



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, 16. hal-04207328

HAL Id: hal-04207328

<https://hal.science/hal-04207328>

Submitted on 14 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

L'intervention du droit de la concurrence est une nécessité que chacun s'accorde toutefois à cantonner à l'intérieur de justes limites. Il revient ainsi aux instances compétentes de décider au cas par cas du sort des activités litigieuses, quel qu'en soit, on le sait, le domaine. Les opérateurs économiques sont ainsi bridés dans leurs initiatives au gré des interdictions ou contrôles qui leur sont imposés. Le « balisage » qui en résulte livre un certain nombre d'enseignements. Le partage qui s'opère alors tient à l'examen de conduites susceptibles d'être reprochées aux « agents » mis en cause¹. De deux choses, l'une : soit aucune infraction n'a pu être établie à leur endroit, soit au contraire il en existe une ou plusieurs dont ils auront dès lors à répondre selon le dispositif applicable.

Il résulte clairement de cette approche de larges possibilités de mise en œuvre des règles de concurrence, y compris en matière sanitaire. Il est là encore toujours craindre que les outils « commerciaux » dont se servent les professionnels ne le soient qu'à leur profit exclusif. Sont plus précisément en cause des pratiques ou des rapprochements qui ne sont pas systématiquement à l'abri de tout reproche. La période écoulée en témoigne encore dans une double perspective. On y observe en effet de nouvelles illustrations du contentieux des pratiques anticoncurrentielles (1) et de la surveillance qu'imposent les pratiques à risques (2).

1. Santé, concurrence et contentieux des pratiques anticoncurrentielles

Si la liberté des échanges est bien la règle, elle impose néanmoins aux acteurs du marché d'en respecter la « dynamique » propre. Plus précisément, la marge de manoeuvre dont ils disposent en théorie doit tenir compte, on le sait, de la prohibition des pratiques dites « anticoncurrentielles ». Comme leur dénomination le laisse entendre, celles-ci couvrent un large spectre de stratégies de nature à faire obstacle à l'ouverture des marchés. Si la « nomenclature » dans laquelle elles s'intègrent est désormais bien connue, il reste à en vérifier concrètement l'existence dans une espèce donnée. En d'autres termes, les litiges présents ou passés sont l'occasion d'étudier le schéma qui recense les griefs éventuellement opposables aux professionnels de santé.

Les difficultés qui se sont présentées depuis la dernière « livraison » de cette Revue² s'articulent essentiellement

.....

1 - Cf. en marge de la présente rubrique, l'arrêt de la CJUE du 19 octobre 2016 (Aff.C-148/15 Deutsche Parkinson Vereinigung e V c Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e V) aux termes duquel l'uniformisation des prix de médicaments soumis à prescription en Allemagne est contraire au droit de l'Union (restriction non justifiée à la liberté de circulation des marchandises); pour plus d'informations, cf. Communiqué de presse n°113/16 du 19 octobre 2016.

2 - Cf. JDSAM 2016 n°14 p. 82, version électronique à consulter sur le site de l'IDS

autour de trois axes principaux. Elles permettent de mettre en évidence les évolutions, en droit de la concurrence, du contentieux des médicaments (A), des dispositifs médicaux (B) et des produits d'hygiène et de cosmétologie (C).

A. Du contentieux des médicaments

La prohibition des ententes et des abus de position dominante constitue de toute évidence une mesure nécessaire au bon fonctionnement des marchés, quels qu'ils soient, en évitant en quelque sorte leur « cloisonnement ». Elle n'est pas pour autant intégralement respectée. Dans ce contexte, qui peut varier pour ainsi dire à l'infini, les hypothèses de conflits ne manquent pas. Il arrive ainsi, on le sait, que les laboratoires pharmaceutiques, en particulier, y soient impliqués. La remarque qui précède prend tout son sens dans l'analyse des tenants et aboutissants de chaque « affaire » les concernant.

Il convient ainsi de s'intéresser aux procès dans lesquels, une nouvelle fois, ont pu être mises en évidence des pratiques anticoncurrentielles. Il ne cesse en vérité d'apparaître que la commercialisation de médicaments donne éventuellement lieu à des agissements contraires aux dispositions en vigueur, qu'il s'agisse de la prohibition des ententes (a) ou des abus de position dominante (b).

a) Des laboratoires coupables d'ententes anticoncurrentielles

Le prix des médicaments est clairement un problème de santé publique. A défaut d'en tenir systématiquement compte, les laboratoires s'exposent le cas échéant aux plus vives critiques. Les dépenses qu'ils engagent au nom de la recherche et développement constituent sans aucun doute pour eux une contrainte de poids. Mais il est tout aussi évident qu'elles ne sauraient justifier tout débordement. La question posée interpelle en vérité la communauté tout entière. Les pouvoirs publics s'en emparent naturellement dans l'intérêt de tous. Ils redoutent à juste titre que d'éventuels excès mettent en péril les intérêts budgétaires dont ils ont la charge et limitent l'accès des malades au traitement de pathologies lourdes (cancers, DMLA, hépatite C, maladies orphelines notamment)³. Comme on peut l'imaginer, la recherche d'un équilibre se heurte à un certain nombre d'obstacles...

Les pratiques individuelles de telle ou telle entité suscitent une légitime inquiétude. Leur examen ne couvre pas toutefois l'intégralité des risques encourus. Le thème qu'il s'agit d'aborder dans ces lignes est, sinon une constante de cette rubrique, du moins un sujet de préoccupation récurrent. On en revient en effet à un « pur » aspect du droit de la concurrence. Sont de nouveau en cause les comportements que peuvent adopter les opérateurs économiques pour

.....

3 - Cf. sur ce point, C. Hecketsweller, Quels sont les médicaments les plus coûteux en France ? Le Monde, 16 octobre 2015 ; J.Y. Paillé, Quels médicaments coûtent le plus cher à la sécurité sociale ? La Tribune 16 octobre 2015 ; Des médicaments contre le cancer trop chers : « menaces réelles » sur les patients L'Express 15 mars 2016 G. Vallencien, Médicaments trop chers : cessons la polémique ! Les Echos 23 juin 2016

parvenir à leurs fins. Sans opérer un véritable retour aux sources, il suffira de rappeler que l'objectif de sauvegarde de l'ouverture des marchés a des répercussions sensibles sur la liberté de choix des opérateurs économiques. Il leur est en particulier interdit de conclure des « arrangements » dont il résulte, à plus ou moins grande échelle, un resserrement de la sphère de concurrence à l'intérieur de laquelle ils évoluent. Malgré tout, il arrive que les « intéressés » s'écartent du schéma ainsi établi et enfreignent la prohibition des ententes posée par les textes. Une illustration nouvelle de ce grief, dont par le passé ont eu à répondre pour des raisons diverses, on le sait, plusieurs laboratoires⁴, figure dans l'actualité judiciaire récente.

Un arrêt de la Cour de cassation⁵ permet de mettre en lumière des points importants du dispositif en vigueur. Il est l'occasion d'aborder aussi bien des questions de fond (1) que des questions de forme (2).

1- Questions de fond

La question du prix des médicaments est assurément source de violentes controverses du fait de son incidence sur le bien-être de la collectivité. Elle donne également lieu à un contentieux caractéristique qu'il convient d'aborder dans ces lignes. Il doit bien être précisé à titre liminaire que seul sera mis en évidence le « volet » qui correspond à la mise en œuvre du droit de la concurrence⁶.

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles conduit de toute évidence à la mise en œuvre des règles existantes à l'encontre de toute structure qui pourrait l'enfreindre. Dans l'hypothèse du grief d'entente, l'examen prévu par les textes conduit à rechercher les « vicissitudes » de l'opération susceptible d'être reprochée aux différentes parties prenantes. Comme le révèle une affaire récente, rien n'est véritablement laissé au hasard.

Tout commence en l'espèce par l'intérêt porté par les autorités de concurrence⁷ aux « prémisses » de la commercialisation de traitements anti-angioniques de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA) proposés par les laboratoires Roche et Novartis. En réponse aux interrogations, critiques et craintes suscitées par le prix particulièrement élevé du médicament Lucentis prescrit pour cette maladie au lieu de l'Avastin réputé par les médecins et pharmaciens tout aussi efficace, l'Autorité de la concurrence

s'est préoccupée de l'existence d'une éventuelle collusion fautive entre les deux « géants » de la pharmacie⁸.

Ses services d'instruction ont à ce titre procédé, après autorisation d'un juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et de saisie inopinée auprès des entreprises en cause. Leur régularité est à l'origine d'un recours dont les juges du fond ont à bon droit écarté le bien-fondé.

L'existence de pratiques anticoncurrentielles ne saurait en tout état de cause être dissociée de l'examen de questions de forme.

2- Questions de forme

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles comporte un volet essentiel qui conduit à examiner « de l'intérieur » les comportements litigieux. La formule qui précède est certainement moins surprenante qu'il n'y paraît au premier abord. Elle tient en vérité aux particularités des agissements poursuivis qui ne peuvent d'emblée être mis en évidence et dès lors qualifiés. S'il appartient aux autorités compétentes de les analyser et de mesurer leur impact sur les marchés, il leur revient également, et peut-être surtout, d'en rechercher les preuves.

Au-delà du principe, la tâche à entreprendre est par définition complexe. Le caractère occulte des éléments aptes à constituer l'entente prohibée implique des investigations dont la nature et « l'usage » doivent également respecter les dispositions en vigueur. Cet aspect des choses alimente également un contentieux caractéristique. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 octobre 2016 dans le cadre des pratiques évoquées ci-dessus, dont se seraient rendues coupables Roche et Novartis, livre en outre à cet égard un certain nombre d'enseignements. Il s'agissait pour la Haute juridiction de se prononcer sur la motivation de l'ordonnance du premier président de cour d'appel de Versailles qui avait admis la régularité des visites, perquisitions et saisies autorisées en l'espèce par le juge des libertés et de la détention⁹. Le rejet du pourvoi des demandeurs (Novartis groupe France SAS et Novartis pharma SAS seuls) est l'aboutissement d'une pluralité de justifications. La « chronologie » des événements sert de repères efficaces.

En premier lieu, la Cour se prononce sur l'autorisation elle-même de procéder aux investigations litigieuses au titre des dispositions en vigueur (article L. 450-4 du code de commerce). L'arrêt rendu sur ce point rend véritablement compte de la dimension effective du litige considéré. Il en est ainsi pour deux raisons essentielles. D'une part, sont bien mis en évidence tout au long de la décision commentée, les éléments laissant suspecter l'existence d'une « collusion » effective. Il en est ainsi notamment au regard de liens

4 - Cf. notamment en dernier lieu les accords de « pay for delay »

5 - Crim., 26 octobre 2016 pourvoi n°15-83477

6 - Sur d'autres aspects, cf. notamment A. Degrossat-Théas, J. Peigné, Les vicissitudes des recommandations temporaires d'utilisation RDSS 2015 p.289 ; V. Vioujas, L'encadrement des prescriptions hors AMM par les recommandations temporaires d'utilisation : d'une arme « anti-Mediator à un instrument « anti-Roche » RGDM 2015 panorama de droit pharmaceutique 2014 p.71

7 - Déjà, dans le même contexte, l'Autorité de la concurrence italienne (Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato-AGCM) avait condamné en mars 2014 les deux laboratoires à une amende de 182,5 millions d'euros pour avoir empêché, par des accords illicites, l'usage du traitement oncologique Avastin, bien moins onéreux, dans le traitement de la pathologie oculaire précitée ; cf. notamment sur ce point www.lemonde.fr et www.latribune.fr

8 - Cf. Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 9 avril 2014 à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

9 - Versailles, 7 mai 2015 RG 14/3139 à consulter sur le site internet www.lextenso.fr

capitalistiques et contractuels dûment mis en lumière par l'ordonnance contestée. D'autre part, sont encore évoquées à bon droit les particularités intrinsèques des pratiques mises en cause. Il suffit en réalité au premier président de la cour d'appel de rappeler que « les stratégies qui ont pour objet ou pour effet l'entente illicite ou l'abus de position dominante sont établies selon des modalités secrètes, et les documents nécessaires à la preuve de ces pratiques prohibées sont vraisemblablement conservés dans des lieux et sous une forme qui facilitent leur dissimulation, destruction ou altération en cas de vérification ». La Cour de cassation approuve cette approche, « l'existence de présomptions de pratiques justifiant la mesure autorisée qui n'est pas disproportionnée avec les nécessités de la lutte contre de telles pratiques ».

En deuxième lieu, la Cour avait également à se prononcer sur le « bon » déroulement lui-même des opérations intervenues au titre de l'autorisation qui vient d'être étudiée. Sur ce point, l'arrêt introduit quelques nuances. Cette observation tient en réalité à une particularité de l'espèce. D'une part, sans doute, les éléments du dossier permettaient-ils aux enquêteurs de procéder aux opérations litigieuses, étant admis, aux termes de l'ordonnance contestée, « qu'ils ont fait montre d'un discernement suffisant et de proportionnalité dans la recherche de documents en relation avec les agissements reprochés ». Mais, parallèlement, comme le souligne la Cour, il est relevé à leur encontre une irrégularité qui ne pouvait qu'être vite sanctionnée. L'arrêt étudié estime à son tour que la saisie de correspondances échangées entre un avocat et son client, en l'espèce Novartis, était intervenue en violation des dispositions de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. En annulant ces opérations au nom du secret des correspondances imposé par ce texte et en exigeant la restitution des pièces litigieuses ainsi que l'interdiction d'en faire usage, l'ordonnance soumise à examen n'a donc fait que respecter les dispositions invoquées par les demandeurs¹⁰.

La recherche de faits susceptibles de constituer une entente prohibée est ainsi encadrée par les limites qu'impose une bonne administration de la justice dans un contexte donné¹¹. D'autres pratiques sont encore à prendre en considération.

b) Des laboratoires coupables d'abus de position dominante

La sauvegarde de l'intérêt des marchés, évoquée à différentes reprises dans cette rubrique, impose certainement d'autres perspectives que celle qui vient d'être évoquée. Sans

doute, s'agit-il encore de pratiques anticoncurrentielles. Mais cette notion, on le sait, recouvre différentes hypothèses. La prohibition des abus de position dominante constitue à cet égard une mesure qui neutralise par définition les velléités d'opérateurs économiques trop « conquérants ». Il en est ainsi au travers de dispositions applicables à quiconque tenterait de détourner à son profit exclusif les avantages tirés de la liberté de concurrence. Les laboratoires pharmaceutiques ont vocation, comme les autres entités, à répondre de leurs actes dans ce cadre.

Un arrêt récent, rendu au demeurant dans un contexte précédemment évoqué, apporte confirmation de cette possibilité¹². Il est l'occasion de préciser la qualification (1) et la sanction de l'abus de position dominante (2).

1- De la qualification d'abus de position dominante

Sous couvert de « pratiques anticoncurrentielles », les pouvoirs publics interdisent en vérité des comportements dotés chacun de spécificités irréductibles. Pour cette raison, les dispositions applicables « traitent » séparément de l'abus de position dominante. L'hypothèse, au demeurant, a déjà été envisagée dans cette rubrique. Elle correspond à des conduites unilatérales décidées par des entreprises détenant sur un marché donné une part importante de celui-ci au détriment d'autrui. Il convient certainement de distinguer ici la cause et l'effet de telles sources de conflit. Il est clair en effet que l'on ne saurait reprocher à une entreprise d'occuper une place de choix dans un segment donné. En revanche, la sauvegarde des intérêts du marché appelle que soit néanmoins surveillé « l'usage » qui est fait de ce statut. Il n'est certainement pas à exclure que soient commis en parallèle des « excès » qui ne sauraient systématiquement rester impunis.

Il s'agit alors de procéder à l'examen de pratiques dont il résulte en particulier l'exclusion « coupable » de tel ou tel concurrent.

L'une des « armes » employées indument à cette fin réside, on le sait, dans le dénigrement.

La formule employée est délibérément neutre. Elle reste en effet à préciser, en droit des pratiques anticoncurrentielles¹³, au regard de certaines conduites mettant nommément en cause les produits d'un concurrent. L'arrêt étudié approuve d'ores et déjà la décision qu'avait rendue sur ce point, le 18 décembre 2014, la Cour d'appel de Paris à l'encontre des sociétés Sanofi et Sanofi-Aventis France¹⁴. La concordance de points de vue tient en réalité à une analyse stricte des composantes de l'abus de position dominante. Il en est ainsi

10 - Comp. Com., 9 mars 2016 pourvoi n° 14-85325

11 - Comp. Com., 9 mars 2016 pourvoi n° 14-84566 JCP E 2016 1390 observations L. Milano, RJDA 2016 n°6 p.16 ; sur cette question, cf A. Marie, Les enquêtes réalisées par les agents de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles : point d'actualité après la réforme de l'ordonnance du 13 novembre 2008 RJDA 2014 P.707 ; *adde*, TUE, 8 septembre 2016 Aff/ T-54/14 Goldfish BV, Heiploeg BV, Heiploeg Beheer BV, Heiploeg Holding BV c. Commission Contrats concurr. consomm. 2016 comm. n°240 observations G. Decocq ; Paris, 22 septembre 2016 Contrats concurr. consomm. 2016 comm. n°242 observations G. Decocq

12 - Com., 18 octobre 2016 pourvoi n° 15-10384 Europe 2016 chr.12 L'application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (mai 2015-octobre 2016) n°5 observations AS Choné-Grimaldi; RLC 2016 n°56 p.10

13 - Comp. sur le terrain du grief de concurrence déloyale, JDSAM 2016 n°14 p. 88 avec nos observations

14 - Cf. JDSAM 2015 n°3 p. 78 et nos observations ; *adde* O. Ancelin, F de Bakker, Le dénigrement des génériques du Plavix constitue bien un abus de position dominante AJCA 2015 n°3 p131, G. Decocq, Le dénigrement est un abus Contrats concurr. consomm. 2015 comm. n°66

à un double point de vue.

En premier lieu, la Haute juridiction approuve les limites auxquelles se heurte « légalement » le droit des laboratoires en cause de communiquer sur le principe actif et les indications thérapeutiques de leur produit. En l'espèce, un examen méthodique des allégations relatives aux différences objectives entre le Plavix (l'un des médicaments les plus vendus dans le monde) et ses génériques, portées à la connaissance des professionnels de santé, conduit les magistrats à qualifier de dénigrement les défauts imputés aux produits des concurrents.

En deuxième lieu, la Haute juridiction s'attache à l'examen des particularités du marché à l'intérieur duquel « opèrent » les sociétés mises en cause. Etant établie leur position dominante sur le marché de la substance ainsi valorisée à l'excès, il lui revenait de conforter ou non les motifs de la cour d'appel aptes à fonder l'existence d'un abus au sens des dispositions applicables. Le rejet du pourvoi apporte la réponse attendue. En d'autres termes, les juges du fond ont eu raison de rappeler que « la notion d'exploitation abusive » d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens qui sont différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services (...) ». Il résulte de cette approche des conséquences décisives. Dans un tel contexte, il était effectivement à craindre que « la diffusion d'une information négative, voire l'instillation d'un doute sur les qualités intrinsèques d'un médicament, puisse le discréditer immédiatement auprès de ces professionnels (...) ».

Le dénigrement ainsi caractérisé appelait dès lors la mise en œuvre d'un autre volet du dispositif établi par les textes.

2- De la sanction de l'abus de position dominante

Les demandeurs au pourvoi critiquaient également la « méthode » qu'avait suivie la cour d'appel pour les condamner au versement d'une somme (40,6 millions d'euros) qu'ils estimaient avoir été arbitrairement fixée. Il appartenait dès lors à la Cour de cassation de se prononcer sur la portée d'un texte qu'auraient méconnu les juges du fond. La réponse apportée sur ce point est clairement nuancée...Elle leur reproche en effet de s'être écartée du dispositif normalement applicable, sans pour autant censurer leur décision. Le raisonnement que l'on évoque appelle un certain nombre de précisions.

En premier lieu, il ressort de l'arrêt étudié une critique en apparence sévère de la décision d'appel. Elle vise plus précisément le mode de calcul retenu par la cour pour fixer l'amende infligée *in fine* à Sanofi. A ce stade du procès, un bref retour en arrière s'impose. Dans la rigueur des principes, la détermination des sanctions pécuniaires relève d'un communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011. Or, manifestement, les décisions antérieures n'en ont

guère tenu compte. Il revenait ainsi à la Cour de cassation de déterminer la nature de ce texte et sa portée sur la condamnation à venir. Sur ce point, l'arrêt étudié livre un certain nombre d'enseignements. D'une part, il qualifie le texte applicable de « directive, au sens administratif du terme ». D'autre part, il en tire les conséquences logiques qu'auraient ignorées les « instances » antérieurement saisies. En d'autres termes, il est reproché en l'espèce à la cour d'appel d'avoir omis de vérifier le respect du texte qui s'imposait également à elle. En second lieu, il résulte également de l'arrêt étudié une solution qui est sans doute moins surprenante qu'il n'y paraît au premier abord. En dépit de « l'écart » imputé aux juges du fond, la Haute juridiction s'abstient en effet de censurer leur arrêt. Selon elle, la détermination des sanctions pécuniaires n'a sans doute pas obéi, tout au long de la procédure, au « modèle » normalement applicable. Mais il résulte de son arrêt que l'Autorité de la concurrence a respecté les termes de son communiqué, « en précisant les raisons d'intérêt général et la situation particulière des entreprises qui l'ont conduite à en aménager l'application ».

Le droit de la concurrence exerce ainsi son emprise dans la mesure fixée par les textes. Il impose, on le voit, une certaine modération dans les relations que peuvent nouer les laboratoires pharmaceutiques sur le marché des médicaments. D'autres acteurs de la santé ont encore vocation à se heurter à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

B. Du contentieux des dispositifs médicaux

La généralité du dispositif applicable conduit à un « traitement » indifférencié des écarts susceptibles d'avoir été commis par toutes sortes de professionnels. Il convient alors d'intégrer à l'étude les débordements susceptibles d'être intervenus dans l'exercice de l'art médical. La sauvegarde des marchés est décidément pour les pouvoirs publics une préoccupation de tous les instants.

Deux exemples significatifs en témoignent au cours de la période étudiée. Le premier se rattache à des « arrangements » qui n'auraient pas lieu d'être dans le domaine de l'optique (a). Le second est lié à une saisine de l'Autorité de la concurrence par la confédération nationale des syndicats dentaires pour d'éventuels actes anticoncurrentiels commis à l'occasion de la pose d'implants par des chirurgiens dentistes (b).

a) Des ententes sur le marché de l'optique

La vitalité du marché de l'optique (6,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires en 2015; 12460 points de vente¹⁵) est certainement encourageante. Mais, pour les pouvoirs publics, la rigueur s'impose malgré tout en la matière¹⁶. Il est toujours à redouter en effet que se produisent des débordements lors de transactions sensibles. L'hypothèse que l'on évoque

15 - Cf. le Figaro daté du 20 octobre 2016 p.22

16 - Cf. également Autorité de la concurrence, Décision n°16-D-12 du 9 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre par Carte Blanche Partenaires dans le secteur de l'optique à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

se vérifie à différents points de vue. Les particularités du marché ont en effet conduit l'Autorité de la concurrence à « s'intéresser » à l'existence d'un cartel des lunettes au terme d'investigations poussées (1). Les juges ont eu également à se prononcer sur la licéité des modalités d'accès à un réseau de distribution sélective (2).

1- De l'existence d'un cartel des lunettes

Il convient de s'intéresser ici à une procédure ouverte en 2014 qui pourrait connaître d'importants développements au cours de l'année en cours. Dans un communiqué de 2014, il était indiqué que les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence avaient procédé, après autorisation du juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et de saisie inopinées auprès d'entreprises suspectées « d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la commercialisation des verres optiques¹⁷ ». Seraient ainsi mises en cause les pratiques d'opérateurs bien connus dans ce secteur (Afflelou, Luxottica, Safilo et Grandvision).

A l'heure où ces lignes sont écrites, rien n'a encore été décidé par l'Autorité de la concurrence. Mais il est désormais pour ainsi dire acquis que cette procédure devrait aller jusqu'à son terme pour des faits de pratiques anticoncurrentielles relatives aux prix de certaines montures de lunettes qui seraient intervenues entre certains producteurs et certains distributeurs. Il sera bien sûr intéressant de rendre compte de la décision à venir en la matière.

La justice s'intéresse encore à d'autres pratiques.

2- De la licéité des modalités d'accès aux réseaux de distribution sélective

Le dispositif auquel on se réfère ici, par sa dénomination même, implique un « choix » qui doit également respecter certaines limites. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue. En premier lieu, la constitution elle-même du réseau suppose une sorte de ségrégation qui doit répondre à de justes critères (*odiosa sunt servanda*¹⁸). En deuxième lieu, le fonctionnement du réseau appelle à son tour des mesures adéquates.

Une décision récente rappelle les « précautions » qui doivent être prises lors de la procédure de sélection¹⁹. Les « plaignantes », qui exploitaient chacune plusieurs magasins d'optique, estimaient en l'espèce avoir été arbitrairement évincées du réseau de distribution mis en place par Santéclair, filiale de plusieurs organismes complémentaires d'assurance maladie. La Haute juridiction, au travers d'un arrêt de cassation partielle, rappelle néanmoins le principe au terme duquel la procédure de sélection doit reposer sur des « critères précis et objectifs ». Il appartenait dès lors aux juges du fond de se fonder sur les éléments du dossier aptes à satisfaire pleinement cette exigence.

17 - Communiqué du 10 juillet 2014 à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

18 - Cf. sur ce point P. Stoffel-Munck, note sous Paris, 5 septembre 2003 CCE 2004 comm. n°19

19 - Com., 18 octobre 2016 pourvoi n° 15-15042 Contrats Concurr. Consomm. 2017 comm. n° 14 observations M. Malaurie-Vignal

La prohibition des ententes a dû encore être évoquée dans un autre contexte.

b) Des ententes sur le marché des prothèses dentaires ?

L'existence de réseaux de soins est sans doute bénéfique pour la « gestion » des dépenses de santé susceptibles d'être engagées par les patients dans un secteur donné. Il n'est pas toutefois à exclure, on le sait, que son fonctionnement s'écarte de règles de concurrence. La question s'est effectivement posée à propos de certaines pratiques dénoncées par le CNSD, syndicat national majoritaire de la profession de chirurgiens-dentistes, auprès de l'Autorité de la concurrence. Celui-ci estime que « Santéclair se livre à des pratiques de dénigrement *via* une entente avec les chirurgiens-dentistes affiliés à son réseau de soins, dans le but de capter la clientèle des chirurgiens-dentistes non-affiliés » (point 45).

L'Autorité de la concurrence écarte l'existence de pratiques anticoncurrentielles en l'espèce²⁰. Il en est ainsi à l'issue d'une double analyse. Elle considère en effet que ni les conditions d'un accord anticoncurrentiel (1), ni celles d'une communication anticoncurrentielle (2) ne sont réunies.

1- Des conditions d'un accord anticoncurrentiel

Sans doute, des excès sont-ils toujours possibles. Mais l'Autorité de la concurrence reconnaît ici encore des bienfaits à la mise en place de réseaux de soins (points 37 s.). Le problème posé est autre. Il se rattache aux conditions dans lesquels un tel dispositif pourrait constituer une entente anticoncurrentielle. L'Autorité écarte à cet égard l'argument développé par les demandeurs. Conformément aux textes applicables, elle rappelle que « pour qualifier une convention d'entente anticoncurrentielle, il faut que l'accord de volontés porte sur une pratique ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel » (point 63). Or, aucun élément du fonctionnement du réseau mis en cause ne laisse apparaître un tel « vice » ou, comme elle le précise elle-même, la présence de « clauses noires ». En d'autres termes, la constitution de réseaux de soins n'est pas une entente verticale par objet » (point 65).

La difficulté principale en vérité est ailleurs.

2- Des conditions d'une communication anti-concurrentielle

Au-delà de la « critique » proprement dite de la constitution et du fonctionnement du réseau litigieux, la CNSD mettait en cause la communication proprement dite de Santéclair. Il revenait dès lors à l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur le grief de dénigrement adressé à ce réseau. La réponse vient en deux temps.

Tout d'abord, l'Autorité procède à un rappel des critères qui lui servent traditionnellement de repères. En ce sens, elle estime que pour apprécier l'existence d'une pratique de dénigrement, il est nécessaire de s'attacher d'abord « à vérifier

20 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-D-23 du 24 octobre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des actes prothétiques ou de pose d'implants par les chirurgiens-dentistes à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

si le discours commercial de son auteur relève de constatations objectives et vérifiables ou s'il procède d'assertions non vérifiées » (point 68).

Ensuite, l'Autorité examine au prisme de sa pratique antérieure les « allégations » dénoncées par la partie saisissante. Aucun élément selon elle n'est en vérité apte à caractériser une pratique de dénigrement. Il lui suffit par exemple, s'agissant plus spécifiquement des soins prothétiques et des prothèses dentaires, de se référer à des rapports de la Cour des comptes ou sa propre analyse (points 104 s.). L'une et l'autre mettaient l'accent sur certaines dérives et la nécessité d'y remédier.

Elle en conclut que, contrairement aux arguments développés par la partie saisissante, rien ne vient étayer l'existence de pratiques qui auraient eu pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence.

L'emprise du droit de la concurrence se manifeste encore à un autre point de vue.

C. Du contentieux des produits d'hygiène et de cosmétologie

La promesse doit certainement être tenue.. Elle conduit à mettre en évidence les suites d'une affaire précédemment évoquée dans cette rubrique²¹. La Cour d'appel de Paris a depuis lors approuvé pour l'essentiel la décision qu'avait rendue l'Autorité de la concurrence à l'encontre notamment de fabricants de produits d'hygiène et de cosmétologie²². Frappé d'un pourvoi en cassation, cet arrêt peut néanmoins être évoqué au travers de ses deux aspects principaux. Figurent à cet endroit les précisions relatives aux composantes **(a)** et aux sanctions de l'entente anticoncurrentielle **(b)**

a) Composantes de l'entente anticoncurrentielle

La qualification d'entente anticoncurrentielle tient, on le sait, à une pluralité de critères définis par les textes. Mais en toute hypothèse, le moment venu, s'impose la « vérification » de leur existence dans une espèce donnée. Toutes sortes de variables sont alors susceptibles d'orienter la décision des autorités compétentes.

La décision de l'Autorité de concurrence qu'il convient d'évoquer était déjà en elle-même assez remarquable au regard des pratiques litigieuses. Leurs auteurs, leur fréquence, leur nature constituaient assurément un « cas » hors du commun. La qualification d'entente anticoncurrentielle s'évinçait alors d'une analyse particulièrement fouillée des faits mis en évidence. Il faut dire que rien en l'occurrence n'avait été laissé au hasard afin de favoriser la convergence des positions tenues par les fournisseurs lors de la négociation commerciale avec les distributeurs.

21 - Autorité de la concurrence, Décision 14-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2015 n°2 p.84 avec nos observations

22 - Paris, 27 octobre 2016 RG 2015/01673

L'arrêt de la cour d'appel (95 pages...) reprend à son tour l'examen des différentes pratiques reprochées aux uns et aux autres. A l'encontre de chacun d'eux sont établis des agissements aptes à relever de la qualification d'entente anticoncurrentielle « unique et continue ». On ne peut ici que renvoyer le lecteur au texte lui-même de cette décision.

Il revenait en toute hypothèse à la cour d'appel de statuer également sur les sanctions infligées aux entreprises en cause.

b) Sanctions de l'entente anticoncurrentielle

Il va pour ainsi dire de soi que la qualification d'entente anticoncurrentielle ne saurait être dissociée de la condamnation à des sanctions décidées au cas par cas par les autorités ou instances compétentes.

La décision de l'Autorité de la concurrence contenait sur ce point d'importantes précisions. L'arrêt d'appel procède à son tour à un examen approfondi des circonstances de l'espèce. Sensibles également à la gravité des fautes commises par chacune des entreprises en cause et au dommage à l'économie qui en est résulté (points 288 s.), les magistrats maintiennent la logique qui avait déjà prévalu devant l'Autorité, sauf à modifier le montant de certaines condamnations. Mais, on observera en particulier que la société l'Oréal reste condamnée à une amende (record..) de 189 494 000 euros.. On aura compris que le détail de la motivation de cet arrêt dépasse très largement le cadre de la présente étude.

Le volet « répressif » de la sauvegarde des marchés ne constitue toutefois qu'une partie de l'influence du droit de la concurrence. Il est dès lors nécessaire de s'intéresser à d'autres aspects de sa mise en œuvre, plus « pacifiques ».

2. Santé, concurrence et surveillance des pratiques à risques

Les pouvoirs publics se sont également préoccupés d'instituer des mécanismes destinés à prévenir ou pallier d'éventuels dysfonctionnements des échanges marchands. Il a d'ailleurs été déjà observé dans cette rubrique qu'une telle précaution avait pleinement sa place dans le domaine de la santé. La perspective dans laquelle il convient de se placer désormais relève de situations dont peuvent ou doivent être saisis les organes compétents. En dehors de tout litige, il est en effet de l'intérêt de la collectivité que puissent être suggérés des changements dans le fonctionnement de tel ou tel secteur ou que doivent être contrôlées des opérations de nature à modifier la structure d'un marché donné. Les menaces en la matière, bien réelles, existent en différentes circonstances qu'il s'agit précisément de mettre en lumière dans ces lignes. Le dispositif institué par les textes prévoit à ce titre différentes interventions, au gré des pouvoirs conférés à chacune des « institutions » en charge des questions de concurrence. Selon un schéma devenu classique, doivent être successivement évoqués des recommandations sectorielles **(A)** et des exemples de contrôle des concentrations **(B)**.

A. Des recommandations sectorielles

Les compétences consultatives dont l'Autorité de la concurrence est investie par la loi (article L.462-4 du code de commerce) l'autorisent en particulier à s'exprimer « sur toute question de concurrence et faire le cas échéant des propositions »²³. Elle a dès lors toutes les raisons de s'emparer de sujets sensibles, notamment lorsque sont en jeu des questions de santé publique²⁴. Elle dispose en particulier de la possibilité d'entreprendre à ce titre des enquêtes sectorielles afin de dresser un état des lieux et identifier d'éventuels points de blocage en vue d'y remédier par des mesures adéquates.

Le problème s'est posé récemment, on le sait, à propos du fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses²⁵. L'avis de l'Autorité rendu le 14 décembre 2016²⁶ contient des observations cruciales sur l'état du marché (a). Il ouvre parallèlement des perspectives d'avenir au gré de recommandations dont les pouvoirs publics pourraient à l'avenir utilement s'inspirer (b).

a) État du marché

L'Autorité de la concurrence, fidèle à sa méthode, se livre tout d'abord à une étude approfondie des particularités du marché soumis à examen. On ne peut qu'observer que la situation actuelle lui apparaît pour le moins contrastée. En d'autres termes, malgré d'évidents enjeux de santé publique (points 15 s. et 53 s.), tout ne va pas pour le mieux dans l'univers de l'audioprothèse.. Des atouts (1) ne sauraient surtout pas faire oublier des faiblesses auxquelles il serait bon de remédier (2).

1- Des atouts

Après une présentation détaillée des caractéristiques qui président à la commercialisation des audioprothèses, (points 18 s.), l'Autorité de la concurrence met en avant les évolutions favorables de ce marché. Elle constate ainsi tout d'abord son expansion liée en particulier « à l'augmentation et au vieillissement de la population » (points 55 s.). Elle relève ensuite les caractéristiques d'une « dynamique liée à de nouveaux acteurs » (points 64 s.). Si la demande de soins, on l'a dit, est en forte expansion, il en va de même de l'offre « stimulée par la croissance continue du nombre

d'audioprothésistes, par l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché » que recense au cas par cas l'avis étudié. Pour plus de détails, il suffira de renvoyer le lecteur aux passages indiqués ci-dessus.

Il est clair toutefois que l'intervention de l'Autorité de la concurrence en la matière a une autre signification.

2- Des faiblesses

Les investigations et le travail d'analyse entrepris par l'Autorité de la concurrence ne se comprennent en vérité qu'au regard d'une vision d'ensemble de l'état réel du marché des audioprothèses. Il n'est dès lors guère surprenant que le « bilan » qui en résulte soit pour le moins contrasté. Une part substantielle de l'avis étudié est ainsi consacrée aux faiblesses que recèlerait la situation actuelle (points 73 s.). Loin de fonctionner autant qu'il le pourrait, le secteur des audioprothèses se heurte plus précisément à deux séries d'obstacles du fait des difficultés de rencontre de l'offre et de la demande (points 76 s.).

Les premiers tiennent à une « offre soumise des contraintes peu favorables à la concurrence ». L'Autorité de la concurrence insiste à cet égard sur les inconvénients de l'offre au forfait global à différents égards considérée comme trop coûteuse et trop « rigide » pour le patient (points 100s.).

Les seconds se rattachent aux caractéristiques de la demande trop éloignée des véritables besoins (points 122 s.). Entrent ici en ligne de compte deux caractéristiques spécifiques du marché considéré.

D'une part, apparaissent des données objectives susceptibles d'expliquer le relatif sous-équipement des malentendants. En particulier, il est précisé que « le prix des audioprothèses représente manifestement un obstacle à la satisfaction d'une partie de la demande en France » (points 122 s.). D'autre part, surviennent des données plutôt subjectives qui pourraient constituer un frein à l'achat d'un matériel adéquat. L'Autorité de la concurrence souligne dans cette perspective les inconvénients d'un « asymétrie de l'information » à l'origine d'un « pouvoir discrétionnaire des professionnels de santé qui leur permettrait d'échapper au jeu de la concurrence » (points 132 s.). Il est alors à redouter qu'une telle asymétrie d'information laisse à l'audioprothésiste une grande liberté d'appréciation dans la préconisation de l'appareil au mépris des besoins réels du patient.

L'ensemble de ces arguments conforte l'Autorité de la concurrence dans ses velléités de changement.

b) Perspectives d'avenir

La seconde partie de l'Avis étudié s'intitule : « Propositions pour accompagner l'essor du marché et donner plus de liberté au patient ». Le lien avec ce qui précède est pour ainsi dire évident. Dans la forme, on constatera qu'il s'agit clairement de renforcer les performances du marché. Dans le fond, on soulignera également qu'est recherché un nouvel équilibre dans les relations entre les différentes parties prenantes. L'Autorité de la concurrence envisage dès lors pour l'avenir

23- Cf. sur ce point le site internet de l'Autorité, www.autoritedelaconcurrence.fr

24- Cf. notamment Décision n°13-SOA-du 25 février 2013 relative à une saisine d'office pour portant sur le secteur de la distribution pharmaceutique à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2013 n°3 p. 106 et nos observations ; Avis n°13-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament à usage humain en ville

25- Cf. notamment sur ce point Autorité de la concurrence, décision n°16-SOA-01 du 3 février 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur des audioprothèses à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2016 n°14 p. 90 et nos observations

26- Avis n°16-A-24 du 14 décembre 2016 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses à consulter à consulter, avec le Communiqué de presse, sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr RLC 2017 n°57 p. 5

les remèdes allant en ce sens.

Les mesures proposées ont principalement pour objectif d'assouplir les règles d'organisation de l'offre de soins afin de favoriser l'accès de patients mieux informés aux audioprothèses. Deux séries de mesures pourraient y contribuer. L'Autorité de la concurrence prône à cet égard la dissociation **(1)** et le renforcement de l'offre de soins **(2)**.

1- De la dissociation de l'offre de soins

En l'état actuel des choses, comme le révèle l'étude, la vente des audioprothèses s'effectue de façon globale avec un « couplage » de la vente de l'appareil et des prestations assurées par l'audioprothésiste. Sans doute, ce dispositif se justifie-t-il au regard de contraintes administratives ou techniques. Mais il n'en présente pas moins de sérieux inconvénients qui entravent l'essor du marché. En harmonie avec une vision des choses exprimée par plusieurs acteurs du marché, l'Autorité de la concurrence propose l'adoption d'un autre système. Il s'agirait alors d'instaurer une « dissociation » entre l'achat de l'appareillage initial (appareil + prestations d'adaptation sur une année) de l'achat des prestations de suivi régulier, qui doivent ensuite être réalisées pendant les années d'utilisation de l'appareil (points 143 s.). Il en résulterait, sans inconvénient majeur, des bienfaits appréciables pour les patients et l'animation de la concurrence elle-même. Au-delà du principe, l'Autorité de la concurrence développe les modalités de la dissociation qu'elle propose (points 162 s.).

Une autre piste est également suggérée.

2- Du renforcement de l'offre de soins

L'Autorité de la concurrence se préoccupe également de remédier à l'insuffisance actuelle de l'offre d'appareillage liée à des « contraintes quantitatives » (points 175 s.). Il lui paraît nécessaire d'accompagner l'ouverture concurrentielle du marché à de nouveaux acteurs qui proposent des offres plus attractives. L'Autorité propose à ce titre une alternative apte à changer le cours des choses (points 184 s.). La suppression du *numerus clausus* permettrait de lever les freins au recrutement de nouveaux salariés et stimulerait par là-même la stimulation de la concurrence à l'avantage de la collectivité tout entière. A défaut, la révision de ce quota à la hausse constituerait également une mesure utile. « Une telle mesure pourrait engendrer un cercle vertueux, en permettant aux nouveaux entrants, qui pratiquent des prix plus faibles, d'accroître leur offre d'appareillage sur le territoire français. En stimulant la concurrence, cette offre supplémentaire devrait favoriser une diminution des prix qui, à son tour, devrait induire une demande plus forte » (point 181). L'Autorité de la concurrence conclut son propos dans cette vision optimiste des changements souhaités : « Transparence et liberté de choix pour les patients devraient inciter les professionnels à améliorer leurs offres, tant en prix qu'en qualité des prestations, afin de conserver leurs patients et d'espérer un renouvellement de l'appareillage auprès d'eux » (point 186).

L'intervention des autorités chargées de la concurrence

dans le contexte qui vient d'être évoqué joue ainsi pleinement son rôle. Elle leur permet de déceler les dangers de certaines pratiques à l'intérieur d'une sphère d'activités donnée et de suggérer d'y remédier. D'autres situations sont encore à envisager.

B. Du contrôle des concentrations

Le dispositif qu'il s'agit ici de mettre en évidence est l'illustration même des préoccupations des pouvoirs publics. Comme il a été très souvent indiqué dans cette rubrique, ils redoutent que la structure des marchés soit indûment altérée par des opérations de concentration. Ils ont dès lors institué des procédures relatives à la mise en œuvre d'une politique de la concurrence fidèle à leurs aspirations.

L'hypothèse envisagée est clairement dans l'air du temps. En témoignent par exemple la fréquence et surtout l'importance de certains de ces rapprochements dont les effets peuvent logiquement être redoutés. Le contrôle dont les autorités de concurrence ont la charge tend précisément à garantir en la matière le respect des normes fixées par les textes dans l'intérêt du bien commun.

La question est de nouveau posée depuis la dernière livraison de cette Revue. L'abondance des décisions intervenues pendant cette période ne permet pas de les envisager en détail. Il suffira dès lors d'aborder ici les plus significatives, au gré des prises de position des autorités compétentes. Selon une approche traditionnelle, seront successivement étudiées les interventions de la Commission de l'Union européenne **(a)** et celles de l'Autorité de la concurrence **(b)**.

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

Le schéma qu'il s'agit de mettre en évidence s'inscrit dans la continuité. Une fois « intégré » l'objectif poursuivi dans un tel contexte, la procédure applicable suit son cours selon des variables qui tiennent aux particularités de chaque espèce. Il suffira dès lors de mettre en exergue les décisions les plus significatives au regard du partage qui s'opère entre autorisation pure et simple **(1)** et autorisation conditionnelle **(2)**.

1- Autorisations pures et simples

Dans une perspective en quelque sorte « idéale », il peut arriver que la notification préalable adressée à la Commission ne mette guère en péril les intérêts du marché. Dans cette hypothèse, il revient à la Commission de se prononcer rapidement au travers d'une décision de « non-opposition ».

On donnera comme exemple significatif la décision rendue par la Commission le 12 août 2016 en faveur de l'opération de concentration entre IMS Health (entreprise mondiale de services d'information et de technologies à destination des entreprises de santé) et Quintiles (fournisseur mondial de services de développement de produits et de services destinés à aider les entreprises dans le secteur de la santé²⁷).

27 - Affaire M.8061 IMS Health/Quintiles Décision de non-opposition JOUE C 281 du 19 septembre 2016 p.6

On donnera comme autre exemple en ce sens, le sort favorable réservé par la Commission le 13 septembre 2016 à l'acquisition de Anda Distribution par Teva²⁸.

On ajoutera dans le même sens la décision de non-opposition rendue le 15 novembre 2016 dans le cadre du projet de concentration par lequel l'entreprise Merck &Co prenait le contrôle de Sanofi Pasteur MSD SNC, jusqu'alors contrôlée conjointement par Merck et Sanofi Pasteur SA²⁹.

Les autorisations peuvent en outre être données dans un cadre plus restrictif.

2- Autorisations conditionnelles

Le contrôle des concentrations appelle dans certains cas « des sacrifices » auxquels doivent consentir les entreprises en cause. La Commission les impose notamment au regard des risques de hausse des prix ou de réduction de choix des consommateurs dans une sphère donnée³⁰. Elle l'a fait également en considération de perspectives de perte de qualité des services et de l'offre³¹.

Au-delà de la diversité des exemples, il est sans doute préférable de mettre en avant les propos de Madame Margrethe Vestager, Commissaire chargée de la politique de concurrence. « Lorsque les intérêts des patients et des services de santé sont en jeu, nous devons veiller à ce que les prix restent compétitifs, que les praticiens aient un choix suffisant et que des produits innovateurs prometteurs ne soient pas abandonnés par les parties à la concentration »³². Plus récemment encore, elle déclarait : « Les médecins et les patients du monde entier comptent sur des tests rapides et précis pour détecter et surveiller les problèmes médicaux. Grâce à la décision adoptée, ils continueront à profiter d'une offre variée et de prix compétitifs sur ce marché en rapide expansion des petits systèmes d'analyse portables »³³.

Il reste à envisager le sort réservé aux opérations de moindre importance.

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

L'exigence de sauvegarde de l'ouverture des marchés est également préservée par l'Autorité de la concurrence sous couvert, en particulier, du pouvoir de contrôle des concentrations que les textes, on le sait, lui confèrent. A ce titre, lui ont été soumises différentes opérations en vue de leur éventuelle approbation. Tout le spectre des activités de santé est pour ainsi dire couvert. En témoigne plus

précisément l'activité de l'Autorité au cours de ces derniers mois. L'objet des saisines **(1)** et le sort qui leur a été réservé à l'issue d'une analyse concurrentielle approfondie **(2)** sont révélatrices des enjeux à maîtriser.

1- Des saisines

La mission confiée à l'Autorité de la concurrence est pour le moins éclectique³⁴. On ne saurait s'en étonner. D'une part, l'ensemble des activités marchandes est de toute évidence concerné par la nécessité d'un contrôle dans la mesure fixée par les textes. D'autre part, même à l'intérieur d'un seul domaine, la diversification des métiers est par définition une nécessité jusqu'au moment où s'imposent certains rapprochements.

Les opérations de concentration qui interviennent dans le secteur de la santé illustrent largement ce point. On en choisira quelques exemples. En premier lieu, l'Autorité de la concurrence a eu à examiner la prise de contrôle exclusif du Groupe LAF, principalement actif dans le domaine de la distribution de médicaments, de produits parapharmaceutiques et d'optique par la société Five Arrows Manager³⁵. En deuxième lieu, l'Autorité de la concurrence a été saisie de la prise de contrôle conjoint du groupe Unither, actif dans le secteur de la fabrication sous contrat de produits pharmaceutiques par le groupe Ardian. Les activités concernées avaient trait à la fabrication de formes galéniques (principalement unidoses) pour des laboratoires pharmaceutiques et des génériqueurs³⁶. En troisième lieu, elle a également réservé un sort favorable sur la prise de contrôle exclusif de la société Euromédis Groupe présente dans le secteur des dispositifs médicaux et de l'assistance médicale à domicile par la société Ninas SAS, membre du groupe GSTI, principalement actif dans la confection et la vente d'articles de puériculture³⁷.

L'approbation des concentrations s'inscrit néanmoins parfois dans un cadre plus complexe.

2- De l'analyse concurrentielle

Dans la perspective d'opérations plus « sensibles », on se reportera utilement à d'autres exemples d'intervention de l'Autorité de la concurrence. L'intérêt est double. D'une part, il dévoile la méthode suivie au cas par cas dans ce genre de situations. Nécessairement plus détaillées, les décisions rendues permettent une meilleure appréhension des problèmes posés. D'autre part, il atteste de la permanence

28 - Affaire M.8193 Teva/Anda, Décision de non-opposition, JOUE C 342 du 17 septembre 2016 p.1, Communiqué de presse du 15 septembre 2016, MEX/16/3063

29 - Affaire M. 8083 Merck /Sanofi Pasteur MSD JOUE C 457 du 8 décembre 2016 p.1, MEX/16/3742

30 - Affaire M.7919 Sanofi/Boehringer Ingelheim Consumer Healthcare Business Communiqué de presse IP/16/2723

31 - Affaire M. 7917 Boehringer Ingelheim/Activité santé animale de Sanofi Communiqué de presse IP/16/3641

32 - Cf. Affaire M.8060 Abbott Laboratories /St Jude Medical Communiqué de presse IP/16/3641

33 - Cf. Affaire M. 7982 Abbott Laboratories/Alere Communiqué de presse IP/17/147

34 - Cf. sur le site internet de l'Autorité de la concurrence, Contrôle des concentrations, Les opérations de concentration, Les décisions de contrôle de des concentrations

35 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-DCC- 150 du 6 octobre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe LAF par la société Five Arrows Manager à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

36 - Autorité de la concurrence, Décision n°16-DCC- 227 du 28 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Unither par le groupe Ardian à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

37 - Autorité de la concurrence, Décision n°17-DCC-04 du 11 janvier 2017 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Euromédis Groupe par la société Nina SAS à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

des critères qui président à la solution finalement adoptée.

Nul ne contestera que la question de l'offre de diagnostics et de soins est de la plus haute importance. Il en résulte que la plus extrême vigilance s'impose en présence d'opérations susceptibles de l'altérer au mépris des intérêts de la collectivité. Une décision de l'Autorité de la concurrence va clairement en ce sens³⁸. Elle n'autorise en effet la prise de contrôle en jeu qu'à l'issue d'un examen rigoureux, fidèle à ses repères, dans lequel sont dûment analysés les paramètres d'une telle opération : ses acteurs, son périmètre, ses incidences sur la concurrence.

Une conclusion similaire s'impose sans aucun doute au regard de certains changements dans la présence, l'articulation ou l'organisation des dispositifs de protection sociale. L'Autorité de la concurrence ne se départit pas davantage de ses repères habituels³⁹.

Il n'y a sûrement rien à regretter d'une telle constance. Les risques de dérives sont bien trop réels pour être sous-estimés par les entités chargées du strict respect du droit de la concurrence.

Caroline Carreau

.....

38 - Autorité de la concurrence, Décision n° 16-DCC-164 du 4 novembre 2016 relative à la prise de contrôle conjoint par les sociétés Holding Saint Gatien et Ovalie du groupe Holding Hospitalière et Hôtelière à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr

39 - Décision n°16-DCC 206 du 8 décembre 2016 relative à l'affiliation de la Mutuelle UMC à la Société de Groupe d'Assurance Klésia Assurances à consulter sur le site internet www.autoritedelaconcurrence.fr