

# Points de vue pratiques

TUE 12 décembre 2018, Aff. T-691/14

## Un accord de règlement amiable peut constituer une restriction de concurrence par l'objet

Le Tribunal de l'UE a rendu un arrêt illustrant une pratique d'entraves d'accès au marché dans le secteur du médicament (V. par ex., au niveau interne, sous un angle procédural, Crim. 26 oct. 2016, n°15-83477 : Lettre distr. décembre 2016, nos obs.). Aux termes d'un long arrêt, le Tribunal, confirmant sur ce point la décision de la Commission, juge que des accords de règlement en matière de brevets peuvent être restrictifs de concurrence par l'objet.

En l'espèce, le groupe Servier avait mis au point le péridopril. Le brevet relatif à la molécule de ce médicament étant arrivé à expiration au cours des années 2000 dans différents États membres de l'UE, un nouveau brevet relatif à l'ingrédient pharmaceutique actif du médicament, l'erbumine, et aux procédés de fabrication de celle-ci, a été déposé devant l'Office Européen des Brevets par Servier en 2001 et délivré en 2004. À la suite de litiges dans lesquels la validité de ce brevet était contestée, Servier a conclu avec plusieurs sociétés de génériques des accords distincts de règlement amiable. Selon ces accords, chacune de ces sociétés s'engageait, notamment, à ne pas entrer sur le marché et à ne pas contester ledit brevet.

Entre autres enjeux de cette décision celui, général, du support de l'entente et un autre, plus spécifique, relatif à la conciliation entre droit des brevets et droit de la concurrence, dans le cadre de la conclusion de règlements amiables entre des parties à un litige relatif à un brevet (pt. 252). À ce sujet et selon le Tribunal, « *il convient de trouver un point d'équilibre entre, d'une part, la nécessité de permettre aux entreprises de procéder à des règlements amiables dont le développement est favorable à la collectivité et, d'autre part, la nécessité de prévenir le risque d'un usage détourné des accords de règlement amiable, contraire au droit de la concurrence, conduisant au maintien de brevets dépourvus de toute validité et, en particulier dans le secteur des médicaments, à une charge financière injustifiée pour les budgets publics* » (pt. 252).

Le Tribunal, comme précédemment la Commission, considère que les sociétés de génériques impliquées étaient des concurrents potentiels de Servier au moment de la conclusion des accords (pt. 1886). À cet égard, il juge que la Commission a correctement considéré que ces sociétés avaient des possibilités réelles et concrètes d'entrer sur le marché avec leur péridopril générique, en dépit des obstacles liés aux brevets de Servier, des difficultés d'obtenir des autorisations de mise sur le marché de leur produit, des problèmes techniques de mise au point de ce produit et des difficultés financières auxquelles elles étaient confrontées (pts. 349 et s.).

Bien que l'adoption de règlements amiables en matière de brevets ne soit pas nécessairement contraire au droit de la concurrence (Communiqué de Presse du TUE n° 194/18, p. 2), le Tribunal valide le raisonnement de la Commission selon lequel, lorsqu'une société de génériques se voit octroyer, par une société de princeps titulaire d'un brevet, des avantages l'incitant à renoncer à entrer sur le marché et à contester le brevet de cette société, l'accord en cause, « *même s'il se présente comme un accord de règlement amiable* », doit alors être regardé comme étant un accord d'exclusion du marché, dans lequel les restants indennisent les sortants. Pour le TUE, « *en présence de clauses de non-commercialisation et de non-contestation, dont le caractère intrinsèquement restrictif n'a pas été valablement mis en cause, les accords Niche et Matrix ont pu être regardés à bon droit par la Commission, du fait du constat de l'existence d'une incitation, comme étant des accords d'exclusion du marché, poursuivant de ce fait un objectif anticoncurrentiel* ». Il rappelle que « *selon une jurisprudence constante, la seule circonstance qu'un accord poursuive également des objectifs légitimes ne saurait suffire à faire obstacle à une qualification de restriction de concurrence par objet* » (pt. 562 ; Sur les accords de *pay for delay*, rapp. W.Chaiehoudj *Les accords de report d'entrée, Contribution à l'étude de la relation du droit de la concurrence et du droit des brevets*, 2019 coll. Concurrences). Il est ainsi considéré que « *c'est alors l'avantage incitatif et non la reconnaissance par les parties au règlement amiable de la validité du brevet qui doit être considéré comme étant la véritable cause des restrictions à la concurrence qu'introduit l'accord* » (Communiqué préc., p. 2 ; V. aussi pts 265, 271, 562, 704 et 1790). Dans ces circonstances, les accords sont en l'espèce jugés anticoncurrentiels, à l'exception de l'un d'entre eux, dont la restriction de concurrence par objet n'est pas vérifiée, à raison du défaut d'établissement d'un avantage incitatif octroyé par Servier à l'un des génériqueurs, en échange de son retrait marché (pts 910 et s.). La restriction par les effets n'est pas davantage retenue dans ce dernier cas (pts 1075 et s.).

Signalons enfin que le TUE annule partiellement la décision de la Commission ayant qualifié la pratique en cause d'abus de position dominante moyennant une stratégie d'exclusion, en raison d'erreurs d'appréciation dans la délimitation du

marché pertinent du médicament concerné de nature à vicier le résultat de son analyse. Pour le Tribunal, la Commission « *a restreint le marché pertinent à la seule molécule du péridopril, alors que les pièces du dossier montrent que le péridopril pouvait être exposé, de la part des autres IEC, à des pressions concurrentielles significatives d'ordre non tarifaire* » (pt. 1590).

Au plan pratique, au-delà de l'intérêt que représente cette affaire dans l'univers du médicament, il convient de rappeler que le risque de pratique anticoncurrentielle peut ressortir de démarches qui, de prime abord, n'en sont pas le terrain de prédilection, telle la recherche d'un règlement amiable. Les conseils et rédacteurs de transactions doivent conserver un œil critique sur les conventions qui leur sont soumises.

J-M.V

Paris, 23 janvier 2019, n° 18/26546

## Interdiction d'interdire de vendre sur internet : un pavé dans la mare ?

Par décision n° 18-D-23 en date du 24 octobre 2018, l'ADLC avait sanctionné des sociétés du groupe Stihl (ci-après Stihl), commercialisant des tronçonneuses et autres débroussailleuses, pour avoir mis en place, dans leurs contrats de distribution sélective, une clause exigeant une remise en main propre du produit par le distributeur à l'acheteur et donc en imposant soit un retrait en magasin, soit une livraison en personne au domicile de l'acheteur. L'Autorité a considéré que cette obligation de « mise en main », formalisée dans les contrats de distribution sélective Stihl, constituait une interdiction *de facto* de vente des produits à partir des sites Internet de ses distributeurs, et par là-même, une restriction caractérisée de concurrence. Elle avait alors prononcé une amende de 7 000 000 € et des injonctions de modifier les contrats de distribution dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision, de communiquer cette modification aux distributeurs agréés et de publier sa décision dans la presse spécialisée et sur les sites internet de celle-ci.

Considérant que ces injonctions étaient susceptibles d'entraîner des « conséquences manifestement excessives », Stihl a formé un recours devant la première présidente de la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir un sursis à exécution de la décision sur le fondement de l'article L 464-8 du Code de commerce. Elle mettait en avant le fait que ce service caractérisait un mécanisme de prévention des risques d'accident des utilisateurs de produits dangereux, et que sa suppression aurait des conséquences irrémédiables pour les utilisateurs. En outre, ce service relevait de l'« essence même du réseau » organisé sur l'ensemble du territoire de l'UE, si bien que la suppression de cette clause aurait pour conséquence de présenter deux niveaux de services entre les distributeurs situés en France, et ceux situés dans les autres états de l'Union, sauf à ce que la décision ait un impact extraterritorial. Ceci conforté par des positions prises par les autorités allemandes, suisses et suédoises de concurrence, n'ayant pas considéré cette restriction de concurrence comme anticoncurrentielle par l'objet. Enfin, Stihl chiffre l'impact financier important du respect de l'injonction au regard de la nouvelle organisation logistique et juridique liée au reconditionnement du produit après montage et vérification et expédition par un transporteur tiers.

L'Autorité, de son côté, considère en substance d'une part, qu'aucune réglementation n'exige la transmission d'informations orales par contact direct entre le distributeur et l'utilisateur final, ni la réalisation d'une démonstration devant cet utilisateur, et d'autre part que la suppression de cette clause ne s'oppose en rien en la possibilité de Stihl d'offrir « une mise en main » aux utilisateurs ayant acheté leur produit sur internet, en leur permettant de retirer le produit ailleurs qu'auprès du magasin du distributeur sur le site duquel il a été acquis, ou la livraison au domicile de l'acheteur par une autre personne que ce distributeur ou l'un de ses employés. Elle met en avant les pratiques des concurrents n'imposant pas cette restriction. Enfin elle considère qu'aucun chiffrage des conséquences irrémédiables sur le réseau de distribution n'a été apporté par Stihl.

La Cour d'appel de Paris a ordonné, avec le soutien du ministère public, le sursis à exécution de la totalité des injonctions prononcées contre les sociétés Stihl et ce, jusqu'à ce que la Cour, saisie d'un recours contre cette décision, ne statue sur le fond de l'affaire. Aux termes de la présente ordonnance, le représentant de la première présidente de la Cour d'appel de Paris estime que l'injonction de supprimer la clause de « mise en main » des contrats de distribution sélective « *aura pour conséquence de modifier de façon substantielle le système et la nature de la distribution sélective au sein du réseau actuel du groupe STILH, et, corrélativement, d'entraîner des coûts substantiels pour les sociétés requérantes* ». Il considère du reste qu'« *il ne peut être exclu que cette modification du réseau de distribution sélective à l'échelon national soit étendue au niveau européen, sauf à instaurer la création de deux niveaux de services différents selon la localisation géographique du distributeur et dès lors, une distorsion de concurrence entre eux* ». Il ajoute que, même en cas de mise en