pratique alors non encadrée par la réglementation officielle et sollicitée par les pharmaciens ; qu'elles se prévalent en outre du caractère non restrictif de concurrence de l'octroi de remise supplémentaire ;

que les sociétés requérantes affirment aussi que l'ADLC aurait commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation ; qu'elle a mal interprété l'expression «*pousser les stocks de Subutex avec des offres commerciales. L'objectif est d'avoir 3 mois de stock*», ce qui visait à résoudre des problèmes d'approvisionnement et non la saturation des linéaires ; qu'il était logique de réserver l'offre de remises aux officines qui commandaient les plus grandes quantités pour assurer l'efficience du coût supplémentaire induit par la vente directe ;

qu'elles ajoutent que les discussions ont porté sur la réallocation de la marge des grossistes répartiteurs, non réglementée à l'époque, et que la présentation «PowerPoint» n'indiquait pas la possibilité de fournir des remises contre des services fictifs, mais insistait au contraire sur la nécessité de valoriser chaque service pour déterminer les remises à octroyer ;

Considérant, cependant, qu'outre les éléments d'objectifs au moyen de «*Stratégies de vente en pharmacie*» (Selling in strategies in pharmacies) et «*Programmes de fidélisation de la clientèle* » (Customer's loyalties Programs) exprimés dans le document intitulé «*plan d'optimisation des performances* » et dans les extraits du «*PowerPoint* » mentionnés dans le cadre des développements consacrés à l'accord de volontés ci-dessus, la décision critiquée relève notamment, que ce document comportait aussi une page qui présentait, dans le cadre de la

stratégie envisagée, l'action de limitation de la pénétration des génériques par la constitution de stocks de Subutex pour une durée de trois mois («*Objective / impact - Push Subutex stocks with commercial offer. Goal is 3 months stock*», cote 4781) grâce à des offres commerciales et des programmes assurant la «*loyauté*» des pharmaciens ; qu'il n'est pas contesté par les sociétés Reckitt Benckiser que le stock habituellement détenu pour le Subutex était en moyenne de cinq à dix jours (paragraphe 140) ;

qu'en outre la décision indique (paragraphe 442) que la présentation de la société Reckitt Benckiser comporte une diapositive intitulée «*Pharmacie : exposé du calendrier*» qui recommande, dans un développement relatif au «*Pack commercial pour le 1er trimestre 2006*», d'*«impulser le stock initial»* et précise ensuite que l'objectif est de «*fournir aux pharmaciens des remises au comptant de courte durée afin d'assurer un stock suffisant en place avant le lancement du générique*» ; que l'ensemble de ces éléments ont conduit l'Autorité à considérer, par une exacte motivation que la cour adopte, que l'objectif poursuivi était la saturation des linéaires des pharmaciens qui par voie de conséquence ne pouvaient que se détourner des ou du générique de Subutex ; qu'il convient de rappeler à ce sujet qu'ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence dans sa décision (paragraphe 414) «*le linéaire de l'officine et la place nécessairement limitée dédiée au stockage des médicaments en font une ressource rare en regard des milliers de références de médicaments que le pharmacien doit tenir à la disposition des consommateurs*» et que dans ces conditions, la constitution de stocks très importants et inhabituels à constituer «*avant le lancement de générique*» ne pouvaient avoir pour objectif que de dissuader les pharmaciens d'officine à substituer le princeps par un générique ;

Considérant que si l'un des documents intitulé «*Plan optimisation des performances*» propose d'élaborer un «*ensemble compétitif*» consistant à «*fournir un ensemble complet de services qui ait une valeur aussi grande ou plus grande que celle du générique*» («*deliver a full service package that provides an equal or greater value compared with a generic*»), il n'en demeure pas moins que les remises quantitatives rappelées ci-dessus avaient pour objectif de conduire les pharmaciens à constituer des stocks dont l'intérêt pour eux n'est en rien expliqué et moins encore démontré ; qu'il en est de même des exemples de services cités par la société Reckitt Benckiser dans sa présentation du 5 octobre 2005; que si la suppression du stade intermédiaire de vente que constituait les répartiteurs pharmaceutiques pour une fourniture directe des pharmaciens a été envisagée dans le cadre des discussions, afin de permettre une augmentation de la marge des pharmaciens, il n'est pas expliqué en quoi cette suppression devait s'accompagner de stocks pour une durée de trois mois ; qu'enfin l'Autorité de la concurrence n'a pas reproché à la société Schering-Plough d'avoir offert des rabais accordés en fonction du volume des produits achetés, mais d'avoir accordé ces remises en les justifiant par des services prétendument rendus par les pharmaciens dont la réalisation n'a pas été démontrée et alors qu'elles avaient pour objectif de saturer les linéaires des pharmaciens, afin de retarder l'entrée sur le marché des génériques, ce qui constitue bien un objet anticoncurrentiel ; que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de droit sur ce point ;

Considérant que les sociétés Reckitt Benckiser ne rapportent aucune preuve de ce que le but assigné à l'incitation des pharmaciens à la constitution de stocks était de résoudre des problèmes d'approvisionnement qu'elles auraient identifiés ; que la pièce qu'elles invoquent à ce sujet, extraite d'une étude établie pour la société Reckitt Benckiser par la société A+A, mentionne de façon générale sous un titre «*Les actions à envisager*» et dans une liste de onze points «*(pb de l'approvisionnement)*», sans aucune autre précision sur la nature de ces problèmes, la date à laquelle ils auraient été constatés, ni leur nombre, et ne rapporte pas la preuve de l'existence de problèmes, qui n'ont, de plus, jamais été évoqués dans le cadre des discussions avec la société Schering-Plough ; que dans la mesure où le stock habituel était de cinq à dix jours, ainsi qu'il a été précédemment relevé, elles ne sauraient reprocher à l'Autorité de ne pas avoir vérifié qu'un stock équivalent à trois mois d'approvisionnement était effectivement de nature à saturer les linéaires ; que par ailleurs le fait d'avoir réservé les remises quantitatives aux seuls pharmaciens représentant les clients les plus importants ne fait que renforcer l'analyse selon laquelle l'objectif poursuivi était d'entraver l'accès au marché des génériques et non de rendre un service ou d'accorder un avantage aux clients pharmaciens ; que cette réserve ne saurait être justifié par le coût qu'aurait revêtu pour elle le recours à la vente directe et qui n'est d'ailleurs pas

démontré ;

Considérant enfin et à titre surabondant qu'aucun des éléments échangés dans le cadre des discussions ne démontre que les parties se seraient bornées à examiner la façon d'allouer aux pharmaciens une part de la marge du grossiste répartiteur, ce qui aurait d'ailleurs pu se faire indépendamment de l'octroi de remises quantitatives si tel avait bien été le sens des discussions et ce que démentent, en outre, les éléments précédemment relevés ; que, de plus, s'il est précisé dans les pages du « PowerPoint » du 5 octobre 2005 que les remises seront octroyées en échange de services rendus par les pharmaciens et qu'il n'est pas dit que ces services seront ou pourront être fictifs, ce document comporte la précision, déjà relevée, que les remises devront inciter à constituer trois mois de stock, ce qui, ainsi qu'il a déjà été dit, ne constitue nullement un service rendu aux pharmaciens ; que la mention selon laquelle il fallait « prendre soin de ne pas adopter de mesures anti-génériques » figurant dans le même document n'est ni de nature, ni suffisante, à démontrer que la société Reckitt Benckiser n'aurait pas participé à l'élaboration du plan mis en œuvre par la société Schering-Plough et n'aurait pas exprimé l'accord de volonté qui lui est reproché ;

Considérant qu'il se déduit de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence n'a commis ni erreur de droit, ni erreur d'appréciation en considérant par une motivation que la cour adopte pour le surplus, que les sociétés Reckitt Benckiser et société Schering-Plough avaient convenu de retarder l'entrée sur le marché des génériques par la mise en œuvre de pratiques de remises commerciales de nature fidélisante ;

Qu'il s'ensuit que le recours doit être rejeté ;

#### **Sur les frais irrépétables**

Considérant qu'aucun élément du dossier ne conduit à considérer qu'il serait inéquitable de laisser à la charge des sociétés Reckitt Benckiser les frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que leur demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile doit en conséquence être rejetée ;

#### **PAR CES MOTIFS**

**REJETTE** les recours formés par les sociétés Reckitt Benckiser PLC et Reckitt Benckiser Healthcare contre la décision n° 13-D-21 de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2013 ;

**REJETTE** la demande des sociétés Reckitt Benckiser PLC et Reckitt Benckiser Healthcare au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

**CONDAMNE** les sociétés Reckitt Benckiser PLC et Reckitt Benckiser Healthcare aux dépens ;

DIT qu'en application de l'article 15-2 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, le présent arrêt sera transmis à la Commission européenne ;

**LE GREFFIER,**

**P/LE PRÉSIDENT,**

**Benoit TRUET-CALLU**

**Valérie MICHEL-AMSELLEM**