

AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015 p.131

Le dénigrement des génériques du Plavix® constitue bien un abus de position dominante

**Arrêt rendu par Cour d'appel de Paris
pôle 5, ch. 7**

18-12-2014
n° 13/12370

Sommaire :

Par un arrêt en date du 18 décembre 2014, la cour d'appel de Paris a confirmé en tous points la décision de l'Autorité de la concurrence du 14 mai 2013 qui avait fait grand bruit en sanctionnant la société Sanofi-Aventis à une amende de 40,6 millions d'euros pour un abus de position dominante sur le marché français du clopidogrel (Aut. conc, 14 mai 2013, n° 13-D-11, pratiques mises en oeuvre dans le secteur pharmaceutique). L'entreprise pharmaceutique avait été condamnée pour avoir dénigré les médicaments génériques concurrents de son produit phare, le Plavix®, en créant, dans sa communication à destination des professionnels de santé, un doute sur des risques potentiels sur la santé humaine causés par ces génériques. Pour la cour d'appel de Paris :  (1)

Texte intégral :

« La décision [de l'Autorité de la concurrence] a retenu à juste titre, d'une part, que la société Sanofi-Aventis a mis en place une stratégie de dénigrement à l'encontre des génériques concurrents de Plavix® et de Clopidogrel Winthrop, à partir d'actions de communication mises en oeuvre pendant cinq mois, de début septembre 2009 à janvier 2010, d'autre part, que cette pratique a eu pour effet de limiter durablement l'entrée de ces génériques sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville et, enfin, qu'elle constitue un abus de position dominante prohibé ».

Texte(s) appliqué(s) :

Code de commerce - art. L. 420-2

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13-12-2007 - art. 102

Mots clés :

ABUS DE DOMINATION * Abus de position dominante * Médicament générique * Dénigrement

(1) La position dominante. Dans un premier temps, la cour d'appel de Paris se prononce sur l'existence d'une position dominante de Sanofi sur le marché. L'entreprise pharmaceutique faisait grief sur ce point en affirmant qu'avec l'arrivée des génériques du clopidogrel et à la suite de l'expiration de son brevet en 2008, elle avait perdu 46 % des parts de marché en à peine quatre mois.

La Cour rejette, conformément à une analyse traditionnelle (Cons. conc., 16 déc. 2004, n° 04-D-70, pratiques mises en oeuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye : « Mais il est de jurisprudence constante qu'une société en position dominante confrontée à une concurrence effective peut être considérée comme maintenant sa position dominante si, tout en subissant une baisse progressive de ses parts de marché, elle conserve une part de marché très supérieure à celles de ses concurrents. Cette situation est, au demeurant, la règle dans les secteurs anciennement en monopole qui s'ouvrent progressivement à la concurrence »), l'argument en considérant que par la commercialisation de son propre générique le « Clopidogrel Winthrop », Sanofi a su maintenir des parts de marché considérables. Afin d'établir la réelle part de marché de Sanofi, la Cour procède par cumul des parts de marché des produits détenus par Sanofi. Elle constate ainsi, qu'entre le mois de janvier 2010 et le mois d'août 2011, l'entreprise possédait près de 60 % du marché du clopidogrel (38 % pour le Plavix® et 21,18 % pour l'autogénérique). La Cour souligne également le fait que, pendant dix ans, Sanofi, protégée par son brevet, était le seul acteur du marché, ce qui lui a permis de se construire une réputation de confiance auprès des professionnels de santé, dont elle peut se prévaloir à leur égard et qui est d'autant plus cruciale dans ce secteur. La Cour rajoute que la concurrence dans le secteur pharmaceutique repose également sur la capacité du laboratoire pharmaceutique à convaincre de l'efficacité de son médicament. À cet effet, l'importance des visites médicales et de la force de délégués médicaux constituent des outils d'influence indéniables.

En complétant son analyse de la part de marché par ces éléments de contexte propres au secteur, la cour d'appel conclut que, malgré la commercialisation du générique du clopidogrel par dix-huit autres entreprises concurrentes, la stratégie adoptée par Sanofi-Aventis lui a permis de demeurer un opérateur puissant face à une concurrence particulièrement atomisée.

L'abus par dénigrement. Sur les pratiques reprochées, la cour d'appel confirme l'approche de l'Autorité de la concurrence qui a considéré que Sanofi avait véhiculé, à travers ses visiteurs médicaux et ses délégués pharmaceutiques, un discours trompeur dans l'esprit des professionnels de santé sur les qualités des produits concurrents du Plavix®. Sanofi communiquait, en effet, sur deux différences objectives entre le Plavix® et les génériques, à savoir le fait que les génériques concurrents utilisaient des sels différents de ceux contenus dans le Plavix® et que le Plavix® disposait de deux indications thérapeutiques alors que les génériques n'en bénéficiaient que d'une seule.

Devant la cour d'appel, Sanofi a insisté sur le fait qu'en sa qualité de fabricant, elle est soumise à une double exigence de renseignement et de conseil à l'égard du consommateur et à l'égard des professionnels de santé à travers une information complète. Elle a ainsi objecté que les informations qu'elle avait délivrées ne portaient que sur les caractéristiques objectives des produits. La Cour ne conteste pas le fait que les informations communiquées par Sanofi soient objectives et véridiques et rejoint l'Autorité en considérant que ce n'est pas le fait d'avoir communiqué ces informations qui constitue l'abus, mais la façon dont cette communication a été mise en oeuvre et

déployée. En mettant en avant les différences entre son produit et les produits génériques concurrents, Sanofi aurait en effet instillé un doute sur l'efficacité et l'innocuité des génériques concurrents, remettant en cause la substituabilité de son propre médicament le Plavix®, alors même que ces différences étaient dues à des considérations juridiques de protection de droits de propriété intellectuelle et n'affectaient pas la substituabilité des produits. C'est donc le fait que le message véhiculé par Sanofi soit ambigu, en ce qu'il lie des informations indépendantes les unes des autres, et incomplet, en ce qu'il omet des éléments factuels, qui constitue l'abus.

En outre, la cour d'appel met en avant le contexte dans lequel Sanofi a exercé sa stratégie. Tout comme l'avait soulevé l'Autorité de la concurrence, elle distingue le marché des médicaments des autres produits ou services en observant que les professionnels de santé sont particulièrement prudents lors de la prescription de nouveaux médicaments et qu'il existe un climat général en France de suspicion envers les génériques. En raison de ce contexte sensible, la Cour observe qu'un doute instillé sur les qualités intrinsèques d'un médicament peut suffire à le discréditer immédiatement. Selon elle, Sanofi s'est servie de sa notoriété et de son influence pour arriver à ses fins.

Les juges du fond estiment également que l'Autorité de la concurrence a adopté un standard de preuve adéquat et suffisant eu égard au contexte en considérant que celle-ci n'avait qu'à démontrer que le message véhiculé auprès des professionnels de santé pouvait instiller un doute suffisant ou une défiance à l'encontre des génériques du Plavix®.

La sanction. Concernant la sanction, la cour d'appel confirme le raisonnement de l'Autorité qui a estimé qu'il était nécessaire de prendre en compte la période pendant laquelle la pratique en cause continue d'engendrer des effets délétères sur la concurrence et cela même si la période de commission de l'infraction est plus courte. Ainsi, même si la pratique n'a duré que cinq mois, les effets dénigrants de celle-ci se sont, quant à eux, fait ressentir sur l'année entière.

De nouvelles contraintes pour les laboratoires pharmaceutiques. Cet arrêt de la cour d'appel de Paris confirme donc qu'une pratique de dénigrement peut constituer un abus de position dominante. Ce n'est pas la première fois que l'Autorité juge en ce sens et il existait déjà des décisions notamment dans des secteurs anciennement sous monopole tels que les télécoms (Cons. conc., 15 oct. 2007, n° 07-D-33, D. 2007. 2668, obs. E. Chevrier [📄](#) ; RTD com. 2008. 54, obs. E. Claudel [📄](#) ; *ibid.* 63, obs. E. Claudel [📄](#)), pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit ; V. aussi 20 mars 2001, n° 00-D-85, pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution du chlorate de soude). Mais cette pratique française fait néanmoins figure d'exception en Europe où les pratiques de dénigrement sont en général appréhendées sous l'angle de la concurrence déloyale. Cet arrêt valide également l'analyse de l'Autorité, à première vue critiquable, selon laquelle la communication d'une information réelle et non erronée peut constituer un dénigrement par la façon dont elle est véhiculée.

Ce faisant, cette nouvelle jurisprudence fait donc peser de nouvelles contraintes sur les laboratoires pharmaceutiques s'agissant de leurs communications tant auprès de leurs « distributeurs » que sont les pharmaciens qu'auprès des autorités de santé, des médecins et autres journalistes. Ils devront, en effet, être particulièrement vigilants non seulement sur le contenu de l'information mais également sur la façon plus subjective dont cette information est communiquée et sur le moment auquel celle-ci est diffusée. Toute communication précédant de peu ou concomitante au lancement d'un générique devra être examinée dans le détail et entourée de rappels aux équipes de visiteurs médicaux sur la façon de véhiculer le message.

Il serait néanmoins regrettable que ces contraintes portent atteinte au débat scientifique absolument nécessaire dans ce domaine.

À retenir

La cour d'appel de Paris approuve l'Autorité de la concurrence de s'être octroyé le pouvoir de sanctionner le dénigrement d'un médicament générique concurrent dès lors qu'il est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, précisément d'abus de position dominante. Cet arrêt invite les laboratoires pharmaceutiques à la plus grande vigilance dans leur politique de communication.

Ombline Ancelin, *Avocat associé, Simmons & Simmons LLP*

Florence de Bakker, *Avocat à la Cour, Simmons & Simmons LLP*