



HAL
open science

Droit de la concurrence

Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Droit de la concurrence. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2021. hal-03358643

HAL Id: hal-03358643

<https://hal.science/hal-03358643v1>

Submitted on 29 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Droit de la concurrence

L'intrusion des pouvoirs publics dans les rapports de concurrence détermine une ligne de partage dont le tracé alimente régulièrement cette rubrique. Elle conduit à la mise en œuvre de règles que les entreprises sont tenues de respecter dans un contexte donné, alors même qu'elles auraient envisagé ou souhaité s'y soustraire.

Si la permanence de ce dispositif est en elle-même tout un symbole, ses conséquences sont également révélatrices des enjeux d'une politique cohérente en la matière¹. Il convient à ce titre de suivre les initiatives officielles prises pour cantonner la liberté normalement reconnue aux opérateurs économiques à l'intérieur de justes limites. Nombre d'éléments sont alors à prendre en considération. Tout d'abord, l'exercice de la concurrence est aux mains d'acteurs qui ne partagent pas nécessairement les mêmes priorités, même à l'intérieur d'un domaine aussi sensible que celui de la santé. Ensuite, leurs initiatives peuvent être diversement appréhendées au regard d'un contenu qui doit être intégralement « décrypté » pour en déterminer la valeur. Or, sur ce point, l'expérience montre l'ingéniosité, pour ne pas dire plus, de certaines opérations qui appellent des autorités ou instances compétentes une maîtrise parfaite des données en cause.

Il reste à examiner une nouvelle fois les modalités de la transposition des dispositions en vigueur à des situations concrètes dont la répétition n'emporte pas pour autant la rigoureuse identité. L'intervention des autorités ou instances compétentes a cherché plus précisément à rétablir la concurrence là où elle le devait **(1)** et la renouveler là où elle le pouvait **(2)**.

1. Santé et rétablissement de la concurrence

L'exigence de liberté qui préside normalement aux échanges noués par les entreprises prévaut en principe sur toute autre considération. Dans cette optique, comme il a pu

être observé dans cette rubrique², il peut paraître surprenant de mettre en avant un rétablissement de la concurrence là où elle n'aurait jamais dû disparaître... Pourtant un tel regard s'impose en considération de situations controversées. Les pouvoirs publics gardent en effet logiquement la main sur l'appréciation de conduites à risques pour la collectivité. Encore faut-il, en dernière analyse, que soient respectées les limites d'une nécessaire rigueur.

La réponse ne peut dès lors qu'être nuancée. Les litiges mettant en cause l'exercice de professions de santé ont conduit en vérité les juges à rétablir l'ordre des choses en considération du respect ou non des contraintes susceptibles de leur être imposées. Ils ont à ce titre été amenés à se prononcer en faveur de la levée d'obstacles à la concurrence qui leur paraissaient infondés **(A)** ou, au contraire, à sanctionner ceux commis au mépris des interdictions imposées par les textes **(B)**.

A. De la levée d'obstacles à la concurrence

Il a déjà été observé dans ces lignes que le principe de libre concurrence pouvait entrer en conflit avec des restrictions imposées par l'emprise de règles spécifiques à une activité donnée pour en préserver le bon exercice. Une telle hypothèse conduit de toute évidence à un arbitrage délicat entre des normes dont la portée doit être de part et d'autre strictement définie.

Il s'agit en toute hypothèse d'évaluer la raison d'être de certaines réglementations susceptibles de freiner ou d'interdire dans un contexte donné les initiatives revendiquées par ses différents acteurs. Le débat, d'une certaine façon, est récurrent. Mais aujourd'hui, il est clairement relancé par une vision plutôt libérale des choses. En d'autres termes, des décisions récentes révèlent que doivent « tomber » des barrières qui entravent indûment l'exercice de la concurrence en particulier dans le domaine de la santé. Le changement survenu tient à une double reconnaissance : celle de compétences nouvelles **(a)** et de modes d'action jusqu'alors écartés **(b)**.

a) De la reconnaissance de compétences nouvelles

Le seuil des exigences imposées par l'État à la pratique de certains actes à visée médicale ou esthétique est par définition une question sensible. Il en résulte en effet une sorte de « sélection » dont le bien-fondé peut être contesté au regard de la pertinence des critères qui doivent y présider. Un exemple de cette difficulté a précédemment été donné dans ces lignes en ce qui concerne le niveau des qualifications requises pour pratiquer l'épilation au laser ou à la lumière

1 - Cf. sur l'ensemble de la question N. Mathey, Les finalités du droit de la concurrence – Essai de téléologie du droit Contrats Concurr. Consomm. 2020 dossier 13.

2 - Cf. [JDSAM 2020 n° 25](#) p.124 avec nos observations.

pulsée³. D'autres éléments de réponse sont intervenus depuis lors dans une perspective qui conforte l'influence de données en faveur d'une ouverture de la concurrence (1°) dans l'attente d'une consolidation renforcée (2°).

1° Dualité d'approches

Le point de départ de l'analyse est connu. Il conduit à s'interroger sur la valeur des dispositions en vigueur qui réservent aux médecins l'aptitude à réaliser certains actes d'épilation. En vérité, la simplicité de la question n'est qu'apparente. Tout dépend en effet du contexte dans lequel elle est effectivement posée.

Il peut tout d'abord arriver, on s'en souvient, que soit contesté le bien-fondé de la restriction imposée par la réglementation en vigueur. Dans ce contexte, le Conseil d'État s'était prononcé dans un sens favorable aux demandeurs en considérant que la disposition litigieuse échappait à toute logique et toute nécessité au regard de l'objectif poursuivi.

Mais il peut également se faire que le débat soit placé sur un autre terrain qui impose l'examen de la responsabilité pénale pour exercice illégal de la médecine de l'agent ayant procédé à la pratique litigieuse sans détenir la qualification requise. Il va pour ainsi dire de soi qu'une telle qualification ne peut jouer qu'au regard d'un texte « incontestable ». L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 octobre 2020 s'inscrit précisément dans ce contexte⁴. La solution qui s'en dégage est directement inspirée des réserves qu'impose la disposition litigieuse. Comme elle l'avait fait précédemment⁵, et dans la lignée des arrêts du Conseil d'État, la Haute juridiction estime que l'article 2 de l'arrêté du 6 janvier 1962 qui réserve aux médecins « tout mode d'épilation, sauf à la pince ou à la cire » est contraire aux principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services garantis par les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la restriction n'étant pas justifiée au regard de l'objectif de santé publique ». Cette motivation conforte à l'évidence l'idée d'un retour à la liberté en l'absence de raisons majeures nécessitant une telle discrimination.

La contribution de la jurisprudence, administrative ou judiciaire, pourrait encore être renforcée.

2° Attente de consolidation

Il suffira sans doute ici de rappeler que, dans une perspective d'apaisement, est prévue une réforme de la réglementation des pratiques impliquées dans les litiges qui viennent d'être évoqués. Après une prise de position en ce sens de la Ministre des solidarités et de la santé en réponse à

3 - *ibid.*

4 - Crim., 20 octobre 2020 pourvoi n°19.86718.

5 - Crim., 31 mars 2020 JCP 2020 554 observations B. Py et F. Vialla, Droit pénal 2020 comm. 115 J.H Robert, Rev.sc. crim. 2020 p.387 observations P. Mistretta, Europe 2020 chr. 3 Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (sous la direction de A. Chone-Grimaldi); Lamy Actualités du droit 11 mai 2020 E. Golosov.

une question écrite⁶, la Cour de cassation dans l'arrêt étudié tient à évoquer la démarche du gouvernement français qui « a notifié à la Commission européenne un projet de décret ouvrant la pratique de l'épilation à lumière pulsée aux esthéticiens sous certaines conditions de formation ». Manifestement, le processus envisagé n'est pas encore parvenu à son terme...

Des considérations voisines sont à l'origine d'un autre changement qu'il convient de mettre également en évidence.

b) De la reconnaissance de nouveaux modes d'action

L'exemple qui vient d'être donné aurait pu suffire à la démonstration. Mais il s'y rattache une orientation voisine qui témoigne d'une même volonté d'ouverture de la concurrence en faveur de certains professionnels de santé. Dans la lignée de précédents arrêts au demeurant étudiés en son temps dans cette rubrique⁷, le Conseil d'État réitère une analyse qui lève les obstacles à la possibilité pour eux, médecins comme chirurgiens-dentistes, de recourir à la publicité⁸.

Il est clair que la primauté donnée à la libération d'activités sensibles change considérablement les perspectives. Elle institue en effet un nouvel ordre de priorités (1°) dans le respect de la hiérarchie des normes (2°).

1° D'un nouvel ordre de priorités

La mise en place de règles de déontologie tient à des exigences qui ne sauraient par définition être mises en cause à tout propos. A leurs destinataires, elles imposent en effet des devoirs et des sacrifices érigés comme tels pour le bon exercice des professions concernées. Au-delà du principe, il convient néanmoins de trouver la juste mesure des restrictions qui leur sont imposées.

Les arrêts rendus par le Conseil d'État livrent sur ce point des enseignements majeurs.

Sans doute, ne remettent-ils pas directement en cause les considérations de santé publique qui président à la réglementation de professions médicales. Mais ils contribuent à leur allègement pour qu'y soient introduites des initiatives qui ne sont pas de nature à lui nuire. Dans cette optique, la Haute juridiction estime que la rédaction en termes généraux de l'article R.4127-15 du code de la santé publique interdisant notamment « 3° Tous procédés directs ou indirects de publicité » ne saurait indifféremment s'appliquer à tout litige entre un chirurgien-dentiste et l'instance disciplinaire de l'Ordre auquel il appartient.

6 - Question n°21968 de Madame S. Kervarh JO du 30 juillet 2019 p.7058; Réponse de Madame la Ministre des solidarités et de la santé JO du 26 novembre 2019 p.10359.

7 - CE, 4^{ème} chambre, 6 novembre 2019 n°416948 et n°420225 AJDA 2019 p.2273 observations J. M. Pastor, Dalloz actualité 12 novembre 2019 observations J.M Pastor, RDSS 2020 p.394 observations P. Curier –Roche, [JDSAM 2020 n°25](#) p.124 avec nos observations.

8 - CE, Chambres réunies, 18 novembre 2020 n°431554, CE, 4^{ème} chambre, 23 novembre 2020 n°434354.

Il apparaît ainsi que les impératifs de libre concurrence l'emportent sur toute autre considération.

2° Du respect de la hiérarchie des normes

La question posée s'intègre en vérité dans un contexte dont il convient une nouvelle fois de prendre la juste mesure. Sans doute, à première vue, ne s'agissait-il que de qualifier au regard du droit interne les comportements litigieux. Mais il est clair que toute interdiction ou restriction d'agir imposée à une catégorie d'acteurs économiques est susceptible d'être appréhendée à une autre échelle.

La satisfaction donnée aux médecins et chirurgiens-dentistes dans cette suite d'arrêts repose pour cette raison sur des dispositions issues du droit de l'Union européenne. L'approche retenue n'appelle plus qu'une brève motivation reprise au fil des arrêts rendus en la matière. « Il résulte des stipulations de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt rendu le 4 mai 2017 dans l'affaire C-339/15, ainsi que des dispositions de l'article 8 paragraphe 1 de la directive 2003/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information (...) qu'elles s'opposent à des dispositions réglementaires qui interdisent de manière générale et absolue toute publicité et toute communication électronique, telles que celles qui figurent à l'article R. 4127-215 du code de la santé publique (...) ». Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'Autorité de la concurrence insiste en parallèle sur la nécessité de réformer le droit interne pour le mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne⁹.

Une logique similaire conduit à l'intervention des autorités compétentes pour sanctionner des pratiques intervenues au mépris de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

B. De la sanction d'obstacles à la concurrence

Des dispositions caractéristiques du droit positif contribuent, on le sait, à l'ouverture des marchés par une succession de règles qui prohibent différentes stratégies de nature à faire obstacle au libre jeu de la concurrence. Il n'est dès lors guère surprenant que soient mises en place dans ce cadre les procédures et les qualifications qu'imposent toutes sortes d'opérations susceptibles de lui porter atteinte.

On en revient alors à l'étude des décisions prises à l'encontre d'entités pharmaceutiques ou médicales au mépris des textes applicables. Pour être connu, le dispositif applicable ne s'en renouvelle pas moins au gré de nouvelles « expériences ». Les accords dits de « pay for delay » (a) et les pratiques de boycott (b) alimentent ainsi une nouvelle fois un contentieux auquel la présente rubrique ne peut que s'intéresser.

a) De l'illicéité des accords de pay for delay

Aux confins du droit de la propriété industrielle et du droit de la concurrence, les accords de pay for delay sont associés aux « efforts » de certaines firmes destinés à retarder au mieux de leurs intérêts l'entrée sur le marché de médicaments génériques. On sait que les différents organes en charge de la concurrence se préoccupent de révéler et sanctionner avec une grande sévérité les dérives auxquelles sont associées ces pratiques. Dans ce contexte, il convient de se reporter à la décision rendue par la Commission de l'Union européenne le 26 novembre 2020¹⁰.

On observera en tout état de cause que cet « épisode » s'inscrit dans un contexte particulier. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. En premier lieu, l'opération litigieuse met en présence deux entités qui en réalité n'en font plus qu'une aujourd'hui du fait de l'opération de concentration par laquelle l'entreprise de produits pharmaceutiques génériques Teva procédait à l'acquisition de Cephalon à condition de la cession de sa part de la version générique de son médicament Provigil¹¹. En deuxième lieu, elle est l'aboutissement d'une témérité à toute épreuve. D'une part, il eût été pour le moins prudent que les parties en présence tiennent compte des griefs tout d'abord adressés par la Commission à Teva au nom de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. D'autre part, le « montage » auquel elles sont parvenues s'inscrit clairement dans une catégorie d'accords qui relèvent d'une catégorie prohibée par les textes.

La décision de la Commission met dès lors en évidence les failles que révèlent les liens tissés par les deux laboratoires. Ils constituent une entrave à la concurrence selon des modalités propres (1°) au mépris d'enjeux de santé publique (2°).

1° D'une entrave à la concurrence

Les accords de pay for delay, on le sait, constituent une figure à laquelle ont déjà été confrontées par le passé les autorités ou instances de concurrence¹². Ils correspondent, entre laboratoires, à une stratégie concertée en vue de retarder, moyennant finance, l'entrée sur le marché d'un médicament générique. La décision étudiée s'emploie précisément à dénouer les fils de l'opération litigieuse au regard des risques qu'elle comporte pour la concurrence.

Il apparaît ainsi, une nouvelle fois, que par le jeu conjugué du droit des brevets et du droit des contrats, les parties en présence ont ensemble mis au point un calendrier et des alternatives pour repousser la date à laquelle pourrait être commercialisée au Royaume-Uni une version générique moins chère du médicament de Cephalon traitant les troubles du sommeil, le modafinil, après l'expiration de ses

10 - Commission de l'Union européenne, 26 novembre 2020 Communiqué de presse IP/20/2220, A.Ronzano, L'actu-concurrence 2020 n°44 p.14.

11 - Commission de l'Union européenne, 14 octobre 2011 Communiqué de presse IP/11/1193.

12 - Cf. les précédents concernant le perindopril, un médicament cardiovasculaire, le citalopram, un antidépresseur et le fentanyl, un antidouleur.

9 - Cf. sur ce point [JDSAM 2020 n°25](#) p.125 avec nos observations.

principaux brevets.

Deux éléments principaux déterminent la position de la Commission. Entre tout d'abord en ligne de compte le contenu lui-même de l'accord soumis à examen. L'atteinte aux règles de concurrence tient alors à la superposition de deux séries de stipulations jugées, en dehors de tout parti-pris, anticoncurrentielles. Au-delà en effet de l'engagement pris par Teva de rester en dehors des marchés du modafinil, figuraient des accords commerciaux accessoires opérant à son profit des transferts de valeur sans lesquels l'opération n'aurait pu parvenir à son terme. Intervient ensuite la prise en compte des incidences elles-mêmes de l'accord considéré. Voulu comme tel, il nuit à la concurrence du fait du seul maintien du médicament princeps à un prix nécessairement plus élevé que celui auquel aurait été vendu le générique¹³.

Le sujet est d'autant plus sensible qu'il se rattache à des considérations de santé publique.

2° D'une négation des enjeux de santé publique

Les accords de règlement amiable pay for delay sont en outre voués à la réprobation des autorités ou instances de concurrence au regard de leur indifférence à l'égard des enjeux de santé publique. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue.

En premier lieu, s'impose la détermination du caractère nuisible des agissements considérés. La Commission évoque tout d'abord à ce titre leurs incidences négatives pour les patients et les systèmes de soins de santé. Elle considère que le retard dans l'entrée des génériques sur le marché empêche les consommateurs et les systèmes de santé de bénéficier plus tôt de prix nettement plus bas. Au lieu d'un tel effet bénéfique, elle déplore que les entreprises partagent les bénéfices supplémentaires générés par l'absence de concurrence¹⁴. La Commission se réfère ensuite aux effets négatifs des accords en jeu sur l'innovation. La concurrence des génériques lui apparaît plus précisément de nature à encourager les entreprises pharmaceutiques à concentrer leurs efforts sur le développement de nouveaux médicaments plutôt que sur la maximisation des flux de revenus provenant de leurs anciens médicaments en préservant artificiellement l'exclusivité commerciale. Il n'y a en vérité rien d'étonnant à de telles remarques. Elles rejoignent un document publié au même moment en vue d'une stratégie pharmaceutique pour l'Europe intitulée « des médicaments abordables, accessibles et sûrs pour tous »¹⁵.

En deuxième lieu, il revient à la Commission de se prononcer sur le montant des amendes qu'impose le non-respect des règles de concurrence en l'espèce. Comme l'y invitent ses lignes directrices pour le calcul des amendes

13 - Dans son rapport sur le secteur pharmaceutique de 2019, la Commission a constaté qu'en général, les prix moyens d'un médicament avaient tendance à baisser de plus de 50% après l'entrée du générique sur le marché in Communiqué de presse IP/20/2220 p.7 précité.

14 - *ibid.* p. 4.

15 - Commission de l'Union européenne, 25 novembre 2020 Communiqué de presse IP/20/2173.

de 2006, la Commission a pris en considération la durée de l'infraction et sa gravité. L'infraction a duré pour la quasi-totalité des États membres de l'UE et des pays de l'EEE, de décembre 2005 à octobre 2011, lorsque Teva a acquis Cephalon et est devenu membre du même groupe. Le montant total de la condamnation pécuniaire infligée aux parties à l'accord s'élève à 60,5 millions d'euros au terme d'un partage inégalitaire qui tient compte du fait que Teva n'a pu réaliser en vertu de l'arrangement litigieux aucune vente avec le produit concerné (30 millions d'euros pour ce laboratoire, 30, 5 millions pour Cephalon).

Le renforcement de la concurrence s'impose dans toutes les situations où les entreprises ont agi en violation de règles qu'elles n'auraient pas dû méconnaître. Il en va encore ainsi dans une autre hypothèse.

b) De l'illicéité des pratiques de boycott

L'exigence d'ouverture des marchés évoque spontanément l'idée d'un rayon d'actions à l'intérieur duquel doivent s'épanouir librement les initiatives les plus variées. En parallèle, pour conforter les exigences d'une telle approche, sont interdites des pratiques dites anticoncurrentielles au regard de leurs incidences néfastes sur une sphère d'échanges donnée. Au-delà du principe, il reste à identifier les comportements appelés à tomber sous le coup des dispositions applicables.

Une décision de l'Autorité de la concurrence du 12 novembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la chirurgie dentaire contribue à la résolution de ce point¹⁶. Au terme d'une analyse particulièrement riche (187 pages...), elle condamne au titre d'une entente anticoncurrentielle les pratiques de boycott mises en place par une pluralité d'acteurs à l'encontre de réseaux de soins dentaires proposés par les organismes complémentaires d'Assurance Maladie.

Il en est ainsi en considération d'une pluralité d'éléments dont seules les grandes lignes ont leur place dans ces lignes. Dans cette optique, l'attention se portera sur deux points essentiels : la qualification d'entente anticoncurrentielle (1°) et la sanction qu'elle appelle (2°).

1° De la qualification d'entente anticoncurrentielle

L'Autorité de la concurrence avait en l'occurrence à se prononcer sur l'existence d'une entente anticoncurrentielle susceptible d'être reprochée à une pluralité d'acteurs entrés en conflit pour éviter l'intrusion de certaines structures dans l'offre de soins dentaires. Il sera plus simple de préciser d'emblée que la décision étudiée conduit à reprocher à un certain nombre d'organes officiels de la profession et de fédérations syndicales de chirurgiens-dentistes la mise en œuvre de pratiques de boycott à l'encontre de réseaux de soins dentaires proposés par les organismes

16 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-D-17 du 12 novembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la chirurgie dentaire à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

complémentaires d'Assurance Maladie en vue de réduire le « reste à charge » dû par les patients. La mise en œuvre des articles L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE dans ce contexte imposait plus précisément l'examen de deux séries de questions.

En premier lieu, il revenait à l'Autorité de la concurrence d'identifier la part et le rôle de chacun dans le « circuit » organisé par les différentes entités précitées pour contrarier l'entrée d'une ou plusieurs plateformes de gestion agissant pour le compte d'un ou plusieurs organismes complémentaires (point 56 s.). De longs développements détaillent à ce titre les échanges intervenus tout au long d'une campagne à grande échelle susceptible de constituer une infraction aux dispositions précitées (points 110 s., 440 s.). Il résulte de cette analyse que « l'orchestration » à grande échelle entre les diverses parties prenantes d'une campagne de plaintes conçue pour évincer Santéclair du marché considéré « s'apparente à un appel au boycott, par les chirurgiens-dentistes, constitutif d'une pratique concertée anticoncurrentielle par objet, et contraire aux dispositions applicables en la cause » (point 637). L'Autorité détaille dès lors pour chaque organisme poursuivi les actions principales et complémentaires à l'origine d'une telle conclusion.

En deuxième lieu, il lui fallait également prendre parti sur les règles de compétence appelées à jouer dans le contexte précis de décisions prises à l'initiative d'instances ordinales et de structures syndicales. La question pouvait effectivement se poser au regard de décisions antérieures par lesquelles, dans la première hypothèse, l'Autorité s'estimait infondée à se prononcer sur des conduites liées dans ce contexte à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Cette fois, elle se prononce en sens contraire au terme d'une longue motivation (points 447 s.). Elle affirme en particulier sa compétence pour connaître de pratiques relevant de prérogatives de puissance publique « lorsque celles-ci ont été mises en œuvre de manière manifestement inappropriée », comme en l'espèce (points 460 s.)¹⁷. Elle considère à ce titre qu'elle est en effet tenue d'une telle intervention lorsque les pratiques visées par les griefs sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre les États membres. Quant aux pratiques syndicales, l'Autorité affirme également sa compétence à leur égard dès lors qu'elles outrepassent la compétence des organismes dont elles émanent (points 469 s.). Selon elle, « tel est le cas de comportements par lesquels ceux-ci diffusent à leurs membres une interprétation erronée des règles déontologiques pour les inciter à adopter un certain comportement sur le marché ». La démonstration qui s'ensuit vient formellement étayer la réalité des conduites litigieuses.

Les entités à l'origine de l'entente en cause étaient dès lors appelées à répondre de leurs actes.

2° De la sanction de l'entente anticoncurrentielle

La qualification d'entente anticoncurrentielle conduit l'Autorité de la concurrence à lui donner les suites qu'impose l'ensemble des éléments de fait rassemblés tout au long de la procédure et révélés dans la décision commentée. Le constat en lui-même d'une infraction d'une particulière gravité détermine une sanction à la hauteur des fautes commises.

En premier lieu, les « suites » qu'appellent les faits reprochés aux uns et aux autres pour s'être concertés en vue du boycott de Santéclair s'inscrivent dans une catégorie qui échappe difficilement à la réprobation. L'Autorité développe à ce titre l'ensemble des critères qui président à l'existence d'une « infraction unique, complexe et continue » (points 702 s.). Après une définition de chacune de ces caractéristiques dont elle postule l'emprise en l'espèce, elle procède à leur transposition au cas par cas, à l'encontre de ses différents auteurs (points 713 s.).

En deuxième lieu, la décision de l'Autorité s'attache à un examen de la structuration proprement dite de cette infraction pour en mesurer les suites qui doivent lui être données (points 742 s.). Entre ici plus précisément en ligne de compte, en vue de sanctions pécuniaires, l'évaluation d'un ensemble de paramètres liés à la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle des organismes en cause, la réitération des faits reprochés (points 822 s.). L'Autorité module ainsi l'amende en fonction de la situation de chacun. Elle prolonge cette condamnation par des sanctions non-pécuniaires, comme l'y autorise l'article L.464-2 I cinquième alinéa (points 897 s.). Il est ainsi enjoint aux organismes sanctionnés de procéder à la publication dans un certain nombre de lettres d'information, journaux ou revues, de la condamnation prononcée à leur encontre afin d'informer les chirurgiens-dentistes et les consommateurs du caractère prohibé des pratiques en cause.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles alimente ainsi un contentieux dont chaque « épisode » compte et reflète la nécessité d'y remédier avec toute la rigueur voulue. D'autres initiatives sont encore à prendre en considération en raison de leurs bienfaits pour la concurrence.

2. Santé et renouvellement de la concurrence

Le jeu des règles de concurrence est appelé à évoluer lorsque les circonstances l'exigent. Il reste dès lors à identifier celles qui peuvent effectivement changer le cours des choses. La perspective qu'il convient d'envisager ici diffère sensiblement de celle qui vient d'être développée. Il n'y est plus en effet question de conflits à résoudre, mais de pistes à explorer en vue d'une possible amélioration de l'existant. La préoccupation qui domine alors est bien celle d'un renouvellement de sphères d'activités jusqu'alors plus étroitement délimitées.

17 - Cf. Sur ce point T. Wickers, Panorama Avocat (octobre 2019-novembre 2020) D.2021 p.104.

Il convient ainsi d'examiner de plus près cette hypothèse à laquelle sont associées deux séries de mesures : les unes incitatives **(A)**, les autres régulatrices **(B)**.

A. De mesures incitatives

L'activité de l'Autorité de la concurrence englobe des compétences diverses. A celle le plus souvent évoquée dans ces lignes en lien avec un certain nombre de litiges, s'ajoute celle que lui attribue l'article L.462-1 du code de commerce. A ce titre, l'Autorité peut donner son avis sur toute question de concurrence à la demande notamment du Gouvernement. Il va pour ainsi dire de soi que les exigences de santé publique ont vocation, à plus d'un titre, à entrer dans ce cadre.

En témoigne plus précisément l'avis n° 20-A-10 du 13 novembre 2020 concernant un projet de décret relatif à la gestion des déchets issus des dispositifs perforants utilisés par les patients en autotraitement¹⁸. Outre la disposition précitée, cette saisine intervient également en application des dispositions du III de l'article L. 4211-2-1 du code de la santé publique qui prévoient qu'est soumis à l'Autorité tout projet de décret en Conseil d'État relatif au dispositif de collecte et de traitement des déchets d'activités de soins à risques. La demande d'avis indique que le projet de décret étend le champ d'application de la filière à responsabilité élargie des producteurs (« REP ») pour la gestion des déchets d'activités de soins à risques infectieux perforants des patients en autotraitement (« DASRIPAT ») à certains nouveaux types de déchets issus de l'utilisation de dispositifs médicaux (point 3).

Au visa des articles 101 et 102 du TFUE et du livre IV du code de commerce, il revenait ainsi à l'Autorité de la concurrence d'évaluer les incidences en la matière de l'extension envisagée. A l'issue d'une analyse approfondie des exigences à satisfaire et des avantages procurés par la mise en place d'un nouveau réseau, elle donne un avis favorable au texte dont elle était saisie. Il en est plus précisément ainsi au regard de considérations tant d'ordre matériel **(a)** que juridique **(b)**.

a) De données matérielles

L'avis étudié est directement en prise avec l'évolution technologique intervenue ces dernières années dans l'approche de certaines pathologies. Dans ce contexte, à l'évidence sensible, l'Autorité de la concurrence insiste sur la mise sur le marché de nouveaux dispositifs de traitement et de surveillance **(1°)** qui, de surcroît, appelle à un élargissement des réseaux de collecte et d'élimination des déchets qui en résultent **(2°)**.

1° De la mise sur le marché de nouveaux dispositifs de traitement et de surveillance

L'Autorité de la concurrence procède tout d'abord à un nécessaire état des lieux. Elle s'appuie à ce titre sur l'étude d'impact du projet de loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (« loi AGECE ») et constate à ce titre l'apparition de dispositifs médicaux dits « complexes ». Leur dénomination est en elle-même évocatrice de nouvelles possibilités. Elle désigne des produits mis sur le marché par des laboratoires pharmaceutiques de plus en plus innovants « associant un perforant, une carte électronique et une pile, destinés à un nombre croissant de patients en autotraitement notamment les personnes diabétiques » (point 8).

Il en résulte clairement des conséquences au regard des modalités de leur collecte et élimination.

2° De la collecte et l'élimination de déchets d'activités de soins

Ce point particulier est précisément à l'origine du projet d'élargissement de la filière existante soumis à l'Autorité de la concurrence. Il apparaît en particulier que les dispositifs médicaux constitués d'un perforant et de composants électroniques (pompe à insuline, capteur de glycémie, autotests à vocation de dépistage qui permettent de détecter des maladies infectieuses transmissibles, comme le VIH ...) génèrent des déchets qui n'entrent pas dans le périmètre actuel de la filière élargie des producteurs pour la gestion des déchets d'activités de soins dite REP (point 9).

L'Autorité de la concurrence examine dans ce contexte les schémas opérationnels de collecte des produits en cause existant actuellement (point 18). Il lui apparaît surtout que le circuit de collecte spécifique aux dispositifs complexes ne relevant pas d'un organisme professionnel dédié à cet usage gagnerait à être amélioré par un ensemble de mesures, parmi lesquelles leur dépôt en continu en officine de pharmacie et leur traitement dans une installation localisée en France (et non plus jusqu'alors en Suisse) et disposant d'un équipement de séparation des composants électroniques et électriques, en vue de leur valorisation (point 20).

La réponse tient à une analyse de données juridiques diverses.

b) De données juridiques

Il est clair que le projet de décret soumis à l'Autorité de la concurrence recouvre un ensemble de préoccupations qu'ont cherché à satisfaire les pouvoirs publics. La nature même des produits en cause appelle en effet des précautions qui ne sauraient être sous-estimées. On comprend dès lors que des normes écologiques y occupent une place décisive **(1°)** et impose le respect de normes concurrentielles adéquates **(2°)**.

18 - Avis n°20-A-10 du 13 novembre 2020 concernant un projet de décret relatif à la gestion des déchets issus des dispositifs perforants utilisés par les patients en autotraitement à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr ; *adde* A. Ronzano, L'actu-concurrence 2020 n°43 p.15.

1° Normes écologiques

L'avis de l'Autorité de la concurrence se réfère en premier lieu à des dispositions liées à des exigences d'ordre écologique. Ainsi, est rapidement mise en avant la contribution de la loi précitée relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (« loi AGECE ») à l'origine de la mise en place dans le code de l'environnement d'un dispositif de prise en charge de ces déchets d'un nouveau « genre » (point 10). L'argument est au demeurant repris plus loin au travers d'une disposition transcrite à l'article L. 4211-2-1 du code de la santé publique. Il y est en effet prévu la participation obligatoire de l'ensemble des officines de pharmacie au réseau de point de collecte de proximité en lieu et place d'une participation jusqu'alors volontaire (point 16).

Il n'en résulte pas pour autant de difficultés d'ordre concurrentiel.

2° Normes concurrentielles

La saisine de l'Autorité de la concurrence l'invitait en tout état de cause à procéder à une « analyse concurrentielle » des nouvelles dispositions envisagées. Celle-ci s'opère sans que soit exprimée la moindre réserve. Il en est ainsi dans deux perspectives complémentaires.

En premier lieu, d'un point de vue logistique, l'Autorité insiste sur les avantages de la réforme envisagée. D'une part, elle estime qu'elle n'apporte que des modifications sans remise en cause de l'équilibre existant. Ainsi, le volume de produits concernés demeure à l'intérieur de limites « gérables », tandis que les charges imposées par l'obligation de collecte désormais imposées aux officines de pharmacie demeurent enserrées à l'intérieur d'un périmètre d'autant plus acceptable qu'il est en outre rappelé que le code de déontologie des pharmaciens leur impose de « prêter leur concours aux actions entreprises par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé » (point 32).

D'autre part, l'Autorité insiste sur les bénéfices attendus de la rencontre d'intérêts communs. La formule peut surprendre. Mais elle correspond à une certaine réalité dans la mesure où, d'un côté, « les patients bénéficieront d'une offre nouvelle de service de proximité répondant à ses besoins en termes d'observance » et de l'autre, « les pharmaciens seront redevables d'une garantie de fidélisation de leur clientèle » et dès lors « d'une position renforcée en tant qu'acteur de santé » (point 33).

En deuxième lieu, en termes structurels, il apparaît en outre à l'Autorité qu'un éco-organisme, composé d'entreprises concurrentes « ne saurait être utilisé comme lieu de coordination commerciale ou d'échange d'informations stratégiques et individualisées entre ses membres (point 35).

L'élargissement de la concurrence intervient également dans une perspective distincte.

B. De mesures régulatrices

Le champ d'action des entreprises est en quelque sorte plutôt ouvert. Il dépend d'innombrables facteurs au gré d'influences de nature et intensité variables. En toute hypothèse, on le sait, il n'est jamais à exclure qu'interviennent des stratégies de nature à modifier la structure même des marchés.

Si tel est le cas, comme la présente rubrique s'en fait régulièrement l'écho, les textes en vigueur font intervenir des procédures destinées à subordonner les opérations de concentration à un contrôle de leurs modalités et absence d'effets négatifs sur la concurrence.

Il convient dès lors d'en poursuivre l'étude au travers de l'intervention de la Commission de l'Union européenne (a) et de l'Autorité de la concurrence (b).

a) Du contrôle des concentrations par la Commission de l'Union européenne

Les impératifs de sauvegarde des marchés appellent la mise en place de mesures préventives destinées à empêcher la constitution d'entités telles qu'elles neutralisent la possibilité d'une concurrence de qualité.

La Commission de l'Union européenne opère ainsi un contrôle des opérations de concentration à l'intérieur des limites fixées par les textes, selon une procédure simplifiée (1°) ou normale (2°).

1° Décisions rendues selon la procédure simplifiée

Par définition, les opérations concernées n'appellent pas de longs développements. Elles sont toutefois intéressantes au regard des secteurs et acteurs en présence.

En premier lieu, peut être signalée l'acquisition de Financière Colisée SAS basée en France, par EQT Fund Management Sàrl basée au Luxembourg¹⁹. La première est active dans la gestion de soins pour personnes âgées incluant la gestion de maisons de retraite, la prestation de soins à domicile, notamment pour des patients en phase post-aiguë, en Belgique, Espagne, France, Italie et en Chine. La seconde est un gestionnaire d'actifs investissant dans divers secteurs notamment dans des projets d'infrastructures principalement en Europe et Amérique du Nord. Il apparaît dès lors que la concentration envisagée ne risque pas de soulever de problèmes de concurrence, dans la mesure où les deux entreprises n'interviennent pas sur les mêmes marchés ou sur des marchés liés ou complémentaires²⁰.

En deuxième lieu, intervient également l'opération par laquelle Unilabs et Medbase acquièrent le contrôle en commun d'une société nouvellement créée constituant

19 - Affaire M.9966, EQT/Colisée, Notification préalable le 22 septembre 2020 JOUE C 322 du 30 septembre 2020 p.28 ; Non-opposition décidée le 15 octobre 2020 JOUE C 351 du 21 octobre 2020 p.1.

20 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 16 octobre 2020 MEX/20/1938 p.9.

une entreprise commune²¹. La première entreprise se livre à la fourniture de services de tests biomédicaux, d'imagerie médicale, de médecine de la reproduction et de développement de médicaments dans un certain nombre de pays européens. La seconde procède à la fourniture de services médicaux et thérapeutiques exclusivement en Suisse. L'entreprise commune est impliquée dans la fourniture de services de diagnostic médical de laboratoire exclusivement en Suisse et principalement dans l'Est du pays. La Commission déclare ne pas s'opposer à cette opération qui ne pose pas de problème de concurrence étant donné que l'entreprise commune n'a ni ne prévoit d'activités avec l'Espace Economique Européen²².

En troisième lieu, la Commission de l'Union européenne a approuvé le 14 décembre 2020 l'acquisition de Community Psychiatry Management par Leonard Green & Partners and Centerbridge Partners²³. LGP est une société de capital-investissement spécialisée dans l'investissement dans des entreprises qui fournissent des services, à l'échelle internationale, notamment des services aux consommateurs, aux entreprises et en matière de soins de santé (...). Centerbridge est une société de capital-investissement spécialisée dans le capital-investissement, le crédit, et l'immobilier à l'échelle internationale. Community Psychiatry est une société qui possède et opère une chaîne de services de consultation externe en Californie, offrant des services psychiatriques et thérapeutiques à des patients souffrant d'une forme légère à modérée de troubles mentaux et comportementaux. La Commission décide de ne pas s'opposer à une telle opération qui a un impact limité à l'intérieur de l'Espace Economique Européen²⁴.

Une autre opération reste à évoquer.

2° Décision rendue selon la procédure normale

Une opération susceptible d'entrer dans le champ d'application du règlement sur les concentrations doit encore être rapidement abordée. Elle concerne le projet d'acquisition par le Crédit agricole et Generali du contrôle conjoint de EAF et de Viavita (par l'intermédiaire d'EAF)²⁵. Si les premières sont aisément identifiables compte tenu de leur notoriété dans le domaine des services bancaires, financiers et assurances, les secondes le sont moins. Viavita exerce une activité de fourniture de services d'assistance à

domicile à la personne. EAF est impliquée dans la fourniture de prestations d'assistance (voyage, automobile, habitation et assistance domestique) et de services à la personne. L'opération donne lieu à la création d'un lien vertical entre les activités des entreprises en France, entre (i) la fourniture de services d'assistance voyage par l'entreprise commune et (ii) la fourniture de produits d'assurance voyage par Crédit agricole et Generali.

La Commission a décidé de ne pas s'opposer à une telle opération, « tout risque de verrouillage des marchés pouvant être écarté, compte tenu des parts de marché modérées des entreprises concernées, ainsi que du nombre suffisant de prestataires et débouchés alternatifs sur les marchés en cause »²⁶.

La sauvegarde des marchés s'impose également à l'échelle nationale.

b) Du contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence

L'activité de l'Autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration, ces dernières semaines, n'y permet qu'une brève incursion. Elles concernent une nouvelle fois des initiatives sur les marchés de services (1°) et de produits (2°).

1° D'opérations de concentration sur le marché de services

En premier lieu, l'Autorité de la concurrence autorise la prise de contrôle, formalisée par un contrat de cession d'actions, par le groupe Bordeaux Nord du groupe Gaucher, tous deux actifs principalement sur le marché de l'offre de diagnostics et de soins en établissement de santé et des soins de suite et de réadaptations²⁷.

En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence se prononce dans un sens favorable à la prise de contrôle exclusif par la société LNA ES, filiale du groupe LNA Santé, de la société Clinique Développement, société holding du groupe Clinique Développement, lesquelles exploitent toutes deux des établissements de santé en France²⁸. Cette décision est devenue définitive.

En troisième lieu, il convient de se reporter à la décision relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Incea par la société Korian²⁹. Cette opération est de loin celle qui suscite les plus longs développements de la part de l'Autorité. Il

21 - Affaire M.9861 Unilabs/Medbase/JV Notification préalable le 6 octobre 2020 JOUE C 342 du 14 octobre 2020 p.36 ; Non-opposition décidée le 4 novembre 2020 JOUE C 379 du 10 novembre 2020 p.9.

22 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 5 novembre 2020 MEX/20/2037 p.9.

23 - Affaire M.10014 LGP/Centerbridge/Community Psychiatry Notification préalable le 19 novembre 2020 JOUE du 26 novembre 2021 p.14 ; Non-opposition décidée le 14 décembre 2020 JOUE C 3 du 6 janvier 2021 p.1.

24 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 15 décembre 2020 MEX/20/2439 p.26.

25 - Affaire M. 9974 Groupe Crédit agricole/Groupe Generali, Europ Assistance France/Viavita Notification préalable le 9 novembre 2020 JOUE C 392 du 17 novembre 2020 p.8 ; Non-opposition décidée le 8 décembre 2020 JOUE C 20 du 19 janvier 2020 p.2.

26 - Commission de l'Union européenne, Communiqué de presse du 9 décembre 2020 MEX/20/2537 p.17.

27 - Autorité de la concurrence, Décision 20-DCC-138 du 13 octobre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Gaucher par le groupe Bordeaux Nord Aquitaine à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

28 - Autorité de la concurrence, Décision 20-DCC-149 du 28 octobre 2020 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Clinique Développement par le groupe LNA Santé à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

29 - Autorité de la concurrence, Décision n°20-DCC-182 du 9 décembre 2020 à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr

est vrai que les parties sont simultanément actives sur les marchés de l'offre de soins psychiatriques et des soins de suite et de réadaptations, tandis que l'acquéreur est également actif sur le marché de l'hébergement de longue durée à destination des personnes âgées autonomes et dépendantes (points 5 s.). Après la présentation des éléments de l'opération envisagée (points 1 s.), l'Autorité se livre à une analyse concurrentielle approfondie au regard des effets horizontaux et verticaux de l'opération (points 41 s.). Sur l'un et l'autre « front », elle écarte tout risque d'effets négatifs sur les marchés en cause.

Ces opérations traduisent une nouvelle fois les « mouvements » de plus ou moins grande ampleur dont les établissements de santé sont les fréquents acteurs.

2° D'une opération de concentration sur le marché de produits

L'Autorité de la concurrence autorise également l'opération de concentration, formalisée par un contrat de cession d'actions, par laquelle les fonds d'investissement Chequers Capital et Paragon III acquièrent la prise de contrôle de la société 7days HoldCo³⁰.

Cette dernière est active dans le secteur de la fabrication et la commercialisation de vêtements de travail médicaux réutilisables à destination des professionnels de santé. On pressent aisément l'importance et l'opportunité d'une telle démarche dans une période où les produits en cause sont particulièrement recherchés...

Diverses par nature, les questions de concurrence qui peuvent survenir dans le domaine de la santé ont au moins pour objectif commun de parvenir du mieux possible à la sauvegarde des intérêts du plus grand nombre. En cette période de crise sanitaire, un tel constat ne peut qu'être réconfortant...

Caroline Carreau

.....
30 - Autorité de la concurrence, Décision n°21-DCC-02 du 12 janvier 2021 relative à la prise de contrôle conjoint de la société 7days par les fonds d'investissement Chequers Capital et Paragon III à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr