



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, 2017, 17. hal-04200954

HAL Id: hal-04200954

<https://hal.science/hal-04200954>

Submitted on 8 Sep 2023

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.

III. Droit de la concurrence

Avec pour objectif les priorités qui sont les siennes, le droit de la concurrence, on le sait, doit régir les activités économiques les plus diverses. S'il postule par nature un certain libéralisme¹, il impose néanmoins parfois dans l'intérêt de la collectivité une rigueur de bon aloi.

Les questions de santé peuvent d'autant moins en être soustraites que les risques de dérive sont tout aussi importants et, pour des raisons évidentes, bien plus dommageables que dans d'autres domaines. Concrètement, s'impose alors une transposition qui ne doit en trahir ni l'esprit ni la lettre. Les échanges marchands sont à ce titre soumis à une vigilance à la hauteur des débordements susceptibles d'y être commis. Comme il a été précédemment montré dans cette rubrique, il s'agit pour les pouvoirs publics de s'assurer du respect de deux séries d'impératifs. L'un met l'accent sur les exigences de protection du marché **(1)**. L'autre fait prévaloir celles de la protection de ses acteurs **(2)**.

1. Santé, concurrence et protection du marché

La mise en œuvre du droit de la concurrence répond au travers de ses sources et de ses composantes à une certaine vision des retombées économiques que peuvent avoir les activités entreprises dans un secteur donné. Pour une part substantielle, a été institué à grande échelle un dispositif normatif qui puisse avant tout assurer la protection du marché. Est ici désigné, on le sait, un « espace » où s'échangent des produits ou services déterminés. L'« unité de compte » retenue dans ce cadre permet alors d'imposer certains standards qui cantonnent les initiatives individuelles des uns ou des autres à l'intérieur de certaines limites.

Deux séries de règles conduisent à cette approche. Entre tout d'abord en ligne de compte la prohibition des pratiques anticoncurrentielles **(A)**. S'y ajoute ensuite le contrôle des opérations de concentration **(B)**.

A. Prohibition des pratiques anticoncurrentielles

La notion de pratique anticoncurrentielle évoque en elle-même l'idée d'une déviation incompatible avec les priorités instituées par les pouvoirs publics. Elle appelle à ce titre l'examen au cas par cas de situations « critiques ».

Le sujet n'est assurément pas neuf... Il n'en est pas moins révélateur des suites à donner aux velléités

1 - On lira avec intérêt l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 24 février 2017 sur requête des sociétés Novartis Pharma SAS et Novartis Europharm Limited en vue de l'annulation d'une recommandation temporaire d'utilisation de la spécialité Avastin. La Haute juridiction administrative rejette la prétention des demandeurs au terme d'une analyse approfondie dans laquelle d'importants développements sont consacrés à la liberté d'entreprendre « qui comporte notamment la liberté d'exercer une activité économique et la libre concurrence » (points 22 s.)

d'hégémonie d'entreprises en tout « genre »². Il est alors intéressant de regarder le cours des choses pour s'assurer de la permanence des règles applicables et leur stricte application. Il pourrait en effet y apparaître ponctuellement des failles. Mais, en vérité, cette perspective ne se rencontre guère. En d'autres termes, les instances saisies maintiennent leur sévérité à l'encontre de stratégies marchandes dont il est clairement établi qu'elles contredisent l'interdiction des pratiques dites anticoncurrentielles. Les préoccupations de santé publique l'emportent en particulier largement sur les « arrangements » entre partenaires poursuivant des intérêts purement spéculatifs.

Témoignent encore récemment de cette approche les conflits nés de stratégies qui, au demeurant, ont plutôt tendance se multiplier au détriment de la collectivité des patients. Il devient alors nécessaire d'examiner sous cet angle les suites données au cours de la période étudiée à de précédentes « affaires » centrées sur diverses entraves à la politique du médicament imposée par les textes. Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles se développe alors sous l'angle de recours intentés contre des décisions de condamnation de laboratoires pharmaceutiques **(a)** et le rejet de certains d'entre eux **(b)**.

a) Recours des laboratoires pharmaceutiques contre des décisions de condamnation

Les accords dits de report d'entrée (« pay for delay »), volontiers conclus par différents laboratoires pharmaceutiques alimentent, on le sait, un contentieux qui ne cesse, pour ainsi dire, de prendre de l'ampleur³. Les décisions rendues en la matière ont en commun de les soumettre à un examen approfondi en vue de leur qualification ou non de pratiques anticoncurrentielles. La première hypothèse est en vérité généralement consacrée. Il en a été suffisamment question dans cette rubrique pour arriver à ce constat. Rien pourtant n'est définitivement figé. En témoignent plus précisément les réactions suscitées par la pratique décisionnelle en la matière. L'existence de recours intentés contre des arrêts du Tribunal de l'Union européenne rendus le 8 septembre 2016⁴ en est assurément un signe : pourvois C-601/16 P **(1-)** et 614/16 P **(2-)**

1- Pourvoi n° C-601/16 P⁵

Il suffira vraisemblablement ici de rappeler que le Tribunal de l'Union européenne était entré en voie de condamnation

2 - Il est d'ailleurs important de signaler que la Commission de l'Union européenne a récemment lancé un nouvel outil de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, Communiqué de presse du 16 mars 2017 IP/17/591

3 - Cf. [JDSAM_2016_n°14](#) p. 83 et nos observations ; *adde* L.Idot, Première prise de position du Tribunal de l'Union européenne sur les accords de report d'entrée dans le secteur pharmaceutique Rev. contr. 2017 n°1 p.116

4 - JDSAM, *ibid.* p. 83

5 - Pourvoi formé le 24 novembre 2016 par Arrow Group ApS, Arrow Generics Ltd contre l'arrêt rendu le 8 septembre 2016 dans l'affaire T-467/13 JOUE C 30 du 30 janvier 2017 p. 29

à l'encontre de plusieurs laboratoires pharmaceutiques pour des accords tendant à retarder l'entrée sur le marché du générique d'un antidépresseur⁶. Le pourvoi formé en l'espèce par Arrow Group ApS et Arrow Generics Ltd le 24 novembre 2016 adresse à l'arrêt précité un triple reproche.

Le premier réfute en quelque sorte l'existence de preuves aptes à établir l'existence de liens entre les entreprises de génériques. Dans ce contexte, faute de concurrence « potentielle » entre ces acteurs, rien ne pouvait être reproché au demandeur

Le deuxième critique la qualification opérée par le Tribunal d'accords ayant pour objet de restreindre la concurrence.

Le troisième invoque une erreur de droit dans l'appréciation du caractère des agissements litigieux.

Il sera bien sûr intéressant de connaître la réponse de la Cour de justice sur ces différents points.

2- Pourvoi n° 614/16 P⁷

Dans le même contexte, et avec des arguments voisins, le laboratoire Merck a formé un pourvoi le 28 novembre 2016 contre la décision du Tribunal qui avait retenu également à son encontre l'existence des pratiques anticoncurrentielles soumises à examen. Dans un ordre légèrement différent du précédent, le demandeur articule encore trois griefs.

Le premier insiste sur l'absence en l'espèce de restriction par objet en vertu de l'article 101 paragraphe 1, TFUE.

Le deuxième réfute les arguments par lesquels le Tribunal a conclu à l'existence d'une concurrence potentielle à la date où les accords de règlement amiable en matière de brevets ont été conclus.

Le troisième conteste la condamnation à une amende telle que la Commission l'avait fixée.

Ici encore, le sort réservé à cet argumentaire servira de repère en la matière. Sauf à préciser que l'indulgence est rarement de mise en la matière. Si le droit de l'Union européenne est en ce sens, le droit interne, logiquement, est aussi empreint d'une certaine rigueur .

b) Rejet de recours des laboratoires pharmaceutiques contre des décisions de condamnation

La notion de pratique anticoncurrentielle impose une confrontation à laquelle nul opérateur économique ne saurait se soustraire. Il est ainsi imposé à chacun d'entre eux de s'abstenir de toute conduite qui puisse tomber sous le coup des interdictions définies par les textes. Un bref regard sur les décisions prises par les instances compétentes met clairement en évidence une relative permanence des attitudes appelées à constituer une telle atteinte. Comme il a été montré maintes fois dans la présente rubrique,

jusque et y compris les développements ci-dessus, les diverses « manœuvres » entreprises par différentes entités pharmaceutiques en vue d'échapper à la concurrence des médicaments génériques ont conduit à un certain nombre de condamnations pour entente ou abus de position dominante prohibé par les textes.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 janvier 2017 livre à cet égard des enseignements utiles à la compréhension du dispositif applicable en de telles circonstances⁸. En rejetant le pourvoi des demandeurs, il permet de mesurer l'influence de deux séries de règles. L'une concerne la computation du délai de prescription (1-), l'autre se rattache aux modalités d'une entente anticoncurrentielle (2-)

1- Computation du délai de prescription des pratiques anticoncurrentielles

Les pratiques étudiées ont pour particularité de rassembler une pluralité d'acteurs impliqués à quelque titre que ce soit dans la mise en œuvre de stratégies illicites. Dans cette optique, la nature et l'étendue des liens les unissant peuvent influencer la procédure ouverte à leur encontre. En l'espèce, la Haute juridiction n'avait en vérité à se prononcer que sur le recours de l'un d'entre eux. Le contexte dans lequel elle était appelée à statuer remonte à une affaire qui avait été au demeurant examinée dans ces lignes. Dans un premier temps, l'Autorité de la concurrence avait retenu la qualification de pratiques anticoncurrentielles à l'encontre de plusieurs entités auxquelles était reproché le fait d'avoir concurremment agi en vue de retarder l'entrée sur le marché du générique d'un médicament dont le principe actif permettait le traitement de la dépendance aux opiacés (Subutex). Dans un second temps, sur appel de l'un des protagonistes seul, la cour de Paris s'était prononcée dans le même sens et avait repris à son compte l'analyse des conditions dans lesquelles avait pu être retenue la qualification d'entente à l'encontre du demandeur en présence d'un accord de volontés des parties clairement orienté vers la mise en œuvre d'une pratique illicite.

Les sociétés Reckitt entendaient se prévaloir des particularités des poursuites intentées en l'espèce pour invoquer à leur profit la prescription des conduites en cause. La Haute juridiction écarte l'argument qui, pour habile qu'il soit, ne pouvait véritablement prospérer. Elle décide « qu'un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés, dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité ». Les juges du fond ayant établi celui-ci, le pourvoi des demanderesses ne pouvait qu'être rejeté.

Dès lors, se posait une autre question.

6 - TUE, Communiqué de presse n° 90 /16

7 - Pourvoi formé le 28 novembre 2016 par Merck KGaA JOUE C 30 du 30 janvier 2017 p. 40

8 - Com., 11 janvier 2017 pourvoi n°15-17134 Contrats, concurr. consommat. 2017 comm.83 observations G. Decocq, Europe 2017 comm.23 observations L. Idot, Resp. civ et assur. 2017 comm.94, RJDA 2017 n°4 p.325, RLC 2017 n° 58 p.7

2- Modalités d'une entente anticoncurrentielle

Sans doute les textes définissent-ils les éléments constitutifs de toute pratique susceptible d'entraîner une condamnation selon les possibilités et modalités qui s'y trouvent définies. Mais, au-delà d'une approche d'ensemble, chaque litige est l'occasion pour l'instance saisie de s'assurer de l'exacte correspondance entre les faits argués d'illicéité et les moyens de les sanctionner.

Il était ainsi également demandé à la Haute juridiction de se prononcer sur les critères retenus par les juges du fond à l'appui de leur décision de condamnation.

Sur ce point encore, prévaut une stricte orthodoxie de la notion d'entente anticoncurrentielle. En témoignent plus précisément les motifs de l'arrêt étudié par lesquels sont vérifiés les éléments de l'accord litigieux mettant clairement en évidence une « stratégie destinée à entraver l'entrée des génériques du « Subutex » ou encore à en réduire le développement sur le marché (...) ». Il ne restait plus dès lors à la Cour de cassation qu'à en souligner « la particulière nocivité économique » au travers des caractéristiques du secteur et les moyens employés.

L'accord soumis à examen pouvait alors, à bon droit, être qualifié d'entente anticoncurrentielle « par objet ».

La protection du marché, en particulier pharmaceutique, appelle à intervalles réguliers des mises au point nécessaires à la cohérence du dispositif applicable⁹.

Il en va de même à un autre point de vue.

B. Contrôle des concentrations

Le devenir des entreprises est à première vue entre « leurs mains ». Mais cette vision théorique ou « idéale » des choses ne résiste pas longtemps à l'examen. Le marché est en effet un espace « vivant » dans lequel toutes sortes d'événements peuvent en altérer plus ou moins gravement la structure. Les pouvoirs publics ont dû alors mettre en place les instruments nécessaires à son équilibre. Pour le protéger d'opérations de nature à le compromettre, a été institué, on le sait, un contrôle des opérations de concentration. D'un point de vue tant qualitatif que quantitatif, il s'agit pour les autorités compétentes de pleinement mesurer leur impact sur le segment concerné.

Il a déjà été montré dans cette rubrique que le marché de la santé était largement exposé à des « variations » plus ou moins sensibles. Si l'on pense volontiers aux rapprochements intervenus entre grandes firmes pharmaceutiques¹⁰, cet exemple est loin d'être exclusif. On doit rappeler d'autres

illustrations qui concernent des établissements de santé ou organismes d'assurance, notamment.

Une nouvelle fois, le mécanisme qui vient d'être évoqué a été mis en œuvre à l'initiative de la Commission de l'Union européenne (a) ou de l'Autorité de la concurrence (b).

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

Selon la procédure définie par les textes pour la mise en œuvre de la politique de concurrence, la Commission de l'Union européenne a eu à connaître d'un certain nombre d'opérations envisagées notamment par des laboratoires pharmaceutiques. Il suffira d'en évoquer quelques unes selon les modalités imposées à ce contrôle : notification (1-) ou non-opposition (2-).

1- Notification

On signalera la notification adressée à la Commission par Johnson et Johnson (J&J États-Unis) dans la perspective d'un projet de concentration dans lequel cette entité décide, par l'intermédiaire de Janssen Holding GmbH (« Janssen » Suisse) d'acquérir le contrôle de l'ensemble de l'entreprise Actelion Pharmaceuticals Ltd (« Actelion » Suisse) par achat d'actions¹¹.

D'autres procédures sont bien plus avancées.

2- Non-opposition¹²

La Commission de l'Union européenne a approuvé récemment différentes opérations qui lui avaient été au préalable notifiées.

En premier lieu, il en est ainsi de l'acquisition par Johnson et Johnson de l'ensemble de l'entreprise Abbott Medical Optics. Inc qui assure à l'échelle mondiale la fourniture de dispositifs médicaux destinés à la chirurgie de la cataracte et à la chirurgie réfractive ainsi que de produits pour soins ophtalmiques¹³,

En second lieu, après en avoir reçu notification le 7 mars 2017¹⁴, la Commission a également approuvé le projet par lequel l'entreprise Partners Group AG, société de capital-investissement du marché privé, cherchait à acquérir Cerba Healthcare qui est un laboratoire dont les prestations de service interviennent sur les marchés de la pathologie clinique¹⁵.

Le contrôle des opérations de concentration, toutefois, ne s'arrête pas là.

9 - L'Union européenne a annoncé le 15 mai 2017 qu'elle allait enquêter sur les pratiques tarifaires d'Aspen Pharma concernant des médicaments contre le cancer. Commission européenne Communiqué de presse IP/17 1323

10 - On consultera avec intérêt un article publié par la Tribune le 25 avril 2017 : J.Y Paillé, International. Les fusions-acquisitions géantes se multiplient dans les technologies médicales, à consulter sur le site www.latribune.fr

11 - Aff. M.8401 Johnson & Johnson /Actelion JOUE C 128 du 22 avril 2017 p.4

12 - Cf. également la publication de décisions antérieures : Aff. M.7975 Mylan/Meda Version publique publiée le 24 mars 2017 ; Aff. M.7917 Boehringer Ingelheim/Sanofi animal Health Business Version publique publiée le 8 mai 2017

13 - Aff. M.8237 Johnson et Johnson /Abbott Medical Optics JOUE C 87 du 21 mars 2017 p.7

14 - Aff. M.8397 Partner's Group/Cerba Healthcare JOUE C 79 du 14 mars 2017

15 - Communiqué de presse MEX/17/825 du 31 mars 2017

b) Contrôle des concentrations par l’Autorité de la concurrence

Le contrôle des concentrations que prévoient les dispositions de droit interne englobe de toute évidence les activités des entreprises les plus diverses. L’Autorité de la concurrence a ainsi été encore amenée à se prononcer sur des opérations liées au domaine de la santé. L’hypothèse n’est assurément pas nouvelle. Mais elle s’étend au gré de développements qu’il est utile de présenter rapidement dans ces lignes.

Pour la clarté de l’exposé, il sera distingué entre les opérations liées à des activités d’assurance (1-) et celles liées à des échanges de produits ou de services à visée sanitaire ou pharmaceutique (2-).

1- Opérations de concentration liées à des activités d’assurance

A l’heure où ces lignes sont écrites, l’Autorité de la concurrence a eu à connaître de différentes initiatives. Tout d’abord, le 16 mars 2017 lui a été notifiée une opération tendant à l’intégration de la Mutuelle Mieux-Etre au pôle santé du Groupe Pro BTP, dans le cadre de la conclusion d’un accord de partenariat avec BTP –Prévoyance¹⁶. Ensuite, le 20 avril 2017, l’Autorité de la concurrence a autorisé la création d’une société de groupe assurantiel de protection sociale (« SGAPS ») entre les sociétés Smatis France et Uniprévoyance¹⁷.

Quelques données de fait peuvent être mises en exergue. Il apparaît ainsi que les parties sont simultanément présentes sur le marché de l’assurance complémentaire collective. (points 10 s.). Il ressort également de la décision étudiée une analyse concurrentielle qui dissipe la perspective d’une atteinte sur les marchés concernés. Pour cette raison, l’Autorité décide d’autoriser l’opération en cause.

Une démarche du même ordre préside à d’autres situations.

2- Opérations de concentration liées à des échanges de produits ou de services à visée sanitaire ou pharmaceutique

Les occasions de saisine de l’Autorité de la concurrence pour contrôle des opérations de concentration sont d’une telle diversité qu’un classement à certains égards s’impose. Une fois encore, il a fallu que l’Autorité de la concurrence se prononce sur des changements envisagés dans le domaine des échanges de produits ou de services à visée sanitaire ou pharmaceutique.

A titre d’exemple, on indiquera la notification adressée à l’Autorité de la concurrence le 7 avril 2017 dans la perspective d’un projet de concentration consistant en l’acquisition par Elsa du groupe Médipôle Partenaires pour renforcer l’offre

de diagnostics et de soins hospitaliers en France¹⁸.

On évoquera également la décision du 31 janvier 2017 relative à la prise de contrôle exclusive du groupe Anios par le groupe Ecolab¹⁹. La décision étant susceptible de faire l’objet d’un recours devant le Conseil d’Etat, seuls ses aspects essentiels seront abordés ici. L’opération dont l’Autorité de la concurrence a eu à connaître met en présence Ecolab, groupe américain, leader mondial des technologies et services de l’eau, de l’hygiène et de l’énergie et Anios, société française active dans la production et la commercialisation de produits de nettoyage. Les parties sont simultanément présentes sur les marchés amont de la fabrication de produits d’hygiène et d’entretien à usage professionnel et sur les marchés aval de la distribution de ces mêmes produits (points 5 s.). A première vue éloignée des thèmes abordés dans cette revue, la décision étudiée les rejoint néanmoins au travers des éléments pris en considération par l’Autorité pour se prononcer. L’analyse concurrentielle à laquelle elle procède intègre en effet tous les paramètres des activités en cause. De longs développements sont ainsi consacrés aux « effets horizontaux » qu’entraînerait la concentration soumise à examen (points 44 s.). En suivant la pratique décisionnelle nationale, l’Autorité s’appuie alors sur une étude particulièrement minutieuse des marchés « pertinents ». Elle parvient ainsi à isoler au sein de celui de la distribution de produits d’hygiène et d’entretien à usage professionnel, des segments, tels « l’hygiène et la santé » (points 62 s.), ou les « industries cosmétique et pharmaceutique » (points 75 s.). A l’égard de ces dernières, l’Autorité insiste sur les dangers qu’aurait le rapprochement dont elle est saisie. Elle estime à cet égard « qu’en raison de la part de marché élevé de la nouvelle entité, de l’absence d’alternative équivalente aux parties et des coûts subis par un changement de fournisseur sur ce marché, l’opération est susceptible de porter atteinte à la concurrence par le biais d’effets horizontaux sur le segment des industries cosmétique et pharmaceutique » (point 78). Pour remédier aux risques d’atteinte à la concurrence identifiés, l’Autorité impose à Ecolab le respect d’engagements stricts (points 91 s.) dont le contrôle sera opéré par un mandataire indépendant agréé par l’Autorité.

La protection du marché est ainsi à la hauteur des menaces que font peser toutes sortes d’initiatives bien moins « anodines » qu’il n’y paraît au premier abord. Le système institué par les textes fonctionne ainsi au mieux des intérêts dont ils ont vocation à assurer la sauvegarde. Quelle que soit son importance, il n’est pas pour autant isolé. La protection des acteurs du marché occupe à cet égard une place qui ne saurait être passée sous silence.

16 - Notification à consulter sur le site Internet de l’Autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

17 - Décision n°17-DCC-49 du 20 avril 2017 à consulter sur le site Internet de l’Autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

18 - Résumé de l’opération à consulter sur le site Internet de l’Autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

19 - Décision 17-DCC-12 du 31 janvier 2017 relative à la prise de contrôle exclusive du groupe Anios par le groupe Ecolab à consulter sur le site Internet de l’Autorité de la concurrence, www.autoritedelaconcurrence.fr

2- Protection des acteurs du marché

Les variables « économiques » du droit de la concurrence donnent la juste mesure de l'espace à l'intérieur duquel les opérateurs peuvent ou non exercer pleinement leurs choix. Mais, encore au-delà et pour d'autres raisons, il leur est encore imposé d'agir dans leur intérêt commun. En d'autres termes, selon des modalités qui restent à préciser, des règles instituent, en cas de besoin, un examen de la licéité de leurs opérations.

Un partage s'opère en ce sens entre deux séries de dispositions. Les unes sont appelées à jouer au titre de la prohibition des pratiques restrictives de concurrence **(A)**. Les autres interviennent au titre de la prohibition des pratiques déloyales **(B)**.

A. Prohibition des pratiques restrictives de concurrence

L'intervention des pouvoirs publics dans les rapports de concurrence se caractérise sans doute par une certaine hétérogénéité. L'observation ne doit pas surprendre tant les menaces qui pèsent sur les échanges marchands sont en elles-mêmes, à bien des égards, protéiformes. Il leur a dès lors fallu mettre en place les instruments aptes à rétablir les acteurs du marché dans leurs droits. La perspective qu'il s'agit de mettre désormais en évidence relève alors d'exigences spécifiques. Deux remarques suffiront pour le moment à la démonstration. D'une part, dans la forme, on remarquera un changement de terminologie qui, de toute évidence, ne doit rien au hasard. Les pratiques dites « restrictives » de concurrence recouvrent en réalité des agissements, déconnectés de la notion de marché, qui nuisent en eux-mêmes aux intérêts des opérateurs économiques. Dans le fond, la différence apparaît également dans le « traitement » proprement dit de ces dérives. La législation applicable englobe une série de textes qui « balaient » pour ainsi dire tout le spectre des activités marchandes²⁰.

L'actualité jurisprudentielle récente permet d'observer la mise en œuvre de ces règles dans les relations contractuelles que peuvent nouer les professionnels de santé. L'étude qu'il est nécessaire d'entreprendre à ce titre conduit à examiner la réaction que suscitent, ici comme ailleurs, les comportements contraires aux exigences telles la transparence **(a)** et la bonne foi **(b)** imposées par les textes.

a) Exigence de transparence

Le principe de liberté qui préside normalement aux échanges marchands ne peut jouer au fond qu'à des conditions aptes à satisfaire l'attente des intéressés. Il est d'ailleurs significatif à cet égard que le législateur s'abstienne d'énumérer les pratiques autorisées mais, au contraire, procède à l'énumération de celles appelées à tomber sous

le coup de certaines interdictions. Plusieurs d'entre elles, comme il s'agit de le montrer désormais, tendent à une protection dont les opérateurs économiques ont clairement besoin.

Un ensemble de dispositions pose ainsi les règles à respecter dans ce cadre. On doit à un souci de rigueur une observation liminaire. L'intitulé du titre IV du Code de commerce distingue en effet la transparence des pratiques restrictives de concurrence elles-mêmes. Mais, au-delà des apparences, figure bel et bien une communauté d'inspiration que se chargent au demeurant de rappeler, le cas échéant, les magistrats.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 mars 2017²¹ établit formellement le lien entre les deux notions. En toute hypothèse, il met bien en évidence l'importance que revêt entre professionnels l'exigence de transparence imposée par les textes. Deux points essentiels retiennent l'attention: la sphère de compétence des juridictions saisies **(1-)** et la portée de l'obligation de communication des conditions générales de vente **(2-)**.

1- Sphère de compétence des juridictions

Le « statut » des pratiques restrictives de concurrence résulte d'une série de dispositions spécifiques destinées à sanctionner les différents types de dérives énoncées par les textes. Il n'y est pas seulement question d'une liste d'interdictions imposées par les pouvoirs publics. Des règles de procédure en font également partie dans une mesure qui, précisément, est discutée dans l'arrêt commenté. Il convient d'ailleurs d'observer que la Haute juridiction a rendu le même jour plusieurs arrêts sur l'articulation des compétences appelées à jouer en la matière²².

L'arrêt qui retient ici l'attention intervient dans un contexte qui intéresse la profession pharmaceutique. Un conflit était né du fait du refus de la société de Coopération pharmaceutique française (Société Cooper), en charge de l'approvisionnement des pharmaciens en médicaments et accessoires, de communiquer à deux sociétés créées par des pharmaciens d'officine les conditions générales de vente qui devaient présider à leurs échanges. Indépendamment de la question de fond relative à l'applicabilité de cette obligation à la charge de la société Cooper, devait être surtout réglé, par voie d'exception, un problème de compétence. Dans un contexte, il est vrai, radicalement différent de celui des arrêts rendus le même jour, la Haute juridiction fait prévaloir dans l'arrêt étudié la compétence du tribunal de grande instance à l'issue d'une analyse dûment motivée de l'objet entier du litige et du statut de certains des défendeurs.

Sur le fond, l'arrêt de la cour d'appel est néanmoins censuré pour des raisons qu'il convient de mettre en évidence

21 - Com., 29 mars 2017 pourvoi n° 15-27811 JCP E 2017 act.268 , JCP E 2017 1223, RLC 2017 n°61 p.6

22 - Com., 29 mars 2017 pourvoi n°15-24241, pourvoi n°15-17659 JCP 2017 498 observations M. Behar-Touchais, JCP E 2017 1238 observations R. Loir

20 - Cf. sur l'ensemble de la question, G. Parléani, Loi Macron : toujours plus en « pratiques restrictives » AJCA 2015 p.107 ; D. Ferrier, Concurrence-Distribution D.2017 p. 881

2- Portée de l'obligation de communication des conditions générales de vente

L'exigence de transparence imposée par les textes s'exprime par l'énumération d'un certain nombre de devoirs dont ne sauraient impunément s'abstraire les professionnels²³. Tel est en vérité l'enseignement qui se dégage de l'arrêt étudié. Il éclaire tant le contenu que la portée de l'obligation de communication des conditions générales de vente entre professionnels.

Au visa de l'article L.442-6, I, 9° du code de commerce, la Cour de cassation censure la décision des juges du fond qui avaient estimé en l'espèce que la société Cooper n'était pas tenue d'un tel engagement. Elle écarte toute possibilité d'exonération au travers d'un attendu de la plus grande fermeté.

Le principe est énoncé en ces termes : « Attendu qu'un fournisseur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente dans les conditions prévues à l'article L.441-6 du code de commerce; qu'il ne peut refuser à un acheteur la communication des conditions générales de vente applicables à une catégorie de clientèles que s'il établit, selon des critères objectifs, que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée ». Il est ainsi reproché à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté, sans avoir satisfait à ce préalable, les demandes reconventionnelles de communication des conditions générales de vente applicables au cas d'espèce.

La protection des opérateurs économiques va encore au-delà du contexte qui vient d'être évoqué.

b) Exigence de tempérance

La liberté qui préside aux échanges marchands se heurte à un autre point de vue à une certaine conception des rapports contractuels. Au-delà d'une vision purement civiliste des choses, l'exécution de bonne foi des contrats interdit différentes pratiques réputées néfastes au bon déroulement des rapports d'affaires. Sous couvert d'une telle préoccupation, le code de commerce prohibe au titre de pratiques restrictives de concurrence. la « rupture brutale de relations commerciales établies » (article L. 442-6, I, 5°).

Il résulte de ce texte une contrainte que doivent respecter les parties en présence dans une mesure qui reste à définir. L'exercice est toutefois moins simple qu'il n'y paraît au premier abord. Si l'on comprend sans difficulté « l'esprit » d'une telle mesure, la « lettre » en est certainement moins claire. L'interprète doit alors au cas par cas décider du périmètre de cette obligation de modération ou de tempérance. Les tribunaux ont eu ainsi à construire peu à peu une approche qui puisse résoudre les difficultés auxquelles ils se trouvaient confrontés²⁴.

23 - Cf. sur l'ensemble de la question, C. Aronica, L. Ostojski, Les conditions générales de vente, un incontournable de la relation commerciale AJCA 2014 p.165

24 - Cf. notamment sur la pratique judiciaire, Institut des usages, JCP E 2017 1283 chronique Usages ; L. Vogel, J. Vogel, Un bilan du droit des relations commerciales établies BRDA n°6 2017

Des décisions récentes permettent d'illustrer les modalités de mise en œuvre de ce texte en matière médicale ou pharmaceutique. Elles sont révélatrices du jeu complexe des conditions posées à ce titre. Les variables sur lesquelles repose le dispositif applicable (1-) définissent le champ de la responsabilité encourue à ce titre (2-).

1- Variables

L'intangibilité des contrats ne peut assurément se concevoir sans nuances. Des circonstances imprévues peuvent toujours en effet affecter le cours « normal » des engagements pris de part et d'autre. Il n'en demeure pas moins que les décisions prises en la matière sont susceptibles de mettre à mal les intérêts en présence. Pour cette raison, les pouvoirs publics ont institué dans les relations d'affaires, sous couvert de pratique restrictive, un « garde-fou » dont l'article 442-6, I, 5° définit les contours.

L'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales établies repose à cet endroit sur un ensemble de variables qui en établissent la spécificité. Sans entrer dans le détail d'une disposition en réalité fort complexe, il suffira ici d'observer que la cessation anticipée de l'exécution d'un contrat ne peut être imposée à « l'autre » qu'une fois établi le respect de conditions strictes. Tout se joue alors, comme souvent, sur le sens des mots. Or, sur ce point, une très grande latitude est, par la force des choses, laissée à l'interprète. Des précisions doivent ainsi être apportées dans chaque espèce aux notions essentielles que sont l'existence d'une « relation commerciale établie », d'une « rupture brutale », etc.

Il a pu ainsi être jugé que les professions de santé devaient également se conformer aux exigences imposées par le texte applicable. Dans un arrêt du 15 février 2017, la cour d'appel de Paris a par exemple reproché à un distributeur d'avoir rompu un contrat d'approvisionnement de produits médicaux sans préavis²⁵. Dans un arrêt du 15 mars 2017, la Cour de cassation a écarté au contraire l'existence d'une pratique restrictive de concurrence commise au détriment d'un laboratoire pharmaceutique, en l'absence de relations commerciales dûment formalisées et appelées à durer²⁶.

2- Responsabilité

Placée sous le régime d'une faute susceptible d'être reprochée à l'une des parties en présence, la pratique litigieuse expose dès lors son auteur à une responsabilité dont les magistrats auront également à fixer l'étendue. Il leur revient en particulier d'évaluer le préjudice dont la victime de la rupture considérée pourra demander réparation.

Dans le cas soumis à la cour d'appel de Paris, le préjudice a été fixé par rapport à la perte de marge brute que celle-ci pouvait escompter tirer pendant la durée du préavis qui aurait dû lui être accordé. Les juges du fond ont ainsi estimé que le calcul consiste dans ce cadre à « déterminer

25 - Paris, 15 février 2017 RG 16/16376

26 - Com., 15 mars 2017 RG 15/17246

la moyenne mensuelle de la marge brute sur trois exercices et à multiplier le montant obtenu par le nombre de mois de préavis dont aurait dû bénéficier la victime de la rupture ».

Comme le soulignent certains auteurs, la détermination et la sanction de la rupture de relations commerciales établies relève d'une casuistique qui, comme telle, induit une relative imprévisibilité²⁷.

Il n'empêche que la prohibition des pratiques restrictives de concurrence protège malgré tout les opérateurs économiques dans la mesure fixée à cet endroit. Une autre série de règles vient à leur secours dans une perspective qui doit être désormais mise en évidence.

B. Prohibition des pratiques déloyales

La liberté reconnue aux opérateurs économiques connaît ici une autre limite. Il leur est interdit, en outre, de recourir à des stratégies qui s'écartent d'un modèle fondé sur l'exigence de loyauté de la concurrence. L'importance des risques en la matière a conduit peu à peu les pouvoirs publics à se préoccuper des moyens à mettre en œuvre pour y remédier autant que faire se peut. A cette fin, une certaine rigueur est venue présider aux initiatives en vigueur dans un secteur donné. Rien pour ainsi dire n'a alors été véritablement laissé au hasard. La notion de concurrence déloyale permet en effet d'appréhender différentes sortes d'abus commis dans les échanges aux dépens d'autrui.

Sa mise en œuvre effective résulte du contrôle, par les tribunaux, de la qualité des rapports concurrentiels dans des situations qu'il est utile d'aborder dans ces lignes. Il apparaît, à la lumière de la jurisprudence récente, que la déloyauté est un vice que prohibent tant le droit de la concurrence (**a**) que le droit de la consommation (**b**).

a) Approche du droit de la concurrence

Le sort réservé aux pratiques déloyales obéit à un partage qui s'opère en droit de la concurrence selon différentes modalités auxquelles sont naturellement exposés les professionnels de santé. Entre ici en ligne de compte une distinction classique entre les hypothèses de responsabilité contractuelle (**1-**) ou délictuelle (**2-**).

1- Déloyauté contractuelle

La volonté des parties façonne en principe, on le sait, les composantes du contrat dans lequel elles ont tenu à s'engager. Pour autant, elles ne sont pas entièrement libres de faire ce que bon leur semble. D'une part, il leur est demandé de se conformer aux stipulations qu'elles ont agréées. D'autre part, il leur est également imposé de s'abstenir de toute initiative qui puisse remettre en cause le « suivi » de leur engagement.

Un arrêt récent rappelle en matière médicale les exigences qu'impose une relation contractuelle loyale²⁸. Il s'agissait pour

les magistrats de la cour d'appel de Paris de se prononcer sur le bien-fondé d'initiatives prises par l'une des parties, au risque de compromettre l'exclusivité acquise par son cocontractant. Etait plus précisément en cause l'exécution, par une entreprise, d'un contrat de partenariat et distribution portant sur la vente d'aiguilles médicales souples et fines (« Magic Needles ») protégées par un droit de brevet délivré au médecin qui les avait inventées et par là-même trouvé un débouché conforme à la défense de ses intérêts.

Rien n'aurait vraisemblablement été contesté en justice si, au cours de l'exécution du contrat, le distributeur n'avait pris l'initiative de faire concurrence à son cocontractant « d'origine » en commercialisant des produits de santé identiques (« Dermasculpt »), au mépris des obligations qu'il avait primitivement souscrites. La cour d'appel approuve la décision des premiers juges qui l'avait condamné pour violation de son obligation d'exécution de bonne foi de la convention, ses obligations de ne pas affaiblir les droits de son cocontractant, de non-concurrence et de confidentialité sur le savoir-faire ».

D'autres circonstances sont à prendre en considération.

2- Déloyauté délictuelle

L'hypothèse de débordements dans les rapports d'affaires pouvant être le fait d'acteurs « imprudents », rien ne s'oppose à la mise en œuvre à leur encontre d'un principe général de responsabilité dans les conditions de l'article 1382 (devenu 1240) du code civil. Sans entreprendre dans ces lignes l'examen des différents cas de concurrence déloyale, il suffira sans doute de prendre pour exemple l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 26 avril 2017²⁹.

Il rend compte une nouvelle fois de la possibilité de sanctionner les actes de dénigrement par la théorie de la concurrence déloyale³⁰. Etait plus précisément en cause dans cette espèce, (bien avant l'accident survenu le 21 décembre 2016 entraînant le décès d'un nouveau-né), le contenu d'un article publié sur un site Internet stigmatisant les propriétés d'un médicament pour nourrissons à base de vitamine D, l'Uvesterol. Il s'agissait dès lors pour les magistrats de statuer sur l'existence du dénigrement invoqué de ce fait par le laboratoire Crinex à l'encontre de l'auteur de cette publication.

L'arrêt étudié confirme le jugement entrepris qui avait retenu un tel grief. Il en est ainsi au terme d'une analyse minutieuse des faits litigieux. Il en ressort, conformément à une jurisprudence abondante que le dénigrement consiste à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle, en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur. L'exigence de loyauté de la

27 - Cf. en ce sens, L. Vogel, J. Vogel précité
28 - Paris, 8 mars 2017 RG 15/16032

29 - Paris, 26 avril 2017 RG 15/07604
30 - Cf. en dernier lieu, J.P Gridel, Le dénigrement en droit des affaires. La mesure d'une libre critique JCP 2017 doctr. 543

concurrence l'emporte ainsi sur les arguments mis en avant ici par le demandeur.

La question peut encore se poser dans un cadre distinct.

b) Approche du droit de la consommation

L'encadrement qu'appellent en certaines circonstances les rapports d'affaires tient en dernière analyse à une pluralité de règles appelées à lui donner la cohérence nécessaire. Il existe à ce titre, au regard de leurs bienfaits réciproques, une complémentarité pour ainsi dire évidente entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. La question de l'articulation de leurs règles peut néanmoins, le cas échéant, se poser. Il est alors nécessaire d'examiner leur contenu intrinsèque, tel que défini par chacun des corps de règles en vigueur.

Un arrêt récent de la Haute juridiction met précisément en évidence, en matière de cosmétiques, les « clivages » auxquels peuvent conduire les textes applicables³¹. Il est ici opportun de rappeler que les échanges marchands mettent en présence des acteurs multiples, chacun disposant en cas de besoin des recours nécessaires à la poursuite de ses intérêts. Dans ce contexte, il est en particulier interdit aux opérateurs économiques d'avoir recours à des pratiques susceptibles de nuire à autrui. Les concurrents et les consommateurs sont ainsi protégés contre des « pratiques déloyales » au travers de dispositifs dotés de caractéristiques décisives. La question qui finit par se poser, comme en l'espèce, est celle du champ d'application des différentes règles en vigueur. L'arrêt du 1^{er} mars 2017 reproche aux juges du fond d'avoir fait, indûment, abstraction des règles qu'impose le droit de la consommation. Il apparaît ainsi dans la pratique judiciaire un rappel à l'ordre en vue d'une stricte application des règles en vigueur.

La déloyauté relève ainsi d'une double approche, dans laquelle les possibilités de mise en œuvre du droit de la consommation l'emportent en certaines hypothèses sur celles du droit de la concurrence. Il y a donc, à la lumière de cette vision des choses, une déloyauté lato (1-) ou stricto sensu (2-).

1- Déloyauté lato sensu

L'arrêt étudié confirme la possibilité pour un opérateur économique d'intenter une action en justice pour concurrence déloyale du fait de l'imitation, par exemple, de l'emballage de ses produits. L'hypothèse est classique et l'on comprend qu'il soit souvent donné satisfaction au demandeur dans une telle perspective. On doit néanmoins observer qu'en l'espèce, la procédure engagée tenait à des faits bien plus « graves » puisqu'il ne s'agissait pas uniquement de demander la sanction de « simples » ressemblances fautives, mais également et peut-être surtout de présentations trompeuses,

du fait de la mention inexacte de la provenance du produit litigieux (savon tradition Alep, en réalité made in Tunisie...). La société Najjar entendait ainsi faire condamner les sociétés Léa, spécialisées dans la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques, pour des actes de concurrence déloyale en raison de pratiques commerciales trompeuses pour le consommateur au sens des dispositions de l'article L.121-1 2°, b du code de la consommation.

L'arrêt du 1^{er} mars 2017, le moment venu, remet les choses en perspective. Il ne s'agit pas en effet, pour le demandeur ou les juges du fond, d'étendre inconsidérément le champ d'application de la qualification de « pratique déloyale » au sens du texte précité. Il leur appartient au contraire de se conformer aux conditions de l'action imposées par la loi. Il résulte de cette approche que l'imitation, condition nécessaire, parmi d'autres, de l'action en concurrence déloyale au sens de l'article 1382 devenu 1240 du code civil n'est pas en elle-même suffisante au sens des dispositions du code de la consommation sur les pratiques trompeuses. Celles-ci s'entendent en effet de comportements « ayant altéré ou de nature à altérer de manière substantielle le comportement du consommateur ». Il s'agit d'un changement sensible de perspective que la Haute juridiction entend clairement faire respecter.

2- Déloyauté stricto sensu

Sous des appellations voisines centrées sur la « déloyauté », les dispositions applicables ont chacune leurs propres exigences. Il ressort en vérité de l'arrêt étudié un double enseignement.

En premier lieu, la nature de la déloyauté susceptible d'être sanctionnée en droit de la consommation est assurément plus étroite que celle du droit de la concurrence. Pour s'en tenir au problème posé dans l'arrêt commenté, on observera simplement qu'elle implique, conformément aux dispositions applicables, la démonstration d'une influence néfaste sur le comportement économique du consommateur. Au contraire, l'imitation interdite par le droit de la concurrence est simplement appréhendée au travers de ses composantes intrinsèques constitutives, ou non, d'une faute dont l'adversaire pourrait obtenir réparation. Les juges du fond en l'espèce ont opéré un « mélange des genres » qui pour cette seule raison encourait la censure de la Haute juridiction.

En deuxième lieu, la portée elle-même de la déloyauté telle que celle de l'espèce étudiée est étroitement circonscrite par les dispositions applicables au titre du droit de la consommation. Les circonstances ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} mars 2017 ne pouvaient en vérité être appréhendées, au regard des conditions imposées par les textes, que dans le sens d'une nécessaire rigueur. Une chose est l'interdiction de comportements trompeurs pour le consommateur prévue par les textes répressifs ; une autre est le recours qui reste ouvert pour le concurrent lésé par une telle stratégie. Les deux actions, complémentaires, ne peuvent être, malgré tout, interchangeables au gré des demandeurs. La Haute juridiction ne pouvait dans cette optique que reprocher

31 - Com., 1^{er} mars 2017 D.2017 p.501, JCP E 2017 1169, JCP E 2017 1219 note S. Moracchini-Zeidenberg, Propr. ind. 2017 comm. 39 observations J. Larriue, Dr. pén. 2017 comm. 62 observations JH Robert ; *adde* E. Bazin, Un an de droit pénal de la consommation Dr. pén. 2017 chr.5

aux juges du fond l'erreur qu'ils avaient pu commettre en s'écartant des préceptes normalement applicables.

Il ne faudrait pas toutefois cantonner à l'excès les recours dont pourraient disposer les « concurrents » des auteurs d'actes répréhensibles à ce titre. On observera en effet qu'il leur reste toujours, aux conditions fixées par les textes, la possibilité d'agir sur le terrain de l'action en concurrence déloyale. « Il s'infère nécessairement d'actes de publicité mensongère constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral »³².

Les initiatives des professionnels de santé, on le voit une fois encore, n'échappent pas nécessairement à tout reproche. Les règles applicables leur enjoignent en effet d'agir au mieux des intérêts d'autrui. Les exigences qu'ils sont tenus de respecter s'inscrivent de ce point de vue dans une logique moins libérale qu'il n'y paraît au premier abord. Il doit sans doute en être ainsi dans l'intérêt d'une communauté faite tout à la fois de concurrents et de patients dont on sait qu'ils doivent être à l'abri de tout débordement.

Caroline Carreau

.....
32 - Cf. notamment en ce sens Com., 28 septembre 2010 Contrats concurr. consomm. 2011 comm.69 observations M. Malaurie-Vignal ; Paris, 3 mai 2017 RG 14/21219