

N° 1-2019

Patent: The E.U General Court confirms that certain patent settlement agreements may be restrictive of competition by object (*Groupe Servier*)

DISTRIBUTION, FRANCE, DOMINANCE (ABUSE), DOMINANCE (NOTION), CONCERTED PRACTICES, INTELLECTUAL PROPERTY, MARKET SHARING, PHARMACEUTICAL, SETTLEMENT, LICENSING, PRICE COORDINATION, MARKET DEFINITION, NON-COMPETITION CLAUSE, ANCILLARY RESTRICTION, ANTICOMPETITIVE OBJECT / EFFECT, PAY-FOR-DELAY

GCEU, Dec. 12th, 2018, Groupe Servier vs. European Commission, Aff. T-691/14

Cet article a fait l'objet d'une première publication dans la Lettre de la distribution ↗ publiée par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier.

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 1-2019 | Alerts | Distribution

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 périndopril. 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 périndopril 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 indemnisent 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.Chaiehloudj *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 périndopril, alors que les pièces du dossier montrent que le périndopril 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.