



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, 40. hal-04685958

HAL Id: hal-04685958

<https://hal.science/hal-04685958>

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

La normalisation des rapports de concurrence constitue une nécessité que doit respecter tout opérateur économique. Elle évoque la crainte d'excès néfastes dont auraient à souffrir tant la collectivité que des entreprises clairement individualisées. Le schéma est classique. À défaut de transformations profondes, il continue au moins de prospérer comme tel au gré de situations parfois critiques. Il n'est nul besoin d'insister sur les enjeux que véhicule en particulier l'approche des questions de santé.

Le sort qui leur est réservé correspond aux catégories d'interdits et de précautions instituées par les textes. Il revient alors aux autorités et instances compétentes de transposer aux cas concrets les conditions de leur mise en œuvre. La présente étude cherche à mettre en évidence les comportements les plus significatifs, au prix de sanctions et de procédures à la hauteur de la gravité des faits litigieux.

Mots-clés

Concurrence ; Opérateur économique ; Entreprises ; Santé.

Abstract

The only way for competition law to reach its aims is to set barriers when needed for an open and peaceful trade. Freedom, considering its frequent misuse, obviously, cannot be the universal model. It would be too risky and inappropriate for the markets and private actors.

Depending on superior interests, the existing rules either forbid several types of behaviour or implement controls for specific operations. In both situations, some guarantees have to be given to make sure that every operation meets the official canvas defined by law.

Keywords

Competition ; Economic operator ; Companies ; Health.

Les échanges de produits ou de services exigent la recherche de compromis. S'ils doivent être rentables pour leurs promoteurs, ils ne sauraient pour autant par là même neutraliser toute intervention parallèle d'autrui. Il s'agit au contraire d'offrir aux concurrents et aux consommateurs une capacité de choix à la hauteur de leurs attentes. Nul ne peut ainsi agir totalement comme bon lui semble. À cette fin, on le sait, les pouvoirs publics ont imposé des règles qui préviennent ou censurent toute forme de débordement.

La question est d'autant plus sensible que le secteur de la santé est à l'évidence porteur d'enjeux prioritaires. La présente rubrique a précisément pour raison d'être l'étude de « cas » révélateurs du mauvais usage qui peut être fait d'une liberté par ailleurs proclamée par les textes. Les exemples d'écarts fautifs couvrent en réalité une gamme relativement ouverte de comportements. Un tel constat ne doit pas surprendre. Il se justifie au regard d'impératifs

que cherche à garantir le droit positif.

Le dispositif auquel on doit se référer est en effet traditionnellement axé sur deux préoccupations majeures. Dans l'intérêt du plus grand nombre, il se préoccupe tout à la fois de la sauvegarde des marchés et des concurrents. Dans ce contexte, des règles d'origine diverse énoncent des pratiques interdites **(1)** ou des opérations « simplement » contrôlées **(2)**.

1. Santé, concurrence et pratiques interdites

Le paradoxe est plus apparent que réel. Sans doute, la liberté de la concurrence est-elle la règle. Personne ne le conteste. Mais il est progressivement apparu que cette approche pouvait être détournée de ses fins par des initiatives qui ne pouvaient véritablement résister à tout reproche.

Laisser agir à leur guise les opérateurs économiques représente en effet une menace pour l'ensemble des parties prenantes. Sans limites, la conquête de nouveaux « territoires » est dangereuse, potentiellement de nature à altérer l'intensité ou le périmètre de la concurrence. Pour cette raison, s'est imposée l'idée qu'il convenait de fixer des limites à « l'inventivité » des entreprises à la recherche d'utiles débouchés.

Sont ainsi exposées à la censure les pratiques anticoncurrentielles **(A)** et les pratiques déloyales **(B)**.

A. Interdiction des pratiques anticoncurrentielles

La sauvegarde des marchés appelle des actions fortes dont un ensemble de dispositions assure de longue date le respect. Son étude occupe d'ailleurs dans la présente rubrique, on le sait, une place de choix. Les autorités et instances compétentes ne manquent pas en effet de se saisir de comportements susceptibles de tomber sous le coup des interdictions énoncées dans les législations en vigueur¹.

Tel est encore le cas dans des interventions récentes de la Commission de l'Union européenne. Elle s'est en effet saisie de plusieurs pratiques qui, en l'état actuel des choses, lui paraissent contrevenir aux règles édictées par le TFUE. Sont à ce titre en cours d'examen deux « affaires » qui pourraient mettre en évidence, sous couvert de l'article 102, des formes spécifiques d'abus de position dominante.

Il convient dès lors de s'y arrêter pour cerner les contours de cette infraction dont pourraient avoir à répondre des laboratoires pharmaceutiques suspectés de stratégies d'éviction **(a)** ou de propos dénigrants **(b)**.

a) Interdiction de stratégies d'éviction

Le grief d'abus de position dominante regroupe sous une dénomination globale des possibilités de pratiques anticoncurrentielles liées aux entraves que pourrait imposer à d'autres une entreprise jouant à l'excès de sa puissance sur un marché donné. Une nouvelle fois, cette hypothèse a dû être examinée dans la perspective d'éventuelles poursuites à l'échelle de l'Union européenne.

Dans cette perspective, la Commission a récemment décidé d'ouvrir une enquête formelle « afin de déterminer si l'entreprise exerçant des activités dans le domaine de la santé animale Zoetis a enfreint les règles de concurrence de l'UE en empêchant le lancement sur le marché d'un médicament biologique concurrent pour traiter les douleurs chroniques chez les chiens »².

Elle redoute qu'il en soit ainsi au travers de deux éléments principaux : des priorités de santé publique **(1°)** et d'un abus de domination **(2°)**.

1° De priorités de santé publique

La procédure que l'on évoque ici a pour origine la plainte déposée à l'encontre de Zoetis par une entreprise française spécialisée dans la santé animale. La suite qui lui est donnée s'inscrit logiquement dans les pouvoirs

1 - Comp. Autorité de la concurrence, 15 mars 2024 Opération de visite et saisie inopinée dans le secteur de la biologie médicale à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.

2 - Commission européenne, 26 mars 2024, affaire AT.40734 Communiqué de presse IP/24/1687.

conférés par les textes à la Commission.

Il apparaît en effet qu'est ici en cause d'un côté l'implantation forte d'une entreprise « à l'échelle mondiale » d'une entreprise exerçant des activités dans le domaine de la santé animale et de l'autre un produit, le premier anticorps mononucléonal approuvé en Europe pour traiter la douleur associée à l'ostéoarthrose chez les chiens.

L'élément déclencheur de l'intervention de la Commission réside dans les conséquences que pourrait avoir l'acquisition d'un produit concurrent par le laboratoire mis en cause.

2° De signes d'un abus de domination

Un autre volet critique ressort de la saisine de la Commission. En réalité, parallèlement au développement du produit phare évoqué ci-dessus, Zoetis a acquis un produit similaire se trouvant à un stade avancé de développement qui allait être commercialisé dans l'Espace économique européen (EEE) par un tiers. Mais, probablement contre toute attente, ladite entreprise a mis un terme au développement de ce médicament alternatif et refusé de le transférer au tiers qui détenait les droits de commercialisation exclusifs dans la zone prévue.

Dans ces conditions, la Commission exprime la crainte que le comportement décrit ci-dessus constitue une éviction contraire aux dispositions applicables en l'espèce. Il s'agit en vérité de sa première enquête formelle sur un possible abus lié à l'abandon, à des fins d'éviction, d'un produit en cours de développement qui devait être commercialisé par un tiers. La vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence encourage d'ailleurs ces investigations parce que « *la concurrence entre médicaments vétérinaires garantit que les propriétaires d'animaux peuvent choisir entre différents médicaments sûrs, innovants et abordables* » et sanctionne le fait pour Zoetis d'avoir illégalement empêché l'entrée sur le marché d'un nouveau médicament qui était susceptible de faire concurrence à son propre médicament biologique Librela.

La mise en œuvre de l'article 102 TFUE est encore possible au-delà de cet exemple.

b) Interdiction de propos dénigrants

Dans la lignée d'autres procédures ayant au demeurant donné lieu à condamnation des entreprises mises en cause, la Commission avait ouvert en son temps, à la demande de Pharmacosmos, une enquête sur le risque de dérive susceptible d'être imputé à Vifor Pharma sur le fondement de l'article étudié. Il suffira sans doute de rappeler ici qu'était plus précisément susceptible de lui être reprochée la teneur d'une communication à l'adresse de professionnels de santé particulièrement critique à l'encontre des produits d'un concurrent³. De nouvelles étapes ont été depuis lors franchies.

La Commission se fonde sur la position dominante de Vifor pour la rendre responsable de la diffusion d'une communication illicite (1°) pour laquelle lui sont imposés des engagements obligatoires (2°)⁴.

1° D'une communication illicite

L'implantation de Vifor sur un certain nombre de marchés nationaux au sein de l'Espace économique européen (EEE) dans le secteur de la fourniture de médicaments intraveineux (IV) à base de fer lui impose le respect de l'article 102 TFUE en s'abstenant de tout abus. Dans ce contexte, la Commission ne pouvait qu'être sensible à la diffusion auprès de professionnels de santé et aux caisses d'assurance maladie « d'informations trompeuses sur la sécurité d'un médicament concurrent de son médicament IV à base de fer, à savoir le Monofer vendu par Pharmacosmos A/S, faisant ainsi obstacle à son entrée et/ou à sa pénétration sur le marché »⁵. Pour promouvoir cette « perception dominante », il est avéré que Vifor est à l'origine deux messages principaux suggérant que l'administration de ce médicament comporte de graves risques pour la sécurité et la tolérance à ses composants. Fondés sur des informations inexactes et/ou incomplètes susceptibles d'induire en erreur leurs destinataires et de discréditer un produit concurrent, ainsi que d'évincer indûment ce dernier, les messages litigieux exposaient leur initiateur au grief d'abus de position dominante.

Il en résulte des conséquences décisives pour l'avenir.

3 - Cf. dans cette affaire, Commission européenne, 22 juin 2022 affaire AT.40577 Communiqué de presse IP/22/3882, [JDSAM 2022 n°35](#) p. 135 avec nos observations.

4 - Commission européenne, 8 avril 2024 Communiqué de presse IP/24/2110, JOUE C du 22 avril 2024, Concurrences e-competition news avril 2024.

5 - Communication de la Commission dans l'affaire AT.40577 Vifor point 4 précité.

2° D'engagements obligatoires

La sévérité du constat dressé en l'espèce par la Commission ne pouvait qu'inviter Vifor à se soumettre aux injonctions de cette dernière pour échapper à la condamnation qu'elle encourait. Il lui revenait alors de proposer à la Commission des engagements que celle-ci peut rendre obligatoires au titre de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence.

Dans un premier temps, la Commission fait part des engagements proposés par Vifor. Ils sont plus précisément de deux ordres. Tout d'abord, est retenue l'idée d' « un comportement requis »⁶. Dans une version positive de ses obligations futures, il consiste de sa part en une communication globale, multicanaux, destinée à annuler les effets des messages antérieurs potentiellement trompeurs. Dans ce cadre, sont prévues différentes mises au point pour livrer aux diverses parties prenantes les informations véridiques nécessaires à leur pratique. Ensuite, fait partie des propositions soumises à la Commission l'adhésion à « un comportement prohibé »⁷. Cette fois, à l'inverse de la précédente, prévaut une version négative de la conduite que s'impose désormais Vifor. En d'autres termes, elle prend l'engagement de s'abstenir « pendant une période de 10 ans et dans l'ensemble de l'EEE, de produire des communications promotionnelles, par écrit ou oralement, sur le profil de sécurité du Monfer contenant des informations qui ne sont basées ni sur le résumé des caractéristiques du produit ni dérivés d'essais cliniques comparatifs randomisés et contrôlés (...) ». En outre, Vifor s'engage à mettre en œuvre un certain nombre de mesures et de « gardes-fous » visant à garantir le respect du présent engagement.

Dans un second temps, la Commission invite toutes les parties intéressées à présenter leurs points de vue dans un délai déterminé sur la sortie de crise proposée par Vifor. À ce jour, l'affaire est donc loin d'être close... On voit ainsi que le dénigrement alimente une nouvelle fois le contentieux que fait naître l'abus de position dominante.

D'autres pratiques sont encore l'objet d'une surveillance spécifique.

B. Interdiction des pratiques déloyales

Le principe de liberté de la concurrence domine sans doute le modèle initial. Mais il ne saurait pour autant jouer sans limites. Les pouvoirs publics se sont ainsi préoccupés de préserver les impératifs de concurrence chaque fois qu'ils le jugeaient nécessaire. Les chances d'y parvenir devaient dès lors couvrir d'autres domaines que celui qui vient d'être évoqué. En d'autres termes, au-delà de la sauvegarde des marchés, s'est imposée l'idée que des mesures adaptées devaient également concourir à la sauvegarde des concurrents. A travers une exigence de probité puisée dans le Code civil, s'est progressivement imposée l'idée que des recours devaient être offerts à ceux qui avaient eu à souffrir de conduites indélicates.

Le changement opéré, on le sait, est double. Il concerne tout à la fois la nature et le régime des actions à entreprendre en cas d'atteinte dont il peut être demandé réparation. D'une part, une telle démarche repose sur le seul droit commun de la responsabilité civile. D'autre part, le procès qui en résulte fait intervenir des éléments radicalement distincts de ceux que postule la recherche des pratiques anticoncurrentielles.

Il reste alors à les identifier. La question est d'autant plus sensible qu'elle couvre une large gamme de comportements dont devraient également, pour ne pas dire surtout, s'abstenir les professionnels de santé. Le grief de concurrence déloyale est ainsi appelé à jouer en différentes circonstances qui correspondent à une riposte distincte **(a)** ou conjointe **(b)** de la partie demanderesse.

a) Action distincte

La mise en œuvre d'un régime de responsabilité civile de droit commun n'exige rien d'autre que la démonstration d'agissements contraires à un « bon » exercice de la concurrence. Le propos n'est pas entièrement nouveau, comme en témoignent des antécédents de la présente rubrique⁸. Il doit cependant être en quelque sorte actualisé au regard de litiges récents.

6 - Communication de la Commission précitée point 7 a).

7 - Communication de la Commission précitée point 7 b).

8 - Cf. en dernier lieu, [JDSAM 2024 n°39](#), p. 100 avec nos observations.

Il convient à ce titre d'intégrer à l'analyse les possibilités offertes à ceux qui, dans l'environnement choisi, revendiquent au seul titre de l'article 1240 du Code civil la protection de leurs emballages (1°) ou de leur image (2°).

1° Imitation des emballages

La notion même de concurrence déloyale évoque l'idée de conduites ambiguës au regard d'une vision « saine » ou normale des rapports avec autrui. Dans cette optique, il est classique d'y intégrer le fait de semer le trouble auprès des consommateurs par des rapprochements qui n'ont généralement rien de fortuit... L'imitation des emballages en est un exemple classique. Elle entretient en effet à tort le doute sur l'identité des produits mis sur le marché au risque d'une dispersion nuisible des achats.

Témoigne encore du caractère nuisible d'un tel comportement l'arrêt rendu par la cour d'appel de Colmar le 28 février 2024⁹. Au-delà de points de procédure qu'il est possible d'éviter dans la présente étude, les données de fond s'inscrivent dans une perspective intéressante. Les magistrats étaient saisis en l'espèce d'un conflit opposant deux laboratoires du fait de ressemblances dans la présentation d'une gamme de pansements pour plaies chroniques et post-opératoires imputées à la société Biogaran. La solution retenue appelle un double examen.

En premier lieu, pour écarter l'argument d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite invoqué par la prétendue victime, la cour fait valoir une considération moins anodine qu'il n'y paraît au premier abord. Elle s'appuie en effet sur les modalités de commercialisation des produits litigieux. En particulier, elle définit le « public de référence » par rapport aux « professionnels de santé majoritairement des pharmaciens, infirmiers libéraux et personnels hospitaliers, dotés d'un niveau d'attention particulièrement élevé », qui vont choisir les produits litigieux « en fonction de critères indépendants de l'emballage ». Certes, mais ce constat n'empêche en rien l'obstacle que fait naître « l'emprunt » de nombreuses caractéristiques.

En deuxième lieu, à l'issue d'un inventaire détaillé des circonstances de l'espèce, la cour rattache l'initiative de Biogaran à des faits de parasitisme économique. La solution est intéressante et d'une certaine façon dans l'air du temps. Elle élargit en réalité la sphère de responsabilité définie par les textes. Dans l'arrêt étudié, le passage d'une approche classique à une approche renouvelée de la déloyauté est manifeste. D'une part, la cour estime à juste titre réunies les composantes du grief tenant à l'imitation des premiers emballages. D'autre part, elle va encore au-delà de cette stricte analyse pour sanctionner une gamme de comportements qui, intrinsèquement, risqueraient d'échapper à toute sanction. Conformément à une définition devenue classique, chiffres à l'appui, il est en effet reproché à la société mise en cause de s'être placée « dans le sillage d'un autre en profitant indûment de sa notoriété et de ses investissements ». Il en résulte à l'évidence de graves conséquences pour l'entreprise prise pour cible qu'il convient d'enrayer par tout un ensemble de mesures : de l'arrêt de la commercialisation des sets de pansements en jeu à la cessation de toute publicité et *in fine* leur destruction.

L'exigence de loyauté s'étend encore à d'autres hypothèses.

2° Détournement d'image

La modération qu'imposent les règles de responsabilité civile est largement entendue. Sans doute, des enjeux financiers y occupent-ils une place décisive. Mais d'autres aspects sont encore à prendre en considération. En particulier, des intérêts « moraux » doivent aussi être préservés de tout débordement.

Pour licite qu'elle soit en elle-même, la publicité n'en est pas moins soumise à certaines restrictions. Le sujet dépasse largement le cadre imparti à la présente étude. Mais il est possible de le réduire à de justes proportions pour n'en aborder ici que des aspects de concurrence déloyale. L'intervention du juge se justifie en effet au regard d'excès qui pourraient nuire à l'image de la personne désignée dans un message donné. L'hypothèse du dénigrement en est à l'évidence un exemple caractéristique. Mais d'autres dérives peuvent être sanctionnées sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

Témoigne précisément de cette possibilité le litige tranché par la cour d'appel de Paris le 29 mars 2024¹⁰. Il était demandé aux juges d'accéder ou non à la demande du CNRS, entité qu'il est selon toute vraisemblance inutile de

9 - Colmar (1^{ère} ch. A), 28 février 2024 RG 23/02327 et RG 23/02328.

10 - Paris, 29 mars 2024 RG 23/10181.

présenter, de tenir pour déloyale l'utilisation de son sigle, en quelque sorte à titre de « caution » sans y avoir bien sûr consenti, dans des messages publicitaires pour des produits cosmétiques. Sans entrer dans le détail d'un débat d'autant plus complexe qu'il mettait en cause différents griefs imputés aux acteurs mis en cause sur le fondement du droit des marques et du droit de la consommation, il suffira de retenir la motivation développée pour lui donner raison au titre d'une déloyauté qui n'avait pas lieu d'être. En réalité, à l'encontre de la défense organisée par chacun des intimés, les magistrats font à chaque fois triompher le droit pour le CNRS d'agir pour que soit sanctionnée, notamment sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, l'utilisation de son sigle ou de son nom pour « *détourner l'autorité et le crédit strictement scientifiques attachés à la marque CNRS* » (point 56).

L'emprunt litigieux était ainsi constitutif d'une faute dont la victime pouvait à bon droit demander réparation.

b) Action conjointe

Les écarts de conduite imputés aux opérateurs économiques peuvent être en réalité diversement appréhendés. Au gré des circonstances, leurs victimes ont à leur disposition une gamme de recours qu'il s'agit précisément d'identifier. Au-delà des exemples qui viennent d'être donnés, centrés sur les seuls aspects de concurrence déloyale, s'impose désormais l'examen d'un cumul d'actions fondé sur des prétentions restant à définir.

La possibilité envisagée implique que soit identifiée la nature des atteintes commises **(1°)** pour envisager la possibilité d'un cumul de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale **(2°)**.

1° Nature des atteintes

Le contrôle qu'appellent les activités des opérateurs économiques est étroitement lié au contenu des obligations qui leur sont imposées. Il convient à cet égard de dénombrer au moins deux approches possibles en la matière.

En premier lieu, les pouvoirs publics ont cherché à leur garantir une propriété exclusive de biens immatériels utiles à leur « commerce ». Dans ce contexte, comme certains exemples ont pu en être donnés dans ces lignes et dans une rubrique dédiée, la législation applicable ouvre la voie à des réactions de défense des titulaires de droits sous couvert de contrefaçon de brevet ou de marque (livres VI et VII du code de la propriété intellectuelle). Le cadre ainsi défini est exigeant. D'une part, il postule que soient accomplies certaines formalités. D'autre part, il détermine les « sphères » protégées et place sous la bannière de « contrefaçon » les procédures et infractions qu'appelle leur violation. Le dispositif évoqué ne ressemble à aucun autre. Il a pour intérêt d'assurer une protection particulièrement forte à ceux en droit d'arguer de la seule violation des prérogatives exclusives dont ils sont titulaires.

En deuxième lieu, comme les développements de la présente rubrique viennent de le montrer, le droit de la responsabilité civile ouvre la voie à une réparation que peuvent réclamer les concurrents lésés par la simple « légèreté » des agissements d'un autre. Le changement opéré ici encore est double. Tout d'abord, dans la forme, la « contrefaçon » a une signification d'autant plus forte qu'elle se réfère à des délits contre lesquels les pouvoirs publics ne cessent de se prémunir¹¹. La concurrence déloyale, quant à elle, se rapporte à un comportement fautif plus banal et de moindre gravité. Ensuite, dans le fond, la réaction qui lui est associée est d'une certaine façon plus clémentine, en l'absence de toute répression pénale.

Malgré ces différences, il n'est pas à exclure que surviennent quelques interférences.

2° Cumul de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale

La question posée est pour ainsi dire inévitable. Elle survient dans un contexte spécifique où les demandeurs cherchaient à retirer la plus grande satisfaction possible d'une atteinte à leurs droits exclusifs. Une telle situation est fréquente et alimente un contentieux récurrent¹². Elle se rencontre logiquement dans une instance récente, liée au domaine médical, où étaient plus précisément en cause les caractéristiques techniques d'un dispositif de distribution d'insuline.

11 - Cf. en dernier lieu, Commission européenne, Recommandation (UE) 2024/915 du 19 mars 2024 relative à des mesures visant à lutter contre la contrefaçon et à renforcer le respect des droits de propriété intellectuelle.

12 - Cf. notamment en ce sens, A. Lawrynowicz, L'évolution de l'appréciation d'un fait distinct de la contrefaçon Propr. ind. 2017 étude 21 ; M. Malaurie-Vignal, Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes de la notion de fait distinct Propr. ind. 2017 Etude 14 ; F. Fajgenbaum et T. Lachacinski, Concurrence déloyale, parasitisme et contrefaçon, AJCA 2014, p. 158 ; T. Azzi, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs RTDciv. 2007 p. 227.

Dans ce contexte les magistrats devaient en particulier, après la reconnaissance de la validité du titre délivré à l'invention prétendument usurpée, régler le sort d'une action en concurrence déloyale intentée cumulativement avec une action en contrefaçon de brevet¹³. Le principe étant que l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale ne peuvent être cumulées qu'à condition de reposer sur des faits distincts, ils en font une application stricte au cas d'espèce.

Un examen minutieux des conditions dans lesquelles il avait pu être porté atteinte au brevet dont la protection était réclamée par leurs titulaires débouche sur une double conclusion. La première affirme l'existence d'une contrefaçon selon les critères énoncés par les articles pertinents du code de la propriété intellectuelle. Leur étude dépasse largement le cadre de la présente rubrique. La seconde écarte les prétentions des demandeurs arguant de surcroît d'une concurrence déloyale. Il leur est répondu de façon assez prévisible qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir l'existence d'actes de parasitisme susceptibles d'être sanctionnés. Dans un domaine aussi sensible que celui de la recherche médicale réputée pour ses coûts particulièrement élevés, les juges considèrent néanmoins que les griefs dont ils sont saisis ne permettent pas de caractériser l'existence d'actes dont il pourrait être demandé réparation sur le fondement de l'article 1240 du code civil. La captation des investissements réalisés pour la mise au point du dispositif litigieux ne suffit pas selon eux à établir l'existence de faits distincts de la contrefaçon. Ils considèrent qu'« *en invoquant le parasitisme, les sociétés Insulet Corporation et Insulet France demandent en réalité au tribunal de tenir compte des économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que les défenderesses ont retirées de la contrefaçon au sens de l'article L.615-7 du code de la propriété intellectuelle* ». La lettre de ce texte est ainsi intégralement respectée. Il n'empêche qu'il est fait peu de cas dans le jugement de l'étendue des « *économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels* » retirés des actes de contrefaçon, visés par ce texte.

La diversité des pratiques interdites par les textes donne lieu à un inventaire sans doute plus fourni qu'il pouvait être envisagé de prime abord. D'autres stratégies mettent en évidence les interventions possibles des pouvoirs publics.

2. Santé, concurrence et opérations contrôlées

Le droit de la concurrence suit une logique à l'abri de tout reproche. Aucune priorité sérieuse n'y est en effet négligée. Dans cette perspective, au-delà d'interdictions strictes, des procédures spécifiques ont été mises en place pour enrayer les risques de débordements. Ces hypothèses n'ont en vérité rien d'irréel. Les opérations de concentration s'intègrent alors dans un dispositif dont il convient de préciser une nouvelle fois les principaux rouages.

Le sort qui leur est réservé tient à un examen objectif de leurs incidences sur la structure des marchés concernés. La conclusion qui s'en dégage prête rarement à controverse. Toutefois, il n'est pas à exclure que des difficultés surviennent dans le cadre d'une opération donnée, à l'initiative de l'une des parties prenantes.

Il convient ainsi de mesurer les incidences concrètes de cette alternative, au regard du partage qui fait coexister tant des opérations « consensuelles » **(A)** que contentieuses **(B)**.

A. Opérations de concentration consensuelles

La réalisation de la plupart des opérations de concentration attire généralement peu l'attention. En fonction de seuils définis par les textes, elles sont susceptibles de relever en effet d'une procédure dite « simplifiée » à l'issue de laquelle les autorités chargées de la concurrence donnent en quelques lignes leur aval.

L'observation qui précède se vérifie au regard tant des décisions de la Commission européenne **(a)** que de l'Autorité de la concurrence **(b)**.

a) Opérations soumises à la Commission européenne

La sphère de liberté généralement reconnue aux opérateurs économiques ne s'étend pas au-delà du strict nécessaire. En d'autres termes, on le sait, les autorités de concurrence ont vocation à intervenir face à des dérives

13 - Trib.judic. Paris, 9 février 2024 RG 20/12350.

avérées ou supposées qui compromettraient le bon déroulement des échanges. La question de la structure des marchés se pose ainsi en tout état de cause.

La Commission européenne est dès lors régulièrement saisie de dossiers relatifs à des opérations de concentration qui peuvent être de taille « modérée » notamment le domaine de la santé. Leur examen débouche pour une large part sur des décisions de non-opposition. Les plus récentes concernent une nouvelle fois les stratégies d'investissements développées dans les marchés de produits (1°) ou de services (2°).

1° Concentrations autorisées à l'intérieur des marchés de produits

Il existe au fond une certaine constance dans la vie des marchés au travers de spéculations sur la vitalité des entreprises impliquées dans les échanges de produits liés à la santé. Une nouvelle fois, la Commission européenne a été amenée à se prononcer sur trois opérations de concentration dans ce secteur. Elle les a accueillies sans réserve.

Dans une première affaire, était soumis à la Commission le projet d'acquisition par une société de capital-investissement et gestionnaire d'actifs d'un groupe paneuropéen qui produit et vend des logiciels destinés aux secteurs de santé et des produits médicaux, diagnostiques et pharmaceutiques (DHSG Italie)¹⁴. Elle a finalement décidé de ne pas s'y opposer¹⁵.

Dans une deuxième affaire, la Commission était saisie d'une notification relative au projet d'acquisition par une société d'investissement privée d'une entreprise active dans la distribution d'ingrédients et d'additifs pour l'alimentation humaine, les produits pharmaceutiques, les produits de soins personnels dans l'ensemble de l'Union européenne et dans plusieurs pays du monde¹⁶. Elle a également décidé de ne pas s'y opposer¹⁷.

Dans une troisième affaire, la Commission a reçu notification d'un projet par lequel des sociétés de gestion alternative d'actifs de niveau mondial et de capital-investissement impliquées dans le secteur notamment des soins de santé entendaient acquérir le contrôle en commun de Resotronics, organisation indépendante de développement et de fabrication contractuelle de technologies médicales (CDMO) spécialisée dans la microfabrication complexe de composants, d'implants, de sous-ensembles et de dispositifs finis de haute technologie¹⁸. Elle a finalement rendu une décision de non-opposition¹⁹.

D'autres cas de figure sont à prendre en considération.

2° Concentrations autorisées à l'intérieur des marchés de services

L'activité de la Commission en cette matière est encore plus significative. Elle relève de deux perspectives complémentaires.

En premier lieu, lui ont été soumises des opérations liées au secteur proprement dit des services de santé. Dans cette perspective, elle a successivement autorisé plusieurs projets. Tout d'abord, elle a été saisie de celui par lequel Oakley Capital, société de capital investissement, et 21 Invest annonçaient leur intention d'acquérir PLG, partenaire français de conformité réglementaire des entreprises pharmaceutiques²⁰. Elle ne s'y est pas opposée²¹.

Ensuite, la Commission a reçu notification du projet par lequel différentes entreprises de capital-investissement dont les entreprises de portefeuille sont actives notamment dans les soins de santé et les technologies entendaient acquérir le contrôle en commun d'une plateforme intégrée de données et de logiciels qui offre des données de marché et des services d'informations sur les marchés aux entreprises notamment des soins de santé²². Elle lui

14 - Commission européenne, Affaire M.11377 Ardian/Dedalus Helthcare Systems, Notification adressée le 15 décembre 2023 JOUE C 2023/1638 du 22 décembre 2023.

15 - Commission européenne, Décision du 18 janvier 2024 JOUE C 2024/1062 du 24 janvier 2024.

16 - Commission européenne, Affaire M.11459 Cinven/Barentz Notification adressée le 7 février 2024 JOUE C 2024/1602 du 15 février 2024.

17 - Commission européenne, Décision du 29 février 2024 Communiqué de presse MEX/24/1289 JOUE C2024/2692 du 15 avril 2024.

18 - Commission européenne, Affaire M.11445 Carlyle/GTCR/Resotronics JOUE C 2024/2259 du 19 mars 2024.

19 - Commission européenne, Décision du 15 avril 2024 Communiqué de presse MEX/24/2087, JOUE C2024/2819 du 19 avril 2024.

20 - Commission européenne, Affaire M.11398 Oakley Capital/21 Invest Group/PLG JOUE C 2024 /780 du 11 janvier 2024.

21 - Commission européenne, Décision du 29 janvier 2024 Communiqué de presse MEX/24/567.

22 - Commission européenne, Affaire M.11466 TA Associates/SSCP/Macquarie/Byggfakta Group JOUE C 2024/2090 du 8 mars 2024.

a finalement donné une suite favorable²³. Enfin, la Commission a eu à traiter le projet par lequel Generali, GSD entreprise italienne qui fournit des services de soins de santé hospitaliers et ambulatoires pour le compte du service de santé publique et du secteur privé et GK Holding entendaient acquérir le contrôle en commun de Smart Clinic, entité qui fournit des soins de santé ambulatoires et procède à des examens diagnostiques, tant dans le cadre de l'accord avec le service de santé publique que pour le secteur privé²⁴. La Commission lui a donné une suite positive²⁵.

En deuxième lieu, s'est posée une question du même ordre en matière de services purement financiers liés à la santé. Témoigne en particulier de cette approche l'opération soumise à la Commission le 18 mars 2024. Le projet de concentration par achat d'actions avait pour objectif l'acquisition d'une société de capital-investissement spécialisée dans la réalisation d'investissements directs centrés notamment sur les consommateurs, les soins de santé, les sciences de la vie²⁶. La Commission ne lui a opposé aucune objection²⁷.

D'autres exemples témoignent de cette approche plutôt libérale.

b) Opérations soumises à l'Autorité de la concurrence

Le schéma est connu et n'appelle pas véritablement de longs développements. Il suffira de rappeler que l'Autorité de la concurrence tient de dispositions caractéristiques du code de commerce le pouvoir de se prononcer selon différentes modalités sur le devenir des opérations de concentration au sens de l'article L.430-1.

Son activité récente s'inscrit dans un parcours qui, en amont de décisions proprement dites (**1°**) intègre une phase d'examen préliminaire (**2°**).

1° Décisions

Une première décision autorise la prise de contrôle exclusif par le groupe Vivalto Santé du groupe Santé Ovalie, tous deux actifs principalement sur les marchés de l'offre de diagnostics et de soins en établissements de santé²⁸.

Une seconde décision intervient dans le domaine de l'imagerie médicale. À l'issue d'une procédure spécifique, elle autorise la prise de contrôle par Antin Infrastructures Partners de différentes entités actives dans ce secteur²⁹.

2° Opération en cours d'examen

Le secteur des soins de santé et de l'hébergement à destination des personnes âgées est à l'évidence sensible. Dans ce contexte, l'Autorité a reçu notification le 19 avril 2024, d'une opération mettant en présence des entités qui s'y trouvent impliquées. L'examen auquel elle doit procéder porte sur le projet d'acquisition par Prédica Prévoyance Dialogue du Crédit agricole S.A, société d'assurance-vie filiale du groupe Crédit Agricole, du contrôle exclusif de Clariane S.E du fait de sa participation à l'augmentation de capital de cette dernière. L'Autorité à ce jour est en attente des observations des tiers.

Le sort réservé aux opérations de concentration est lié, on le sait, à des circonstances propres à chaque espèce. Certaines peuvent révéler des divergences de points de vue qui ne sauraient être ignorées.

23 - Commission européenne, Décision du 25 mars 2024 JOUE C 2024/2535 du 9 avril 2024.

24 - Commission européenne, Affaire M.11417 Generali/GSD/GK Holding/JV JOUE C 2024 /2258 du 19 mars 2024.

25 - Commission européenne, Décision du 5 avril 2024 Communiqué de presse MEX/24/1886, JOUE C 2024/2676 du 19 avril 2024.

26 - Commission européenne, Affaire M.11450 Worxinvest/GIMV JOUE C 2024/2367 du 26 mars 2024.

27 - Commission européenne, Décision du 12 avril 2024 JOUE C 2024/2821 du 22 avril 2024.

28 - Autorité de la concurrence, Décision n°24-DCC-19 du 14 février 2024 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Santé Ovalie par le groupe Vivalto Santé à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.

29 - Autorité de la concurrence, Décision n°24-DCC-88 du 6 mai 2024 relative à la prise de contrôle exclusif d'Excellence Imagerie, Imagerie Duroc et Groupement Imagerie médicale Angevine par Antin Infrastructures Partners à consulter sur le site Internet www.autoritedelaconcurrence.fr.

B. Opérations de concentration contentieuses

En dehors de la procédure dite « simplifiée », la tâche de la Commission est assurément plus lourde. Il lui revient de rassembler l'ensemble des éléments aptes à forger sa conviction et évaluer en quelque sorte les risques attachés au projet dont elle est saisie. Les choix qui lui sont offerts couvrent en réalité une large gamme de solutions.

Mais en tout état de cause, les intéressés doivent s'y tenir et s'abstenir de tout écart. La règle est sans doute évidente. Mais dans une affaire récente, au demeurant déjà évoquée dans ces lignes³⁰, les difficultés de mise en œuvre n'ont cessé de s'accumuler. Il convient donc d'évoquer les réactions qu'a suscitées depuis lors le « suivi » de l'acquisition de Grail par Illumina. Cette approche n'est pas neutre. Elle appelle un retour sur une opération invalidée **(a)** et la perspective d'un possible revirement judiciaire **(b)**.

a) Retour sur une opération invalidée

Dans un secteur aussi sensible que celui de la cancérologie, il devenait pour ainsi dire évident que les autorités de concurrence ne laisseraient rien au hasard. Une succession de décisions jalonne d'ailleurs la procédure déclenchée dès 2021 à la demande de six États membres.

Il suffira de les retracer brièvement jusqu'à une étape qui aurait pu clore en vérité tout litige. L'interdiction initiale n'a pas prospéré comme elle aurait dû le faire **(1°)**. Il ne restait plus dès lors à la Commission qu'à multiplier les injonctions postérieures **(2°)**.

1° Interdiction initiale

La concentration Illumina /Grail relève en quelque sorte d'un défi que les autorités et instances chargées de la concurrence ne pouvaient que relever. Dès le début de « l'alerte », il était clair que des actions devenaient nécessaires pour éviter que la fusion des deux entreprises ne contribue à réduire la concurrence et l'innovation sur le marché de la mise au point et la commercialisation des tests de dépistage du cancer reposant sur des techniques de séquençage.

L'action de la Commission n'a pas tardé à intervenir et se prolonger sous couvert de l'approbation donnée, on s'en souvient, par le Tribunal de l'Union européenne le 13 juillet 2022. Les mesures concrètes se sont depuis lors multipliées. Une initiative pour le moins inopportune a encore accéléré les choses. Alors que l'enquête approfondie était toujours en cours, Illumina a en effet annoncé que l'acquisition de Grail avait abouti.

Au-delà de mesures provisoires que rendait nécessaire cette décision pour le moins contestable, la Commission a interdit le 6 septembre 2022 le rachat, déjà réalisé de Grail par Illumina et continué de manifester sa réprobation au travers de griefs et sanctions à la hauteur de l'action litigieuse.

2° Injonctions postérieures

Ce rappel des premières étapes de la procédure permet de donner tout son sens à la suite des événements dont certains sont directement en prise avec l'actualité la plus récente.

En premier lieu, l'intervention de la Commission en date du 12 octobre 2023 est encore venue renforcer l'arsenal des précédentes mesures afin de rétablir la situation antérieure à la réalisation de l'opération et ordonnant à Illumina de céder Grail et de rétablir la situation prévalant avant la finalisation de l'acquisition³¹.

En deuxième lieu, et peut-être surtout, la Commission a encore été franchi tout récemment une étape décisive. Le 12 avril 2024, elle a en effet approuvé le plan d'Illumina visant à céder Grail en conséquence des mesures qui viennent d'être évoquées. Il lui apparaît en effet que les propositions qui y figurent répondent à son attente tant au regard de l'indépendance retrouvée des acteurs concernés que du calendrier des échéances à respecter³².

30 - Cf. notamment sur ce point [JDSAM 2023 n° 37](#) p.136 avec nos observations et les références citées ; *adde* L. Idot, Les procédures quasi-répressives en droit de la concurrence RTDE 2024 p. 71.

31 - Cf. sur ce point, [JDSAM 2023 n° 38](#) p. 123 avec nos observations.

32 - Commission européenne, 12 avril 2024 à consulter sur le site Internet www.curia.europa.eu Communiqué de presse IP/24/1964 ; LEDDC 2024 n°5 p. 6 observations A. Gioe de Stefano.

Le conflit initial pouvait donc s'arrêter là sans que quiconque le regrette après tant d'années. Une telle perspective s'éloigne peut-être au regard des suites que cette opération pourrait encore connaître sur le plan judiciaire.

b) Revirement judiciaire à venir ?

Dans cette affaire véritablement exceptionnelle par son ampleur et sa durée, rien aujourd'hui n'est en réalité définitivement acquis. Le dépôt de pourvois devant la Cour de justice par les entités mises en cause avec d'autres intervenants représente même d'une certaine façon un nouveau départ³³. Il soumet en effet aux magistrats la question essentielle de la validité elle-même de la procédure jusqu'alors suivie. En d'autres termes, la Commission était-elle fondée, comme l'avait décidé en son temps le Tribunal, à se saisir de l'opération litigieuse au titre de l'article 22 du règlement 139/2004 sur les concentrations et lui donner les suites qui viennent d'être évoquées ?

Les conclusions de l'avocat général N. Emiliou orientent clairement la réponse vers une remise en cause de l'ensemble du dispositif antérieur³⁴. Elles reposent sur deux orientations principales : le principe même de la saisine de la Commission en l'espèce **(1°)** et l'étendue des mesures décidées à ce titre **(2°)**.

1° Critique de la saisine de la Commission

La procédure suivie tout au long de cette affaire, on s'en souvient, est dotée d'un particularisme certain. Dans la forme, tout d'abord, elle a pour origine une plainte qui a déterminé la Commission à adresser une demande de renvoi au titre de l'article 22 précité auprès d'autorités nationales de concurrence qui y ont *in fine* souscrit. Dans le fond, ensuite, il est également important de souligner que l'opération litigieuse était en deçà des seuils de chiffres d'affaires des entreprises prévus par les textes. Dès lors, le règlement sur les concentrations pouvait-il être appliqué ?

Il revient ainsi à la Cour de se prononcer sur la compétence elle-même de la Commission pour opérer le contrôle d'une concentration dont elle a été saisie par une initiative que les autorités nationales de concurrence n'étaient pas habilitées à prendre de ce fait. L'avocat général conteste d'ores et déjà à ce titre la mise en œuvre de l'article 22 néanmoins validée en l'espèce par le Tribunal. Ses conclusions ne laissent guère de place au doute. Elles intègrent en vérité un ensemble de paramètres relevant d'une interprétation « littérale, historique, contextuelle et téléologique » (points 52 s.).

Sur le plan des principes, est tout d'abord retenue l'idée d'une incompatibilité de la solution retenue par le Tribunal avec l'interdiction de se prévaloir de droits que l'on n'a pas (point 65). Sur l'influence proprement dite du texte soumis à examen, l'avocat général restreint les possibilités offertes à la Commission au travers d'une démonstration savante de son cadre et de sa portée bien loin de l'analyse qu'en aurait fait la Commission (points 70 s.). Il lui apparaît surtout que l'ensemble des éléments auxquels il se réfère écarte la possibilité pour celle-ci d'utiliser l'article 22 pour des concentrations en deçà des seuils nationaux (point 162).

Les conclusions de l'avocat général font intervenir une autre considération.

2° Critique de l'étendue des mesures décidées par la Commission

En parallèle, l'avocat général N. Emiliou insiste sur les dangers qui résulteraient d'une vision laxiste des pouvoirs de la Commission (points 215 s.). Il refuse en particulier d'offrir à la Commission « *le pouvoir de contrôler quasiment toute concentration ayant lieu dans le monde, indépendamment du chiffre d'affaires et de la présence des entreprises dans l'Union, et ce, à tout moment, y compris bien après la réalisation de la concentration* ». La remarque peut surprendre, surtout dans la présente affaire. Le contrôle préventif a précisément pour objectif de dissuader les parties d'y procéder le temps de l'examen du dossier... En tout état de cause, reconnaît-il, « *dans un monde de plus en plus fondé sur une « économie 2.0 », il pourrait être souhaitable, voire nécessaire, de modifier les seuils actuels d'une opération de concentration* ». Mais, « *c'est au législateur de l'Union et non à la Commission qu'incombe cette tâche* » (point 220).

33 - Ordonnances du Président de la Cour, affaires jointes C-611/22 Illumina c. Commission et C-622/25 Grail c. Commission européenne et Illumina à consulter sur le site Internet www.curia.europa.eu.

34 - Conclusions 21 mars 2024, affaires jointes C-611/22 P et C-622/25 Illumina/Commission Communiqué de presse de la CJUE du 21 mars n°56/24, Contrats Concurr. Consomm. 2024 comm.82 D. Bosco, RLC 2024 n°137 p. 4 observations J. Berlemont, L'Actu-concurrence 2024 n°11 observations A. Ronzano.

L'urgence, en réalité, est sans doute ailleurs. Elle concerne la mise en place d'un dispositif de nature à paralyser autant que nécessaire des stratégies qui n'ont clairement pas lieu d'être.

A l'heure où ces lignes sont écrites, nul ne peut dire avec certitude dans quel sens se prononcera la Cour de justice. Une telle situation est véritablement inédite tant le revirement proposé pourrait mettre à mal le jour venu la conception et la gouvernance d'opérations à hauts risques. Le remède serait-il pire que le mal dénoncé sans doute à bon escient ?

Caroline Carreau