



HAL
open science

Chronique permanente “ Droit de la concurrence ” Caroline Carreau

► **To cite this version:**

Caroline Carreau. Chronique permanente “ Droit de la concurrence ”. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2024, 39. hal-04685895

HAL Id: hal-04685895

<https://hal.science/hal-04685895v1>

Submitted on 3 Sep 2024

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.

Chronique permanente « Droit de la concurrence »

Caroline Carreau

Maître de conférences émérite en droit privé à l'Université Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France

Résumé

Le droit de la concurrence est la réponse à des maux récurrents qu'il convient d'identifier. La réalité est finalement moins sombre que l'idée que l'on pouvait en avoir. La santé y trouve sa place au travers d'une rencontre prévisible. D'un côté, les acteurs du marché sont soumis à un ensemble de règles contraignantes qui leur imposent le respect de certaines lignes de conduite. En ce sens, ils doivent se soumettre à certaines interdictions et subir différents contrôles pour cantonner l'exercice de la concurrence à l'intérieur de justes limites. De l'autre, les pouvoirs publics ne les abandonnent pas totalement. En d'autres termes, le dispositif en vigueur à un moment donné peut évoluer lorsque les circonstances l'exigent. Dans ce contexte, les mesures adoptées ont vocation à « alléger » la charge qui leur avait été initialement imposée.

Abstract

Competition law is always where it is expected. In other words, it brings solutions to solve difficulties dealing with major issues. Health is of course a matter of special interest. Globally, it represents a priority that authorities wish to save by any means. Markets are placed for that reason under a close supervision. Cartels, mergers, state aids continue to be under pressure. What is interesting to observe is the reactivity of authorities when things go wrong or can be improved which has been the case recently. Individually, a different legislation deals with the drawbacks of unfair competition. Here again, nothing is definitely set.

Les désordres que suscitent les atteintes aux règles de concurrence sont de nature et d'intensité variables. Ils appellent en tout état de cause une réaction que les pouvoirs publics individualisent et traitent avec rigueur. Rien, pour ainsi dire, n'est laissé au hasard. Les livraisons antérieures de la présente rubrique montrent précisément l'existence de qualifications précises, conçues pour remédier à toutes sortes d'écarts de conduite commis en particulier par les acteurs de santé.

L'étude doit alors rester fidèle à l'actualité. Sans doute, les « épisodes » sont-ils rarement bâtis sur un même modèle. La pratique est trop éparse pour aboutir à des solutions uniformes. Mais ils se prêtent à une certaine clarification au regard de la teneur des intérêts préservés par les textes. Dans ce contexte, des stratégies à risques dans le secteur médical ou pharmaceutique ont contribué à un salutaire rappel à l'ordre des autorités et instances compétentes. Les principes de liberté **(1)** et de loyauté **(2)** de la concurrence en constituent l'articulation majeure.

1. Santé et liberté de la concurrence

Comme cette rubrique s'en est fait régulièrement l'écho, des limites sont imposées aux opérateurs économiques afin de préserver les intérêts de marchés qu'il ne saurait conquérir comme bon leur semble. La liberté de la concurrence est ainsi préservée d'atteintes susceptibles de tomber sous le coup d'interdictions strictes imposées par une politique institutionnelle savamment orchestrée.

Sont ainsi appelées à jouer des mesures qui, dans l'espace et dans le temps, attestent d'une volonté tout à la fois uniforme **(A)** et évolutive **(B)**.

A. Politique uniforme

L'efficacité du « plan » institué par les pouvoirs publics pour rétablir une ouverture de la concurrence parfois mise à mal tient à un ensemble de mesures fortes et pérennes. L'observation qui précède se vérifie à différents points de vue. D'une part, dans l'intérêt du marché, on le sait, les opérateurs économiques sont empêchés d'agir comme ils le souhaitent. Ils doivent se plier à ce titre à différentes interdictions ou obligations énoncées par les textes. D'autre part, une telle sauvegarde exige une communauté d'inspiration et de procédures aptes à les faire respecter. Dans cette optique, le partage des normes applicables ne peut que favoriser l'utilité des réponses apportées par les autorités ou instances compétentes.

Témoigne une nouvelle fois de cette convergence de vues le sort réservé tant par la Commission de l'Union européenne que par l'Autorité de la concurrence à des violations manifestes de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles¹. Les condamnations prononcées à l'encontre d'entités responsables de graves entraves à la commercialisation d'un principe pharmaceutique actif important **(a)** et d'une concertation destinée à dissimuler la présence de bisphénol A dans des contenants alimentaires **(b)** relèvent clairement de cette approche.

a) Entente anticoncurrentielle et entraves à la commercialisation d'un important principe pharmaceutique

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles édictée à l'article 101 TFUE a eu pour conséquence l'ouverture récente par la Commission de l'Union européenne d'une enquête de grande ampleur dans le secteur pharmaceutique. Il est en effet à noter qu'y ont participé à sa demande les autorités de concurrence suisses et australiennes².

Un communiqué de presse permet de distinguer en l'espèce l'origine **(1°)** et les suites **(2°)** données à cette affaire.

1° Origine

Il est reproché à plusieurs laboratoires (Alkaloids of Astralia, Alkaloids Corporation, Boehringer, Linnea, Transo-Pharm et C2 Pharma) d'avoir participé à une entente liée aux débouchés d'un produit pharmaceutique important, le SNBB (n-butylbromure de scopolamine/hyoscine), nécessaire à la production du médicament antispasmodique contre les maux de ventre (Buscopan) et ses versions génériques.

L'enquête menée par la Commission a révélé à leur rencontre des faits de coordination et d'entente sur le prix du produit en cause appliqué aux clients (distributeurs et fabricants de médicaments génériques) auxquels s'ajoutaient une volonté de répartition des quotas et l'échange d'informations commercialement sensibles. L'ensemble de ces éléments a conduit la Commission à retenir l'existence d'une infraction unique et continue dans l'Espace unique européen du 1^{er} novembre au 17 septembre 2019. Un tableau récapitulatif de la participation de chacun, producteurs et distributeurs de SNBB, rend compte de l'importance et de la durée du « montage » litigieux.

Une autre procédure vise une septième entreprise, Alchem, qui a décidé de ne pas conclure, comme les autres, une procédure de transaction. Elle se poursuivra dans le cadre d'un grief d'entente non transactionnelle qui vise cette entreprise.

2° Suites

Pour la première fois, la Commission est amenée à sanctionner une entente dans le secteur pharmaceutique qui concerne un produit pharmaceutique actif. Néanmoins, le sort réservé aux acteurs ainsi pris en faute n'est pas rigoureusement le même pour tenir compte des particularités de leurs agissements.

1 - Cf. sur ce point le rapport de la Commission européenne publié le 26 janvier 2024 IP/24/413.

2 - Commission européenne, 19 octobre 2023, affaire AT.40636, Communiqué de presse, IP/23/5104.

D'un point de vue global, la Commission a infligé aux six entreprises qui ont reconnu leur participation à l'infraction des amendes pour un total de 13,4 millions d'euros au titre de la transaction qu'elles avaient acceptée³. Conformément aux lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes de 2006, ce montant tient compte « de la valeur des ventes de SNBB relatives à l'infraction, de la nature de l'infraction et ses multiples aspects, de sa portée géographique et de sa durée ».

D'un point de vue individuel, dans le cadre du programme de clémence établi en 2006, la Commission a été conduite à distinguer le traitement de l'infraction reproché à trois entreprises. À ce titre, C2 Pharma a bénéficié d'une immunité totale pour avoir révélé l'entente, « évitant ainsi une amende de 807.000 euros environ ». Transo-Pharm et Linnea ont bénéficié « d'une réduction de leur amende au titre de leur coopération à l'enquête de la Commission et de la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis ont aidé la Commission à démontrer l'existence de l'entente » soumise à examen.

Au-delà de la particularité de cette espèce, la Commission reste fidèle à une approche rigoureuse et minutieuse des comportements susceptibles de constituer une entente anticoncurrentielle. Il en va de même dans un autre contexte.

b) Entente anticoncurrentielle et dissimulation de la présence de bisphénol A dans des contenants alimentaires

Les exigences de santé publique s'accommodent mal de comportements qui n'ont d'autre but que d'y faire obstacle. Telle est d'une certaine façon la leçon à retenir d'une affaire qui vient de donner lieu à une décision de l'Autorité de la concurrence longuement motivée (358 pages...)⁴. Elle reproche en effet à trois organismes professionnels de la conservation alimentaire, le syndicat de fabricants de boîtes et onze entreprises poursuivies en leur qualité de membres des organismes collectifs précités d'avoir mis en place une stratégie collective visant à empêcher les industriels du secteur de se faire concurrence sur la présence ou non de bisphénol A (BPA) dans les contenants à la disposition des consommateurs (conserves, canettes etc.). Le bisphénol A est une substance chimique de synthèse utilisée dans la fabrication de résines, notamment utilisées pour la protection intérieure des boîtes métalliques de denrées alimentaires, y compris des boîtes de boissons, ainsi que dans les capsules métalliques (point 6). La France a d'ailleurs été le premier pays d'Europe à se saisir de la question de la présence du bisphénol A au contact des denrées alimentaires⁵.

Le cadre législatif (1°) et le contenu des pratiques sanctionnées (2°) restent à préciser.

1° Cadre législatif

Le contentieux qu'il convient d'évoquer dans ces lignes est lié aux suites que comportait l'adoption de la loi n° 2012-1442 du 24 décembre 2012 visant à la suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du bisphénol A à compter du 1^{er} janvier 2015⁶. La décision étudiée fait clairement apparaître les calculs des professionnels mis en cause pour déjouer l'interdiction qui leur était imposée à brève échéance. La dimension véritable de la « fraude » apparaît au fil de l'analyse qu'en fait l'Autorité tant au regard du nombre des acteurs potentiellement visés (points 27 s.) qu'au regard de la nature des échanges qu'ils ont pu avoir au cours des ans (points 223 s.).

Plus précisément, ils entendaient détourner à leur profit le régime transitoire qui avait spécialement été mis en place par la DGCCRF afin de faciliter l'écoulement des stocks. Les contenants vides avec BPA ainsi que les denrées conditionnées dans ceux-ci mis en circulation avant le 1^{er} janvier 2015 pouvaient être vendus après le 1^{er} janvier 2015 jusqu'à épuisement des stocks. L'entente finalement sanctionnée par l'Autorité de la concurrence se situe

3 - Cf. sur le contrôle juridictionnel du Tribunal de l'Union européenne d'une décision de transaction contestée par l'entreprise concernée, Trib. UE, 18 octobre 2023 Aff. T-590/20 Clariant AG et Clariant International AG Dalloz actualité 24 novembre 2023 observations A. Apel, Europe 2023 comm.429 L. Idot.

4 - Autorité de la concurrence, Décision 23-D-15 du 29 décembre 2023 relative à des pratiques dans le secteur de la fabrication et la vente de denrées alimentaires en contact avec des matériaux pouvant ou ayant pu contenir du bisphénol A, à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr, A. Ronzano, L'actu-concurrence 2024 n°1 du 12 février 2024.

5 - Cf. Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 11 janvier 2024.

6 - Cf. sur l'ensemble de la question, J. Peltzman, Y. Martinet, « Perturbateurs endocriniens : quelle(s) action (s) juridique(s) dans un contexte d'insécurité scientifique et juridique ? », [JDSAM 2018, n°18](#) p. 108.

directement dans ce contexte, c'est-à-dire pendant la phase transitoire au cours de laquelle étaient simultanément mis sur le marché des contenants avec et sans bisphénol A⁷.

2° Contenu des pratiques sanctionnées

Il est en réalité reproché une « infraction unique, complexe et continue » mise en œuvre du 6 octobre 2010 au 21 juillet 2015 à une pluralité d'organismes professionnels du secteur de la conservation alimentaire (FIAC, ADEPALE et ANIA), au syndicat des fabricants de boîtes (SNFBM) et onze entreprises en qualité de membre de ces organismes (Andros, Bonduelle, Charles et Alice, Cofigeo, Conserves France, D'Aucy, General Mills et Unilever conserveurs, ainsi que d'Ardagh, Crown et Massilly fournisseurs de boîtes).

Le grief d'entente reprochait en son temps à un grand nombre d'organisations professionnelles et d'entreprises une double attitude (points 568 s.). La première concernait une entente relative à la limitation de la communication sur l'absence de BPA, l'encadrement de la commercialisation et la réduction des dates limites d'utilisation optimale (désormais dénommées dates de durabilité minimale) des produits avec DPA. La seconde concernait une entente visant à restreindre l'information sur les substituts au DPA employés dans les matériaux en contact des denrées alimentaires, au détriment des consommateurs⁸.

La décision de l'Autorité de la concurrence s'appuie à l'évidence sur une étude dûment étayée des éléments constitutifs de l'entente qu'elle est appelée à sanctionner. Elle ne retient pas pour autant l'intégralité des griefs avancés par son rapporteur général (points 726 s.). Le second grief en effet n'a finalement pas été retenu faute d'éléments établissant la réalité d'une ligne de conduite collective, « constituée d'une position commune et de comportements communs, dans le but de limiter l'information transmise de l'amont à l'aval de la chaîne de valeur concernant la composition des vernis employés en substitution de ceux contenant du bisphénol A, et, partant, de limiter les risques économiques individuels liés à cette substitution » (points 1481 s.). Le premier, quant à lui, est pour ainsi dire « édulcoré » tout en suscitant une analyse minutieuse de l'ensemble des comportements susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles (points 724 s.). Les pratiques sanctionnées sont plus précisément de deux ordres. En premier lieu, il est reproché à la FIAC, l'ADEPALE, l'ANIA et le SNFBM d'avoir mis en place une stratégie collective destinée à empêcher les industriels de communiquer sur l'absence de BPA dans leurs contenants alimentaires (points 779 s.). En deuxième lieu, il est également reproché aux seuls FIAC et SNBM d'avoir incité les industriels à refuser de livrer des boîtes sans bisphénol A avant la date du 1^{er} janvier 2015 puis d'arrêter de commercialiser des conserves avec bisphénol A après cette date, alors même que la grande distribution formulait des demandes en ce sens (points 730 s.). L'impossibilité de rendre compte de l'intégralité d'une décision particulièrement dense en impose une vision nécessairement synthétique. L'Autorité de la concurrence, fidèle à sa vision des choses et une méthode qui a eu le temps de faire ses preuves, procède dans ce cadre à une double démonstration.

Tout d'abord, ayant circonscrit les termes du débat au regard de l'implication de chacun et l'organisation mise en place (points 5 s., points 223 s.), elle met en exergue les conditions d'existence de l'atteinte susceptible d'être reprochée aux différents acteurs mis en cause. Au terme d'une analyse tenant compte d'une multitude de données, elle prend parti peu à peu en écartant les arguments de procédure avancés par les acteurs concernés (points 593 s.) et en démontrant point par point l'existence d'une entente prohibée par les textes. Il en est plus précisément ainsi à un double point de vue qui concerne tout à la fois les modalités de la saisine opérée (compétence pour en connaître points 569 s., applicabilité du droit de l'Union points 696 s.) et les éléments constitutifs d'une véritable pratique anticoncurrentielle. Cette approche conduit en vérité l'Autorité à procéder à une étude d'autant plus fouillée qu'elle doit se prononcer individuellement sur chaque composante des « accords et pratiques concertées » (points 780 s.) mises en place pour parvenir à une fin établie dans l'intérêt du plus grand nombre (points 926 s.) sans que puisse être réfuté leur caractère clairement anticoncurrentiel (points 977 s.).

Ensuite dans la logique de son analyse, elle présente un ensemble d'éléments à prendre en considération dans la perspective des sanctions qu'appellent les comportements litigieux. Dans l'impossibilité de les « minimiser » (points

7 - Cf. Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 11 janvier 2024.

8 - Cf. Autorité de la concurrence, Communication des griefs du 12 octobre 2021, à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr, JDSAM 2022, n° 31 p. 146, avec nos observations, RLC 2021 n° 110 p. 7, Le Monde, 3 novembre 2021 p. 15 ; *adde* Décision étudiée, points 568 s., 662 s.

1108 s.) ou exempter (points 1127 s.), l'Autorité ne pouvait dès lors qu'entériner l'existence d'une infraction unique, complexe et continue commise par une pluralité d'intervenants dont les intentions ne laissent en vérité planer aucun doute (points 1163 s.), ni quant à leur nature, ni quant à leur durée (points 1200 s.). De ce point de vue, la décision étudiée fait apparaître certaines spécificités. Quant à la démarche suivie, l'Autorité commence par rappeler les principes applicables la détermination des sanctions (points 1608 s.). Compte tenu des particularités de la présente espèce et des modalités de la participation des différentes parties, elle décide *in fine* de s'écarter du communiqué de sanctions du 30 juillet 2021, comme elle en a la possibilité « *après une analyse globale des circonstances de l'espèce, notamment au regard des caractéristiques des pratiques en cause, de l'activité des parties concernées et du contexte économique et juridique de l'affaire ou pour des raisons d'intérêt général (...) en motivant ce choix* » (points 1611 et 1666). Quant à son issue, la décision étudiée procède dès lors à une confrontation, entre la réalité de la participation litigieuse telle que finalement retenue (gravité, durée, situation des entreprises, réitération et ajustements finaux (points 1671 s.) et les dispositions applicables en la matière. Le montant final des sanctions s'élève à 19.553.400 euros répartis entre quatre organismes professionnels et onze entreprises selon les critères précités.

La complexité de la décision étudiée ne saurait faire oublier l'essentiel : l'existence d'une approche constante de pratiques mettant à mal l'exercice d'une concurrence dénuée d'entraves indues. Sur d'autres aspects des règles en vigueur, les pouvoirs publics ont apporté des changements qu'il est également utile de mettre en lumière.

B. Politique évolutive

L'exercice de la concurrence, on le sait, et encadré par une série de mesures dont l'ancienneté est tout à la fois un gage d'avancées sensibles et le révélateur de nécessaires adaptations. La vigilance demeure de toute évidence la règle. Elle doit néanmoins suivre l'évolution sensible des marchés au fil du temps. D'importants mécanismes ne peuvent ainsi rester aujourd'hui tels qu'ils étaient conçus à l'origine. La remarque qui précède se vérifie à un double point de vue qui englobe des rubriques régulièrement abordées dans ces lignes.

Les changements intervenus concernent en effet aussi bien le contrôle des concentrations **(a)** que celui des aides d'État **(b)**.

a) Contrôle des concentrations

La concurrence s'exerce à l'intérieur de marchés qui ne sauraient être totalement aux mains de ceux qui y exercent leurs activités. L'exemple des pratiques anticoncurrentielles met en évidence les dérives qui peuvent exister à l'intérieur d'une sphère donnée. Le risque d'accaparement n'est pas moindre lorsque sont en jeu des changements dans la structure même d'une aire d'activités.

La Commission de l'Union européenne a récemment décidé d'intervenir sur ce terrain au travers d'un texte qui modifie le déroulement des opérations de concentration. Si la procédure a été modifiée **(1°)**, la pratique, à ce jour, n'en est pas profondément affectée **(2°)**.

1° Procédure

Sans entrer dans le détail d'une réforme intervenue à l'initiative de la Commission à l'issue d'un long processus d'études et de partages d'informations⁹, il est au moins possible d'évoquer dans ces lignes un changement dans la procédure de contrôle des concentrations. L'esprit en est en effet tout aussi important que la lettre.

Deux directions en sont décisives. En premier lieu, la réforme intervenue cherche, à travers un train de mesures caractéristiques, à simplifier et rationaliser le contrôle des opérations de concentration dans l'intérêt de toutes les parties prenantes¹⁰. L'allègement dont il est ici question facilite ainsi tout d'abord « *les contacts préalables à la notification, dont la présentation est au demeurant renouvelée ainsi que les démarches à entreprendre par les entreprises*

9 - Cf. Règlement (UE) n° 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission ; Communication de la Commission relative à un traitement simplifié de certaines opérations de concentration en application du règlement 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises Communiqué de presse du 20 avril 2023 IP/23/2357, Europe 2023 comm.269 L. Idot, A. Ronzano, Procédures : La Commission de l'Union européenne adopte une série de mesures visant à simplifier ses procédures de contrôle des opérations de concentration, Concurrences 2023 n° 4.

10 - Cf. en ce sens, M. Vestager, Vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence.

et leurs conseillers ». Il permet ensuite à la Commission de mieux examiner les affaires les plus complexes qui sont loin de constituer des hypothèses d'école... En deuxième lieu, le règlement d'application tend à « la rationalisation de l'examen des opérations non soumises à la procédure simplifiée », en réduisant et clarifiant les exigences en matière d'information.

En outre, le nouveau texte insiste sur l'optimisation de la transmission des documents à la Commission.

Pour le reste, les objectifs initiaux conduisent à des décisions qu'il convient également d'examiner.

2° Pratique

Dans le fond, la Commission continue à exercer son contrôle sur les opérations de concentration selon les préceptes énoncés par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.

Témoigne de cette approche une première décision de non-opposition rendue le 31 octobre 2003¹¹. L'opération en cause, notifiée le 2 octobre 2023¹², précisait que Keensight Capital, société française, qui investit dans les sociétés européennes en pleine croissance en particulier dans les secteurs des technologies et des soins de santé, entendait acquérir par achat d'actions Nomios, fournisseur néerlandais de services et de solutions en matière de sécurité (...).

Va encore dans ce sens une deuxième décision de non-opposition rendue par la Commission le 20 novembre 2023¹³. L'opération en cause notifiée le 25 octobre 2023¹⁴ permettait à Cinven, société de capital-investissement fournissant des services de gestion d'investissement et de conseil en placement d'acquérir Synlab, fournisseur de services de diagnostic médical et de diagnostics spéciaux principalement dans le secteur de la médecine humaine en Europe, en Afrique, en Asie et en Amérique du sud.

Enfin, la Commission européenne a rendu le 12 décembre 2023 une décision autorisant, cette fois sous condition, l'opération qui lui avait été au préalable notifiée¹⁵. Ce projet prévoyait la fusion par achat d'actions de Novozymes A/S (NZ Danemark), société de biosciences active au niveau mondial (...) avec Chr. Hansen Holding A/S (CH Danemark), société de biosciences « différenciée » également active au niveau mondial dans l'élaboration des solutions à base d'ingrédients naturels destinés notamment à l'industrie pharmaceutique. L'enquête menée par la Commission explique les réserves que les entreprises en cause devaient dissiper. Le risque en l'espèce était celui d'une entrave à la concurrence « sur le marché de la fabrication d'un enzyme spécifique, la lactase, à l'aide de modification génétique ». La commercialisation de ce produit par Ch. Hansen pouvait en faire « un concurrent effectif » en peu de temps sans que, en parallèle, puisse se constituer une concurrence potentielle pour « exercer une pression concurrentielle suffisante sur l'entité issue de la concentration ». Il ne restait plus dès lors aux entreprises en cause qu'à soumettre à la Commission différents engagements que celle-ci entérine, sous réserve qu'ils soient intégralement respectés¹⁶. Cette phase s'est prolongée par l'ouverture d'une enquête approfondie afin de savoir si cette opération pourrait avoir une incidence négative sur l'innovation dans le secteur de la biotechnologie industrielle. Sur ce point, la Commission parvient à la conclusion d'une égale capacité de R&D des entreprises en cause et de leurs concurrents.

L'approche du contrôle des opérations de concentration subit ainsi l'influence de règles qui s'écartent du modèle initial essentiellement par rapport à des règles de forme. Il en va différemment pour d'autres points.

b) Contrôle des aides d'État

Le bon fonctionnement de la concurrence est également garanti par les textes qui régissent les aides d'État telles que définies dans les articles 107 à 109 TFUE. L'objectif en est d'empêcher les distorsions que pourrait occasionner le « poids » de l'intrusion des pouvoirs publics dans les échanges dotés d'incidences économiques. Il reste néanmoins à définir la sphère du contrôle ainsi défini.

11 - Commission européenne, 31 octobre 2003, Aff. M.11231 Keensight Capital/Nomios, JOUE C 8 novembre 2003 p. 720.

12 - Notification adressée le 2 octobre 2023, JOUE C, 10 octobre 2023 p. 176.

13 - Commission européenne, 20 novembre 2023, Aff. M. 11300, Cinven/Synlab, JOUE C, du 12 janvier 2024, p. 796.

14 - JOUE C du 6 novembre 2023 p. 702.

15 - Commission européenne, Novozymes/Chr. Hansen Holding, aff. M.11043, JOUE C, 31 octobre 2023 p. 599.

16 - Commission européenne, 12 décembre 2023, Communiqué de presse, IP/23/6525.

Les dispositions qu'il convient d'intégrer à cet endroit sont de deux ordres¹⁷. Les premières tendent à modifier le règlement *de minimis* jusqu'alors en vigueur. L'exemption qu'il prévoit joue en faveur des aides de faible montant, « réputées pour leur absence d'incidence sur la concurrence et les échanges dans le marché unique »¹⁸, est élargie par différentes mesures parmi lesquelles figure le relèvement du plafond par entreprise pour tenir compte de l'inflation. Les secondes concernent directement les thèmes abordés dans la présente rubrique. Elles modifient en effet le règlement *de minimis* relatif aux services d'intérêt général (SIEG) qui englobent notamment les soins de santé. Cette particularité avait déjà été envisagée dans ces lignes sous l'angle de la détermination des entités appelées à en bénéficier¹⁹. Cette fois, la modification opérée concerne plus précisément le relèvement du plafond initialement fixé pour tenir compte une nouvelle fois de l'inflation.

Il y a bien sûr dans cette nouvelle réglementation beaucoup plus que ces brèves indications. Mais le but de la démonstration est sans doute d'ores et déjà atteint ici. On mesure en effet, au-delà de la complexité du nouveau dispositif en place, la volonté des organes chargés de la concurrence de s'adapter à de nouvelles situations qui ne peuvent laisser perdurer un système qui a fait pourtant ses preuves pendant de longues années.

La liberté de la concurrence est ainsi véritablement au cœur des initiatives prises par les pouvoirs publics. Elle n'est pas la seule à présider aux échanges marchands. D'autres impératifs sont en effet à respecter.

2. Santé et loyauté de la concurrence

L'exercice de la concurrence est, à bien y regarder, parsemé d'embûches. Ses acteurs ne peuvent à aucun point de vue agir totalement à leur guise. Ils se heurtent en effet à des contraintes qui n'avaient pas jusqu'alors été envisagées. Sans doute, y est-il encore question d'interdictions à respecter. Mais elles diffèrent profondément de celles qui viennent d'être évoquées. Il en est ainsi au regard d'une double constatation. Les limites qu'il convient désormais d'envisager n'ont en effet ni la même nature, ni le même régime que les autres²⁰.

Elles reposent tout d'abord sur un corps de règles qui poursuivent un objectif distinct. Il ne s'agit plus de la seule défense du marché, mais bien davantage de la sauvegarde de ceux qui, cherchant à s'y intégrer et y prospérer, se heurtent néanmoins à des agissements susceptibles de leur nuire. Elles correspondent ensuite à un principe de responsabilité qui exige que soit bien réparé le préjudice subi par la victime.

Il reste dès lors à les identifier. La loyauté de la concurrence ne saurait en réalité s'exercer sans que soient respectées les exigences de vérité **(A)** et de retenue **(B)** énoncées par les textes.

A. Respect d'une exigence de vérité

Les qualités d'un produit ou d'un service font clairement partie d'un argumentaire apte à séduire la clientèle visée. L'emploi « sans modération » en est toutefois susceptible de dérives auxquelles les pouvoirs publics ne peuvent rester indifférents. Sous couvert de loyauté des échanges, est en réalité imposée une stricte conformité du bien revendiqué avec la réalité.

La riposte couvre en réalité, comme il s'agit de le montrer ici, une gamme largement ouverte de restrictions. Au-delà du principe, pour ainsi dire, l'essentiel reste à faire. Il s'agit de déterminer l'articulation de règles en vérité d'origine diverse. Dans le domaine de la santé, rien ne peut se décider sans une éventuelle confrontation avec des dispositions qui encadrent certaines initiatives.

17 - Commission européenne, Règlement 2023/2831 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement intérieur aux aides *de minimis*, JOUE L, 15 décembre 2023 ; Règlement 2023/2832 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement intérieur aux aides *de minimis* octroyées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, JOUE L, du 15 décembre 2023, Communiqué de presse du 13 décembre 2023 IP/23/6567, JCP E 2023 E 1140, JCP A 2023 749 ; Contrats Concurr. Consom, 2024 alerte 2.

18 - Commission européenne, Communiqué de presse précité.

19 - Cf. en ce sens Commission européenne, Décision 2016/2327, Financement des hôpitaux publics IRIS en région de Bruxelles –Capitale, JOUE L 351 du 22 décembre 2016, p. 68, Communiqué de presse 5 juillet 2016 IP/16/2414, [JDSAM 2016 n°14](#) p. 85 avec nos observations, Europe 2017 comm. 91 L.Idot, *addé* sur cette question, D. Guinard, Aide d'Etat et financement des hôpitaux, RDSS 2013 p. 431, B. Cheynel, Nouvelle approche de la Commission en matière d'aides publiques en faveur d'activités économiques de dimension purement locale RLC 2015 n° 44 p. 56 ; CJUE, 11 juin 2020 Aff. jointes C-262/18 et C-271/18 Commission c/ Dôvera zdravotná poisťovňa, Communiqué de presse n°67/20 du 11 juin 2020, [JDSAM 2020 n°27](#) p. 74 avec nos observations, L'actu-concurrence 2019 n°23 du 15 juin 2020 p.1 observations A. Ronzano, Europe 2020 comm. 261 L. Idot.

20 - Cf. sur ce point, Y. Picod, Loyauté et liberté de la concurrence RLC 2017 n°66, p.11.

L'appréciation des qualités de la communication des entreprises de ce secteur représente ainsi tant une question de forme **(a)** que de fond **(b)**.

a) Question de forme

L'interdiction de la publicité trompeuse se définit tout d'abord quant à sa source. Une telle mesure est nécessaire tant les difficultés à résoudre peuvent être d'origine diverse. Sans entrer, faute de place, dans le détail des réglementations en vigueur, on observera au travers d'un contentieux récent deux hypothèses de conflits.

En premier lieu, peut être mis en cause le contenu d'une publicité relative à un médicament. Dans ce contexte, la réponse impose une double démonstration. D'une part, doit être vérifiée la procédure suivie par l'ANSM. D'autre part, doit également être établie la conformité du message litigieux aux dispositions spécifiques du code de la santé publique en la matière. Les juridictions saisies s'astreignent généralement à un examen minutieux des données en leur possession²¹. Il en résulte des conséquences décisives d'ailleurs quant au sort de l'action en concurrence déloyale entreprise²². La compétence des juges judiciaires repose alors sur l'examen de l'objet même de la demande. Une distinction est ainsi faite entre l'exercice des pouvoirs de police spéciale dévolus à l'ANSM en vue de la délivrance des visas de publicité et l'utilisation qui en est faite par leurs bénéficiaires.

En deuxième lieu, peut donner lieu à discussion le contenu de tout autre message argué d'inexactitude. Il convient d'observer dans ce cadre le rôle que même les juridictions administratives peuvent jouer lors de litiges mettant en jeu des décisions contestées d'organismes publics²³.

Ces décisions sont révélatrices d'enjeux essentiels pour la collectivité et les intéressés.

b) Question de fond

Au-delà de cas d'espèces, au demeurant fort nombreux, un effort de synthèse s'impose pour identifier les obligations qu'impose aux entreprises, notamment dans le secteur de la santé, l'exigence de vérité. La question n'est assurément pas nouvelle. Mais son acuité ne s'est aujourd'hui nullement démentie²⁴. L'observation ne saurait surprendre tant, en législation comme en jurisprudence, émergent des préoccupations et des mesures allant en ce sens. On se contentera dans ces lignes de quelques remarques générales sur leur fondement et leur mise en œuvre.

En premier lieu, doit être observée une diversité de sources qui n'a rien d'anodin. Il en résulte en effet un important déploiement de mécanismes aptes à saisir d'éventuels abus. Comme il a été montré ci-dessus, coexistent d'ores et déjà plusieurs dispositions contraignantes. Le droit spécial issu du code de la santé publique conforte des règles de droit commun issues du droit de la consommation²⁵ ou de la responsabilité civile. À ce titre, la publicité trompeuse en elle-même a peu de chances de véritablement prospérer. L'abondance du contentieux existant en la matière ne fait d'ailleurs que refléter cette perspective.

En deuxième lieu, est tout aussi révélatrice la mise en œuvre de ce dispositif complexe. L'exigence de vérité n'est en réalité nullement cloisonnée. En d'autres termes, des « croisements » éventuels contribuent à alimenter un débat à l'intérieur duquel le risque par exemple de publicité trompeuse a pleinement sa place²⁶.

21 - Cf. sur ce point Versailles, 16 novembre 2023, RG 22/00203.

22 - Comp. Versailles, 22 septembre 2022, RG 21/05937.

23 - Cf. en ce sens CAA Marseille, 13 novembre 2023, n°22MA02367, pour une notice annonçant à tort la délivrance d'un label reconnu à des masques destinés à la lutte contre la COVID-19, CAA Bordeaux, 21 décembre 2023, n° 21BX01827 pour les mentions erronées d'un complément alimentaire.

24 - Cf. notamment sur ce point Loyauté, droit de la concurrence et droit commun : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives numéro spécial RLC 2017 n°66 précité.

25 - Cf. sur ce point T. d'Alès, Loyauté de la concurrence et droit de la consommation RLC 2017 n°66, p. 54

26 - Cf. notamment sur ce point Versailles, 16 novembre 2023, RG 22/00203, précité pour la teneur d'une fiche de présentation pour un médicament ; Paris, 10 février 2022, RG 21/11701 pour la publicité de couches pour bébés, [JDSAM 2022 n° 34](#), p.134 avec nos observations, Versailles, 14 février 2021, RG 19/02201 pour la publicité d'un pilulier ; Paris, 22 avril 2020 RG 18/17257, pour l'affirmation des bienfaits d'un produit d'hygiène corporelle ;

Com., 21 juin 2016, n°14-22710, Propr. ind. 2016 comm. 62 J. Larrieu pour une communication publicitaire sur le prix des médicaments non remboursés.

B. Respect d'une exigence de retenue

L'interdiction de la concurrence déloyale impose aux marchands, quels qu'ils soient, d'adopter des comportements indéliçats. Elle contribue ainsi à éviter ou sanctionner les risques d'empiètement dont ils pourraient être les auteurs. L'objectif étant connu, il est en outre nécessaire d'identifier les moyens de l'atteindre²⁷. Un principe général de responsabilité, aujourd'hui énoncé à l'article 1240 du code civil, intervient précisément dans ce cadre pour déjouer de telles dérives²⁸.

Il peut en effet arriver que soient proposés à la clientèle des produits ou services dont la conception ou la présentation tient à des considérations qui ne doivent rien au hasard. Dans cette hypothèse, le grief de concurrence déloyale peut donner satisfaction au premier qui en a pris l'initiative pour préserver ses droits. La rigueur est à l'évidence de mise pour éviter que la liberté dégénère le moment venu en abus. Encore faut-il s'entendre sur le sens des mots.

Une évolution importante est à l'origine d'une distinction qu'il convient d'évoquer ici. L'approche originelle **(a)** s'est en effet quelque peu renouvelée²⁹ **(b)**.

a) Approche originelle

L'importance de la notion de concurrence déloyale dans la pacification des rapports marchands est une réalité telle qu'il est possible de la tenir pour acquise sans chercher à en refaire un historique qui dépasserait largement le volume imparti à la présente rubrique. Il suffira dès lors de rappeler à quelle logique elle correspond. De ce point de vue, son emprise constitue la riposte imposée par les règles de responsabilité civile à tout comportement fautif dont il est résulté un dommage au titre de l'article 1240 du code civil. Cette orientation a d'ailleurs été précédemment évoquée dans ces lignes, notamment au titre d'un éventuel dénigrement des produits ou services d'une entité donnée.

La même question se pose en pratique pour des cas dans lesquels est invoquée l'imitation des produits d'un concurrent. En réalité, on le sait, la notion de concurrence déloyale a vocation à englober différents comportements qui contreviennent à une exigence de rigueur des stratégies de conquête d'une clientèle donnée. Dans ce contexte, un opérateur économique ne saurait se comporter de telle sorte qu'il reproduise plus ou moins les caractéristiques choisies par un concurrent pour s'intégrer dans un secteur donné. Sans doute, le dépôt et l'enregistrement d'une marque lui seraient-ils d'une grande utilité. Mais les règles de droit civil peuvent lui donner également satisfaction si, véritablement, peut être établi un manquement à la probité qui s'y trouve énoncé.

Les tribunaux sont ainsi astreints à un délicat examen des modalités de l'initiative litigieuse. La liberté étant normalement la règle³⁰, ils doivent à ce titre s'appuyer sur des torts dûment identifiés. Il en résulte des décisions pour le moins partagées dans lesquelles le demandeur obtient plutôt difficilement gain de cause³¹.

Une autre perspective est désormais possible pour parvenir au résultat souhaité.

b) Approche renouvelée

Les risques pour le bon exercice de la concurrence sont en vérité bien plus nombreux que ceux qu'autorise la version classique de la concurrence déloyale. Pour cette raison, les magistrats ont progressivement intégré à leur raisonnement une notion développée en doctrine, à l'initiative de Y. Saint-Gal, sous la dénomination de parasitisme économique. Il en résulte des possibilités de censure qui n'existaient sans doute pas auparavant. La consécration de cette approche présente un double intérêt.

27 - Cf. notamment sur ce point, S. Nérot, La loyauté de la concurrence au regard de la propriété industrielle, du parasitisme, de la confusion, RLC 2017 n°66, p. 40.

28 - Cf. notamment en ce sens O. Douvreur, Les nouveaux acteurs de la loyauté de la concurrence et l'office du juge RLC 2017 n°66 p. 65.

29 - Cf. notamment sur ce point I. Luc, Nouveaux développements de la loyauté dans la concurrence devant le juge de droit commun, RLC 2017 n°66, p.19, M. Chagny, Les innovations en matière de concurrence déloyale et de parasitisme RLC 2021 n°111, p.18.

30 - Cf. notamment en ce sens Paris, 14 septembre 2015, RG 09/07975 CCE 2012 chr.7, Un an de droit de la publicité, L. Boulet, L. Frossard pour le conditionnement d'un produit amincissant.

31 - Cf. notamment en ce sens, Paris, 1^{er} mars 2023, RG 21/00558 pour un kit de crack ; Paris, 14 avril 2023 RG 21/09779, LEPI 2024 n°1 p.7 observations A.E Kahn pour le conditionnement d'un médicament ; Paris, 17 février 2023 RG 21/05882 pour la dénomination d'un réseau de pharmacies ; Trib. judiciaire de Paris, 20 octobre 2023 19/13662 pour l'imitation du signe d'un concurrent.

En premier lieu, le recours à la théorie des agissements parasitaires autorise un élargissement de la sphère de responsabilité précédemment définie. D'une part, dans la forme, le vocable utilisé évoque clairement des comportements qui ne pouvaient en réalité s'intégrer dans les catégories anciennes. D'autre part, dans le fond, la nouvelle terminologie change sensiblement la donne en évoquant, selon l'expression même retenue en jurisprudence, un « suivisme » qui ne saurait rester sans conséquence pour l'entreprise qui en est à l'origine³².

En deuxième lieu, l'incidence de la notion d'agissements parasitaires se mesure également à l'autonomie qu'elle a progressivement acquise en jurisprudence. D'une part, il est aujourd'hui établi que les entreprises en conflit peuvent se situer dans des secteurs d'activités différents³³. D'autre part, il résulte également d'une abondante jurisprudence que le grief de parasitisme peut prospérer même en l'absence d'un risque de confusion³⁴. Il revient alors aux juges de se livrer à un examen minutieux des données de l'espèce pour caractériser l'ensemble des données aptes à le caractériser³⁵. Autant dire qu'il n'est pas systématiquement retenu, d'autant que la Cour de cassation assure le contrôle de la motivation des juges du fond³⁶.

Face à l'ambiguïté de certaines intentions et réalisations, il est ainsi réconfortant de constater que toutes les précautions sont prises pour éviter les débordements que pourrait susciter un excès de confiance, de fantaisie ou, plus prosaïquement, l'appât du gain....

Caroline Carreau

32 - Cf. notamment en ce sens Paris, 10 novembre 2003, RG 21/19126 ; Versailles 30 mars 2023 RG 21/03042 ; Paris, 1^{er} mars 2023 RG 21/04180 ; Paris, 11 janvier 2023 RG 21/11901 ; Paris, 20 novembre 2015, RG 14/10985 ; Paris, 1^{er} février 2012, RG 11/09426.

33 - Cf. notamment en ce sens Com., 16 février 2022, n° 20-13542, D. 2022, p. 2255, Concurrence interdite-Concurrence illégale et parasitisme, D. 2022 p. 1383 J.M Buguière, A. Bregou, La manif pour tous, Le parasitisme pour les autres, JA 2022 n°55, p.11 observations X. Delpech, Légipresse 2022 p.144 ; Paris, 29 septembre 1995 D.1996 p. 251 observations M.L Izorche, Gaz. Pal. 1996 1 somm. p. 265 et 999.

34 - Cf. notamment en ce sens Paris, 25 janvier 2023, RG 21/07073 ; Paris 11 janvier 2022 RG 19/17384 ; Paris, 11 mai 2022, RG 20/05912 ; Com., 27 janvier 2021, n°18-20702 ; Trib. gr. inst. Paris, 21 septembre 2017, PIBD 2018 III p.139 ; Civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 16-16799 RLDI 2017 n°139 p.17, observations L. Costes, RTD com. 2017 p. 889 observations F. Pollaud-Dulian ; Com., 9 juin 2015, n°14-11242 D. 2015 p. 22526, Concurrence interdite- Concurrence déloyale et parasitaire, CCE 2015 n°7 Un an de droit de la publicité L. Boulet, L.Honnen-Frossard, Propr. ind. 2015 chr. Un an de droit de la propriété industrielle J. Larrieu, Légipresse 2015, n°330 p. 460, n° 333, p. 684, Propriété littéraire et artistique observations C. Alleaume, Légipresse 2016, n° 338 p. 305, Droit de la publicité observations E.Andrieu ; Paris, 18 novembre 2015 RG 13/15000 ; Com., 30 janvier 1996 Bull. IV n°32, D.1997, p. 232 note Y. Serra, Resp. civ. et assur. 1996 comm. 158.

35 - Cf. notamment en ce sens Paris, 6 décembre 2023, RG 22/19703 pour le conditionnement de cosmétiques ; Versailles, 30 mars 2023, RG 21/03042 Propr.ind. 2023 chr.9, Un an de droit de la concurrence déloyale, J. Larrieu pour le conditionnement et les codes de communication de produits cosmétiques ; comp. Paris, 1^{er} mars 2023, Propr. ind. 2023 comm. 33 J. Larrieu ; Trib. com. Paris, 15 octobre 2021, Propr. ind.2022 comm. 19 J. Larrieu.

36 - Cf. C. Thomas-Raquin, M. Le Guerier, Le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de parasitisme, CCE 2022 Pratique contentieuse 2.