

COMM.

JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du 11 janvier 2017

Rejet

Mme RIFFAULT-SILK, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 33 FS-P+B

Pourvoi n° J 15-17.134

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société Reckitt Benckiser Plc, société de droit britannique,

2°/ la société Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd, société de droit britannique,

ayant toutes deux leur siège [Adresse 1] (Royaume-Uni),

contre l'arrêt rendu le 26 mars 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1°/ à la société Arrow génériques, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],

2°/ l'Autorité de la concurrence, dont le siège est [Adresse 3],

3°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié [Adresse 4],

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 15 novembre 2016, où étaient présents : Mme Riffault-Silk, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mmes Laporte, Bregeon, M. Grass, Mmes Darbois, Orsini, MM. Sémériva, Cayrol, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, M. Gauthier, conseillers référendaires, Mme Pénichon, avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés Reckitt Benckiser Plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de la société Arrow génériques, l'avis de Mme Pénichon, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 mars 2015), que la société Reckitt Benckiser Healthcare Ltd (la société Reckitt), détentrice des droits sur le médicament princeps "Subutex", dont le principe actif est la buprénorphine haut dosage (BHD) en a confié la commercialisation en France à la société Schering-Plough ; qu'après avoir obtenu une autorisation de mise sur le marché, la société Arrow génériques (la société Arrow) a entrepris la commercialisation, en mars 2006, de la "Buprénorphine Arrow", médicament générique du "Subutex" ; que le 15 novembre 2006, le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), a été saisi par la société Arrow d'une plainte relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par la société Schering-Plough visant à entraver l'entrée sur le marché de ce médicament générique ; que, par une décision n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, l'Autorité a dit établi que les sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en mettant en oeuvre une pratique de dénigrement du médicament générique de la société Arrow, et en octroyant aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant, sans aucune contrepartie économiquement justifiée, sur le marché français de la BHD commercialisée en ville ; que, par la même décision, l'Autorité a dit établi que ces sociétés, d'une part, et les sociétés Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser Plc, sa maison mère, (les sociétés Reckitt), d'autre part, avaient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE en participant à une entente anticoncurrentielle et a prononcé des sanctions pécuniaires prenant en compte l'absence de contestation des griefs de la part des sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. ; que les sociétés Reckitt ont formé un recours contre cette décision ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés Reckitt font grief à l'arrêt du rejet de leurs recours alors, selon le moyen, que l'interruption de la prescription pour des faits dont l'Autorité est saisie ne vaut qu'à l'égard des entreprises déjà mises en cause dans la procédure ; qu'en décidant que les actes d'instruction accomplis dans le cadre de la procédure initiée pour abus de position dominante, notamment contre la société Schering-Plough avaient interrompu la prescription à l'égard des sociétés Reckitt, bien qu'elles étaient restées totalement étrangères à cette procédure jusqu'au 9 novembre 2011, date à laquelle l'Autorité leur a adressé pour la première fois une demande d'information, et qu'elles n'ont été informées de leur mise en cause qu'avec la réception de la notification d'un grief le 19 novembre 2012, la cour d'appel a violé l'article L. 462-7 du code de commerce ;

Mais attendu qu'un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité ; que l'arrêt relève que les pratiques d'abus de position dominante dénoncées par la société Arrow dans sa plainte et les faits d'entente reprochés aux sociétés Reckitt

et sanctionnés par l'Autorité, lesquels auraient consisté dans la conclusion d'un accord avec la société Schering-Plough ayant pour objet la mise en oeuvre, par cette dernière, des pratiques d'abus de position dominante, poursuivaient un objet commun, celui d'entraver l'accès de la société Arrow au marché de la BHD ; qu'ayant ainsi caractérisé le lien de connexité existant entre ces pratiques, c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que la prescription concernant la pratique d'entente reprochée aux sociétés Reckitt avait été interrompue par les actes d'instruction ou de poursuite relatifs aux pratiques d'abus de position dominante et qu'elle n'était dès lors pas acquise à la date de notification des griefs ni à celle de la décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les sociétés Reckitt font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que seul le grief notifié sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par l'Autorité ; qu'en considérant que l'Autorité avait pu valablement retenir à l'encontre des sociétés Reckitt un grief consistant dans la participation à l'élaboration des pratiques d'abus de position dominante, tout en admettant que celui-ci était différent de celui notifié qui leur reprochait d'avoir participé aux pratiques d'abus elles-mêmes, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 6, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en retenant que le fait de condamner une entreprise sur un grief différent de celui notifié ne peut avoir porté atteinte aux droits de la défense de l'intéressée, tout en constatant que cette substitution de griefs tient compte des objections et explications apportées par les sociétés Reckitt dans le cadre de leur défense, ce dont il résultait qu'elles étaient ainsi parvenues à démontrer l'inanité du grief qui leur avait été notifié, raison pour laquelle celui-ci a été modifié, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort les articles 6, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la décision avait sanctionné les sociétés Reckitt pour avoir participé à l'élaboration des pratiques d'abus de position dominante, tandis que le grief notifié visait la participation aux pratiques d'abus elles-mêmes, l'arrêt retient que cette réduction du champ du grief s'appuie sur les éléments de fait contenus dans la notification de griefs ainsi que dans le rapport du rapporteur, et tient compte des objections et explications apportées par les sociétés Reckitt dans le cadre de leur défense ; qu'il ajoute que les sociétés Reckitt ne précisent pas quels éléments de fait elles auraient invoqués, ni quels moyens de droit elles auraient soutenus pour défendre leurs droits, sans pouvoir le faire ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations, que la cour d'appel a rejeté le grief pris d'une violation des droits de la défense invoqué par les sociétés Reckitt ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les sociétés Reckitt font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en oeuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation ; qu'en écartant expressément ce standard de preuve après avoir admis que son application était impossible en l'espèce bien que les sociétés Reckitt fabriquaient le Subutex et que la société Schering-Plough bénéficiait d'une exclusivité de distribution du médicament en France ce dont il résulte que l'entente reprochée aux opérateurs était nécessairement verticale, la cour d'appel a violé les articles 101 TFUE et L 420-1 du code de commerce ;

2°/ qu'en reprochant aux sociétés Reckitt d'avoir échangé avec leur distributeur exclusif Schering-Plough sur la politique de commercialisation du Subutex dans le cadre de l'arrivée d'un médicament générique, tout en constatant, par adoption de motifs, qu'une clause de l'accord de commercialisation du Subutex précisait que les responsables marketing

des sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser devaient se rencontrer au moins une fois par an pour se mettre d'accord sur les stratégies de vente, mais que cet accord n'était pas anticoncurrentiel, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 TFUE et L 420-1 du code de commerce ;

3°/ qu'en considérant que les sociétés Reckitt et Schering-Plough avaient défini en commun une stratégie d'entrave à la concurrence, après avoir constaté que le plan litigieux avait été établi par la société Schering-Plough et qu'il avait ensuite été unilatéralement mis en oeuvre par celle-ci, ce dont il résultait que les sociétés Reckitt n'avaient participé ni à l'élaboration, ni à la mise en oeuvre du plan litigieux, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 TFUE et L 420-1 du code de commerce ;

4°/ que la preuve d'un acquiescement à une entente peut être exprès ou tacite mais doit résulter d'actes positifs ; qu'en reprochant aux sociétés Reckitt d'avoir participé à une entente tout en constatant que la société Schering-Plough a élaboré le plan d'action litigieux qu'elle a ensuite unilatéralement mis en oeuvre, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 TFUE et L 420-1 du code de commerce ;

5°/ que la participation d'une entreprise non dominante à l'élaboration de pratiques d'abus de position dominante d'une autre société, ne peut pas être constitutive d'entente ; qu'en décidant le contraire la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'analysant les courriers électroniques et les documents échangés entre la société Schering-Plough et la société Reckitt Benckiser, l'arrêt retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que ces pièces montrent que, dès le mois d'octobre 2005, ces sociétés se sont entendues pour mettre en place une stratégie destinée à entraver l'entrée des génériques du "Subutex" ou encore à en réduire le développement sur le marché et, qu'ensemble, elles ont convenu des actions permettant de mettre en oeuvre cette stratégie, parmi lesquelles la tenue d'un discours dénigrant les génériques qui entreraient sur le marché et la mise en oeuvre de remises fidélisantes afin de saturer les linéaires des pharmaciens et entraver l'entrée des génériques ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir, sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations ni le standard de preuve mentionné à la première branche, que l'existence d'un accord de volonté des sociétés Schering-Plough et Reckitt, portant sur la définition en commun d'une stratégie d'entrave au libre jeu de la concurrence et sur les moyens de la mettre en oeuvre, était établie et que ni le fait que le contrat de licence conclu entre les parties, qui prévoyait qu'elles se rencontreraient une fois par an pour se mettre d'accord sur les stratégies de vente, ait été licite, ni celui que les comportements, objet de l'accord, aient été exécutés unilatéralement par la société Schering-Plough, n'avaient d'incidence sur la caractérisation de cet accord ;

Et attendu, en second lieu, que la position non dominante sur le marché de l'une des entreprises partie à l'entente est sans incidence sur la caractérisation de cette entente ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que les sociétés Reckitt font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la distinction entre "infractions par objet" et "infractions par effet" tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; que le degré suffisant de nocivité d'une pratique dispensant le juge de rechercher ses effets anticoncurrentiels doit être appréciée en fonction de la teneur de ses dispositions, des objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'en fonction du contexte économique et juridique dans lequel cette pratique est intervenue ; qu'en se bornant à affirmer que "l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée sur les marchés de médicaments des génériques, qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique", sans procéder à la moindre analyse de la teneur de

l'accord ou de son contexte économique et juridique et en confondant les objectifs de concurrence et les impératifs de santé publique, la cour d'appel qui a statué par une pétition de principe insuffisante à établir le degré de nocivité suffisant de la forme de collusion retenue et partant l'objet anticoncurrentiel de la pratique, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

2°/ que la distinction entre "infractions par objet" et "infractions par effet" tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; qu'ainsi seules les pratiques les plus nocives sont restrictives de concurrence par objet ; que le fait de s'entendre sur un dénigrement qui ne constitue en principe qu'un acte de concurrence déloyale ou une pratique commerciale déloyale ne saurait être assimilé à une pratique anticoncurrentielle particulièrement nocive, restrictive de concurrence par objet, qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

3°/ qu'en affirmant "qu'il importe peu que l'une des parties à cette entente ne soit pas en concurrence directe avec l'opérateur visé par la pratique de dénigrement" tout en constatant que l'entente consistait à convenir de diffuser des propos qui sont de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre un produit concurrent, ce dont il résulte que les auteurs de l'entente par dénigrement doivent opérer sur le même marché que leur victime, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

4°/ que l'existence d'un dénigrement suppose de démontrer l'accomplissement d'actes positifs et caractérisés exclusifs de toute omission ou abstention ; qu'en considérant que les sociétés Reckitt Benckiser avaient participé à une entente par dénigrement après avoir constaté que "les éléments relevés dans le cadre des échanges entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough ne comportent pas explicitement d'indications selon lesquelles cette dernière diffuserait des informations de nature à jeter le discrédit sur les génériques de Subutex au moyen de la diffusion d'informations inexacts ou subjectives à son encontre (...)" et qu'il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que les sociétés Reckitt Benckiser aient procédé, elles-mêmes, à un quelconque dénigrement, la cour d'appel a violé de plus fort les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

5°/ que seuls les rabais dont l'octroi est subordonné à un engagement exclusif ou quasi exclusif d'approvisionnement ont par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence ; qu'en considérant que les rabais accordés par la société Schering-Plough aux pharmaciens d'officine avaient un objet anticoncurrentiel tout en constatant qu'il s'agissait de remises quantitatives fidélisantes au comptant et de courte durée, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, et 101 TFUE ;

6°/ qu'en matière de rabais, seules les restrictions apportées à la liberté du revendeur d'en accorder pour diminuer son prix de vente peuvent être considérées comme restrictives de concurrence par objet ; qu'en considérant au contraire que des remises quantitatives avaient par nature un objet anticoncurrentiel, quand elles n'affectaient pas la liberté du revendeur de fixer librement son prix de vente et pouvaient au contraire même devenir pro concurrentielles, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

7°/ qu'une pratique qui ne peut pas être appréhendée sans tenir compte de ses effets sur le marché, ne peut pas être restrictive de concurrence par objet ; qu'en examinant les remises litigieuses au regard de leurs effets attendus, pour les considérer ensuite comme étant restrictives de concurrence par objet, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant énoncé que l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée, sur les marchés de médicaments, des génériques qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique, l'arrêt relève que la société Reckitt, qui était sur le point de perdre le monopole légal qu'elle détenait depuis dix ans en raison de l'expiration de ses droits de propriété intellectuelle, a convenu d'un plan stratégique avec la société Schering-Plough, son distributeur, visant à retarder ou décourager l'entrée des génériques sur le marché, par la mise en oeuvre de pratiques

de dénigrement et de remises fidélisantes ; qu'il relève que les premières consistaient en une communication de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre le médicament générique, chez les professionnels de santé, et que les secondes étaient destinées à provoquer, grâce à des rabais de fidélité, sans contrepartie économiquement justifiée, la constitution de stocks importants de "Subutex" dans les pharmacies afin de saturer les linéaires des pharmaciens et ainsi de dissuader ces derniers de substituer le générique au princeps ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que les sociétés Reckitt et Schering-Plough, actives sur le marché du médicament princeps, s'étaient entendues pour mettre en oeuvre des pratiques faussant le libre jeu de la concurrence, la cour d'appel, qui a pris en compte le contenu de l'accord, les objectifs qu'il visait à atteindre et les éléments du contexte économique et juridique dans lesquels il s'insérait, a pu retenir que l'accord conclu entre les sociétés Reckitt et Schering-Plough avait un objet anticoncurrentiel, peu important que la société Reckitt n'ait pas procédé elle-même à la pratique de dénigrement ;

Et attendu, en second lieu, que contrairement à ce que soutient le moyen, la cour d'appel n'a pas retenu que les remises quantitatives avaient par nature un objet anticoncurrentiel et n'a pas davantage examiné les remises litigieuses au regard de leurs effets attendus ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en ses sixième et septième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Reckitt Benckiser Plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Arrow génériques et au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros chacun et rejette leur demande ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze janvier deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour les sociétés Reckitt Benckiser Plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd

PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur la prescription)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours formés par les sociétés Reckitt Benckiser plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd contre la décision n° 13-D-21 de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE () sur la prescription, aux termes de l'article L. 462-7 du Code de commerce, « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction » ; que les requérantes font valoir que le délai de prescription a commencé à courir au jour de la cessation des pratiques constitutives de l'entente supposée, soit le 9 décembre 2005, alors que le premier acte d'instruction relatif aux faits de ce grief est intervenu le 23 septembre 2011, soit plus de cinq ans plus tard ; que dès lors, la prescription a été acquise le 10 décembre 2010 ; qu'elles objectent que les faits objets des mesures d'enquête concernaient seulement la mise en oeuvre unilatérale par la société Schering-Plough d'un abus de position dominante visant à limiter l'accès de la société Arrow au marché de la BHD, ainsi qu'à restreindre les possibilités de choix des pharmaciens d'officine concernant leurs sources d'approvisionnement pour ce médicament et non pas une préparation ou une facilitation de l'abus de

position dominante; qu'elles font valoir que les faits se sont d'abord déroulés sur des marchés différents et à des périodes différentes, que les pratiques ensuite mises en oeuvre par la société Schering-Plough l'ont été de manière unilatérale rompant ainsi tout lien de causalité entre les discussions entreprises et les pratiques finalement mises en oeuvre, qu'il existe des différences fondamentales entre les éléments discutés et les pratiques d'abus de la société Schering-Plough et qu'en l'absence de discussions entre les sociétés, les pratiques d'abus auraient été néanmoins mises en oeuvre; que selon elles, il ne peut en conséquence y avoir de connexité entre les pratiques objet de l'enquête et celles qui leur sont reprochées; qu'elles ajoutent que leur rôle n'a été invoqué à aucun moment des débats concernant les mesures conservatoires, de même que l'ordonnance ayant autorisé les visites et saisies n'a pas été annexée à la notification des griefs, alors que l'article L. 450-4 du Code de commerce ouvre un recours à l'encontre de ces opérations au profit de toute personne mise en cause au moyen des pièces saisies, ce qui démontre l'absence de connexité entre les faits : que (cependant) l'Autorité de la concurrence est, dans le cadre des missions de police économique qui lui sont confiées, saisie «in rem» de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement du ou des marchés concernés par la saisine; qu'ainsi que le rappellent le Ministre de l'économie et l'Autorité, il découle de ce principe que les actes d'instruction ou de poursuite produisent un effet interruptif de prescription à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées par cet acte, ainsi qu'à l'égard des pratiques qui n'y seraient pas visées mais sont comprises dans le champ de la saisine, ou sont de même nature, ou encore sont connexes; qu'en l'espèce, indépendamment du point de savoir si le grief sanctionné est fondé, l'Autorité a retenu que les sociétés Schering-Plough, Financière MSD et Merck & Co. (La société Schering-Plough), d'un côté, et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser plc., de l'autre, ont participé à une entente anticoncurrentielle; que les développements de la décision précisent que cette entente a consisté dans la conclusion d'un accord ayant pour objet la mise en oeuvre, d'une part, d'un dénigrement de la Buprénorphine Arrow auprès des professionnels de santé, d'autre part, de la saturation des linéaires des pharmaciens figurant parmi les plus importants dispensateurs de Subutex, afin d'entraver l'accès de ce produit au marché en cause (paragraphes 468 et 476 de la décision) ; que ces pratiques de conception d'un plan d'action sont liées par leur objet aux pratiques d'abus de position dominante exécutées ensuite par la société Schering-Plough et consistant en la mise en oeuvre d'une stratégie de dénigrement à l'encontre de Buprénorphine Arrow à partir d'actions de communications menées durant trois mois et demi, du 15 février 2006 à mai 2006, ainsi que dans la mise en place de remises quantitatives qui ont visé à empêcher l'approvisionnement des pharmaciens auprès de la société Arrow; qu'au regard des principes sus énoncés et de la connexité précédemment relevée, il est sans portée que les mesures d'enquête n'aient pas visé une pratique d'entente, qui d'ailleurs n'a pu être détectée qu'au moyen des éléments recueillis par les visites et saisies; que, de même, les différences de temporalité et de marchés invoquées par les requérantes, le fait que la société Schering-Plough pouvait décider de ne pas mettre en oeuvre les pratiques discutées avec les sociétés Reckitt Benckiser, ou, encore, qu'il puisse exister une différence entre ces pratiques ayant fait l'objet des discussions et ce qui a été exécuté, enfin, le fait que ces pratiques auraient pu être décidées sans la participation de la société Reckitt Benckiser, sont inopérants; qu'en effet, l'entente visant à examiner et déterminer les comportements permettant à la société Schering-Plough d'entraver l'accès de la société Arrow au marché du BHD avait, ainsi qu'il sera précisé ultérieurement, le même objet que la pratique d'abus, sans qu'importe la part de la conception ou de la réalisation dans la réussite du but poursuivi ; que le fait que des pratiques soient différentes ne fait nullement obstacle à leur connexité lorsque, comme en l'espèce, elles poursuivent un même objet; que, de plus, l'Autorité n'a pas fondé son analyse relative à la connexité sur le caractère secret de l'entente, mais seulement opposé cet argument pour expliquer que celle-ci n'avait pas pu être mentionnée dans les actes d'enquête et que cette absence de mention n'était pas de nature à exclure l'effet interruptif de prescription pour l'ensemble des pratiques en cause ; que la pratique d'entente reprochée à la société Reckitt Benckiser est distincte du contrat qui la liait à la société Schering-Plough et qu'il n'était nullement nécessaire aux enquêteurs, puis au rapporteur du Conseil, d'examiner le contrat de licence pour établir la réalité de la pratique d'entente; qu'il ne peut, dans ces conditions, être reproché à l'Autorité de ne pas avoir accompli d'actes d'enquête liés à l'existence du contrat de licence ou à l'examen de ses stipulations ; que dans ces conditions, la prescription concernant la pratique d'entente reprochée aux sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser et dont le point de départ, non contesté, est le 9 décembre 2005, a été interrompue par les actes de saisine de l'Autorité de la concurrence le 15 novembre 2006, puis par la demande d'enquête le 19 novembre 2006, puis par les actes relatifs aux visites et saisies décrits dans l'exposé des faits ci-dessus (Ordonnances du JLD de Nanterre du 17 janvier 2007 et du 17 juillet 2007, arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2009, ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris, du 4 mars 2010, arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011); que les faits n'étaient donc pas prescrits lorsque la rapporteure générale de l'Autorité a notifié les griefs aux sociétés en cause, le 15 novembre 2012, ni lorsque l'Autorité de la concurrence a examiné les faits lors de sa séance le 1er octobre 2013, puis rendu sa décision le 18 décembre 2013 () ;

ALORS QUE l'interruption de la prescription pour des faits dont l'Autorité de la concurrence est saisie ne vaut qu'à l'égard des entreprises déjà mises en cause dans la procédure ; qu'en décidant que les actes d'instruction accomplis dans le cadre de la procédure initiée pour abus de position dominante, notamment contre la société Schering-Plough avaient interrompu la prescription à l'égard des sociétés Reckitt Benckiser, bien qu'elles étaient restées totalement étrangères à cette procédure jusqu'au 9 novembre 2011, date à laquelle l'Autorité de la concurrence leur a adressé pour la première fois une demande d'information, et qu'elles n'ont été informées de leur mise en cause qu'avec la réception de la notification d'un grief le 19 novembre 2012, la cour d'appel a violé l'article L 462-7 du Code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur la discordance entre les griefs notifiés et l'incrimination finalement retenue par l'Autorité de la concurrence)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours formés par les sociétés Reckitt Benckiser PLC et Reckitt Benckiser Healthcare contre la décision n°13-D-21 de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE () sur la discordance entre les griefs notifiés et l'incrimination finalement retenue par l'Autorité de la concurrence les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent qu'il existe une différence substantielle entre le grief qui leur a été notifié et la décision les sanctionnant; qu'elles précisent à ce sujet que le grief notifié incriminait la mise en oeuvre d'une pratique d'entente complexe et continue visant à entraver l'accès des médicaments génériques de Subutex au marché français de la BHD en ville en mettant en oeuvre des accords ou pratiques concertées ayant consisté à dénigrer le générique de la société Arrow et à octroyer aux pharmaciens d'officine des avantages financiers fidélisants, alors que la décision les a sanctionnées pour un accord dont l'objet était de préparer ou faciliter la mise en oeuvre unilatérale par Schering-Plough d'une stratégie de dénigrement et de fidélisation ; qu'elles font valoir que la décision litigieuse, sanctionnant une participation à des discussions ayant servi d'élément de préparation à un abus de position dominante ultérieur et non la mise en oeuvre d'une pratique, soulève ainsi des questions de fait et droit non débattues avant son adoption et contre lesquelles elles n'ont pu utilement se défendre ; qu'ainsi que le soutiennent les sociétés requérantes la pratique sanctionnée consiste dans le fait d'avoir « (..) conclu un accord visant à retarder et dissuader l'entrée du générique sur le marché en cause au moyen, d'une part, de la tenue d'un discours dénigrant relatif à la mise en cause auprès des médecins et pharmaciens de la bioéquivalence des génériques concurrents de Subutex, sur les risques pour la santé des patients (mésusage et instabilité psychiatrique) en cas de commercialisation de ces génériques, et sur l'accroissement du « trafic » qui résulterait de cette commercialisation et, d'autre part, du recours à des pratiques commerciales à caractère fidélisant à destination des pharmaciens afin de saturer leurs linéaires » (§ 451), alors que le grief notifié était rédigé dans les termes suivants : « d'avoir participé à une entente complexe et continue sur le marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, entre octobre 2005 et fin juillet 2006, visant à entraver l'accès des médicaments génériques de Subutex au marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, en mettant en oeuvre des accords ou pratiques concertées ayant consisté à : dénigrer la buprénorphine haut dosage générique de la société Arrow générique et à octroyer aux pharmaciens d'officine des avantages financiers à caractère fidélisant, et notamment des rémunérations pour services distincts, sans contrepartie économique qui les justifie. (...) » ; que si la décision a retenu un grief consistant dans la participation à l'élaboration des pratiques d'abus de position dominante, et non celui notifié d'avoir participé aux pratiques d'abus elles-mêmes, cette réduction du champ du grief qui s'appuie sur les éléments de fait contenus dans la notification de griefs, ainsi que dans le rapport du rapporteur, et qui tient compte des objections et explications apportées par les sociétés Reckitt Benckiser dans le cadre de leur défense, ne peut avoir porté atteinte aux droits de la défense de celles-ci; que les requérantes ne précisent d'ailleurs pas les éléments de fait qu'elles auraient invoqués, ni les moyens de droit qu'elles auraient soutenus pour défendre leurs droits, sans pouvoir le faire ; qu'il se déduit de ce qui précède que les moyens pris d'une violation des droits de la défense ne sont pas fondés et doivent être rejetés () ;

1°) ALORS QUE seul le grief notifié sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par l'Autorité de la concurrence ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement retenir à l'encontre des sociétés Reckitt Benckiser un grief consistant dans la participation à l'élaboration des pratiques d'abus de position dominante, tout en admettant que celui-ci était différent de celui notifié qui leur reprochait d'avoir participé aux pratiques d'abus elles-mêmes, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 6 § 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QU'en retenant que le fait de condamner une entreprise sur un grief différent de celui notifié ne peut avoir porté atteinte aux droits de la défense de l'intéressée, tout en constatant que cette substitution de griefs tient compte des objections et explications apportées par les sociétés Reckitt Benckiser dans le cadre de leur défense, ce dont il résultait qu'elles étaient ainsi parvenues à démontrer l'inanité du grief qui leur avait été notifié, raison pour laquelle celui-ci a été modifié, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort les articles 6 § 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du Code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'existence d'une entente)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours formés par les sociétés Reckitt Benckiser plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd contre la décision n° 13-D-21 de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE () les sociétés Reckitt Benckiser contestent, à titre liminaire, l'affirmation de l'Autorité de la concurrence et figurant dans la décision, selon laquelle en l'absence de contestation des griefs par la société Schering-Plough, elle pouvait considérer l'infraction d'entente établie et n'avait qu'à établir la participation des sociétés Reckitt Benckiser ; que cependant, la décision ne comporte pas l'affirmation selon laquelle l'Autorité de la concurrence n'aurait qu'à établir la participation des sociétés Reckitt Benckiser à une entente qui serait démontrée par la seule non contestation des griefs par la société Schering-Plough ; que l'Autorité après avoir rappelé les principes applicables concernant la qualification d'une entente anticoncurrentielle, s'est appliquée à motiver dans sa décision l'existence d'un concours de volonté entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough et l'objet anticoncurrentiel de ce concours de volonté tant en ce qui concerne le dénigrement que les pratiques commerciales; qu'en revanche, c'est à juste titre que l'Autorité a relevé pour chacune des pratiques de dénigrement et de remises (§ 467 et 476) que la société Schering-Plough ne contestait pas avoir conclu un accord ayant pour objet la mise en oeuvre de ces pratiques ; que les sociétés requérantes font valoir que l'Autorité de la concurrence aurait commis une erreur de droit en retenant, d'une part, l'existence d'un accord de volontés entre les sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser, d'autre part, l'existence d'une restriction de concurrence par objet ; que ces deux reproches seront examinés tour à tour ; que sur l'existence d'un accord de volontés, les sociétés Reckitt Benckiser reprochent à l'Autorité d'avoir considéré qu'un accord existait à compter du 5 octobre 2005, tout en reconnaissant que la société Schering-Plough avait toujours le choix de ne pas appliquer ultérieurement cette stratégie, et que celle-ci s'était comportée de façon unilatérale, ce qui est contradictoire; qu'elles ajoutent que l'Autorité a également commis une erreur de droit en considérant que l'objet de ce concours de volonté était restrictif de concurrence et qu'elle a commis une erreur d'appréciation en considérant qu'un accord avait pu être conclu dès le 5 octobre 2005 ; que la décision relève (paragraphes 435 à 438) qu'il résulte de courriers électroniques échangés entre les responsables de la société Schering-Plough Corp. et de la société Reckitt Benckiser, les 30 septembre et 5 octobre 2005, que ces sociétés se sont échangés un document intitulé «plan d'optimisation des performances» au sein duquel figurent plusieurs pages extraites d'un document « PowerPoint » établi par la société Schering-Plough Corp. et repris par la société Reckitt Benckiser ; que ce document figurant dans les deux échanges, reproduit dans la décision (paragraphe 436), est intitulé «Subutex Performance Optimizations in France », soit « Optimisation des performances du Subutex en France» et se présente comme un tableau qui comporte trois colonnes, dont la première est intitulée « Delay/Discourage Generics entry », soit « Retarder/Décourager l'entrée des génériques» et la seconde «Minimize Generics Inroad », soit «Réduire l'incursion [ou la pénétration] des génériques»; que la première colonne comporte, sous son titre, des flèches renvoyant chacune à une action comme par exemple « questions de santé» (Healthcare issues) , « sécurisation des vendeurs de génériques» (Secure generics players), « Management de la sécurité des médicaments» (Drug Safety management), « Marques génériques» et que, de la même façon, la seconde colonne précise « Stratégies de vente en pharmacie» (Selling in strategies in pharmacies), « Programmes de fidélisation de la clientèle» (Customer's loyalties Programs) ; que ces intitulés qui font écho aux pratiques de dénigrement et d'octroi de rabais de fidélisation, mises en oeuvre ensuite par la société Schering-Plough, montrent que dès le mois d'octobre 2005, les deux sociétés en cause avaient ensemble étudié la mise en place de ces comportements dans le but de «Retarder/Décourager l'entrée des génériques» et de «Réduire l'incursion des génériques»; que la décision ajoute (paragraphe 440) que le document de la société Reckitt Benckiser précise sous le thème de l'identification des « catégories de patients pour qui un changement d'ordonnance peut entraîner un risque élevé, c'est-à-dire l'injection, la comorbidité, notamment pour les patients en traitement psychiatrique, et sensibiliser les docteurs sur le risque par les forces de vente» et que, « [q]uand un générique est disponible, obtenir aussi vite que possible un exemplaire afin

d'analyser et d'identifier tout risque potentiel, c'est-à-dire la différence d'excipients»; que ces échanges démontrent un accord de volontés des sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser pour mettre en place une stratégie destinée à entraver l'entrée des génériques du Subutex ou encore à en réduire le développement sur le marché et, qu'ensemble, elles ont échangé des idées d'actions permettant de mettre en oeuvre cette stratégie, parmi lesquelles le dénigrement des génériques et des remises fidélisantes, ainsi qu'il sera examiné dans les développements suivants; que cet ensemble d'éléments traduit bien l'existence d'un accord de volonté des sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser ; que la maîtrise par la société Schering-Plough de la décision finale d'exécuter, ou pas, la stratégie ainsi définie, ou encore de la façon de réaliser les actions, n'exclut pas qu'un concours de volonté ait existé entre ces deux parties pour faire obstacle par divers moyens, dont ceux qui ont été mis en oeuvre, à l'entrée des génériques de Subutex sur le marché, ou encore pour en réduire le développement; que, par ailleurs, l'insistance que celle-ci a pu exprimer quant à l'obligation de la société Reckitt Benckiser de respecter sa liberté d'action sur les territoires de distribution que lui confiait le contrat de licence n'apporte pas la démonstration de ce qu'en l'occurrence, face à la perspective d'entrée sur le marché des génériques du Subutex, les parties n'ont pas conclu d'accord sur la stratégie à adopter qu'enfin, le fait que le contrat de licence, conclu à l'origine de leurs relations en 1997, ait été licite est sur ce point sans aucun effet ; que le principe énoncé par les jurisprudences européenne et interne, ainsi que par les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales et selon lequel «la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en oeuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation », concerne un type d'entente par lequel un distributeur exécute un comportement anticoncurrentiel auquel l'a invité son distributeur, sans qu'existent d'autres éléments que l'invitation et l'exécution pour rapporter la preuve de l'accord, mais qu'il n'en demeure pas moins que d'autres configurations d'ententes peuvent exister dans une relation verticale entre un opérateur qui accorde une licence d'exploitation à un distributeur telle que, comme en l'espèce, la définition en commun d'une stratégie d'entrave et de comportements de mise en oeuvre de celle-ci ; que si l'exécution des pratiques, ainsi que les modalités de cette exécution, ont procédé d'une décision unilatérale de la société Schering-Plough qui aurait pu décider de ne pas la prendre en dépit de l'accord intervenu avec la société Reckitt Benckiser, cela n'exclut pas que cet accord de volonté préalable soit pourtant intervenu; que la décision précise à ce sujet (paragraphe 661) seulement que c'est la mise en oeuvre de l'abus de position dominante qui a procédé d'une action unilatérale de la société Schering-Plough et non sa conception ; que dans le compte rendu de la réunion du 9 décembre 2005 adressé par la responsable de la société Schering-Plough le 12 décembre suivant, celle-ci se réjouit d'avoir atteint les objectifs de la réunion qui étaient d'« aligner les points de vue sur le plan d'optimisation français », elle précise aussi qu'un accord a été atteint sur « les actions clés pour SP (Schering-Plough) et RB (Reckitt Benckiser) pour exécuter ce plan », ainsi que sur « la stratégie pour le Subutex FDT en France » et conclut « Je pense que nous avons accompli nos missions pour ce jour et nous avons à présent à exécuter notre plan d'action » (« i think that we accomplished our goals for the day and we now need to execute our action plan ») ; que ce document met en évidence qu'un accord de volonté est intervenu entre les parties à la discussion sur la conduite à adopter pour le Subutex et que le plan défini devait être mis en oeuvre; que le rapprochement entre ces phrases et la présentation du «PowerPoint» décrite ci-dessus, démontre l'accord de volontés entre les parties sur la mise en oeuvre de comportements destinés à entraver l'entrée des génériques de Subutex sur le marché, sans qu'importe que leurs positions aient pu ne pas être totalement « alignées » avant la réunion du 9 décembre 2005 ; que contrairement à ce que soutiennent les sociétés Reckitt Benckiser, les éléments discutés ne se limitaient pas à des « échanges verticaux parfaitement pro-concurrentiels entre un fournisseur et un distributeur (..) » ; qu'en effet, si un opérateur en position dominante est en droit de défendre ses parts de marché, ce droit doit s'exercer dans les limites du libre jeu d'une concurrence loyale; qu'ainsi que le relève la décision au paragraphe 440, le document communiqué le 5 octobre 2005 par la société Reckitt Benckiser comporte plusieurs mentions relatives à la nécessité, dès qu'un générique est disponible, de « (..) l'analyser et d'identifier tout risque potentiel lié à la différence d'excipients avec le princeps (..) »¹ et de « (..) communiquer les résultats aux médecins et pharmaciens (..) »>, alors que l'accomplissement de ces analyses et comparaisons incombent à l'autorité de contrôle des médicaments qui délivre les autorisations de mise sur le marché et non aux laboratoires ou aux distributeurs des médicaments princeps; que le rapprochement entre cet objectif et les intitulés du document «PowerPoint» rappelés ci-dessus (« Retarder/Décourager l'entrée des génériques » et « Réduire l'incursion des génériques »), ainsi que les pratiques ensuite mises en oeuvre par la société Schering-Plough, démontrent que dans les discussions, puis dans l'accord intervenu entre les parties, la mise en oeuvre d'un discours dénigrant des génériques qui entreraient sur le marché était convenue; que par ailleurs, les documents échangés et décrits aux paragraphes 441 et 442 de la décision mentionnent la nécessité de l'octroi de remises aux pharmaciens à un taux suffisamment élevé pour les « (..) Influencer dans leurs habitudes de substitution (i..) » et de les conduire à « (..) constituer

un stock suffisant (..) Avant le lancement du générique (i.)» ; que la première mention exprime de façon suffisamment explicite la volonté d'empêcher autant que possible la substitution du princeps par le générique, et que la seconde ne peut s'interpréter que comme visant à saturer les linéaires des pharmacies, puisque l'arrivée d'un générique sur un marché a pour effet, lorsqu'aucune mesure d'empêchement n'est prise par la concurrence, de diminuer la demande de princeps et qu'il n'était, dans l'ordre normal des choses, en prévision de cet événement, nullement nécessaire que les pharmaciens aient lors de l'arrivée des génériques « un stock suffisant » ; que les échanges qui comportent ces indications démontrent, eux aussi, par le rapprochement avec les intitulés du document «PowerPoint» rappelés ci-dessus, ainsi que les pratiques ensuite mises en oeuvre par la société Schering-Plough, que dans les discussions, puis dans l'accord intervenu entre les parties, la mise en oeuvre de remises fidélisantes destinées à entraver l'entrée sur le marché des médicaments génériques de Subutex était convenue ; que l'élaboration commune de la stratégie à adopter et les mentions relatives à l'accord des parties reprises ci-dessus démontrent, à tout le moins, l'acquiescement de la société Reckitt Benckiser à la stratégie d'entrave au libre jeu de la concurrence au détriment des génériques de Subutex et qu'il est, dès lors, sans portée que la mise en oeuvre des comportements objet de l'accord des volontés ait été unilatéralement exécutée par la société Schering-Plough () ;

1°) ALORS QUE la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en oeuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation ; qu'en écartant expressément ce standard de preuve après avoir admis que son application était impossible en l'espèce bien que les sociétés Reckitt Benckiser fabriquaient le Subutex et que la société Schering-Plough bénéficiait d'une exclusivité de distribution du médicament en France ce dont il résulte que l'entente reprochée aux opérateurs était nécessairement verticale, la Cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

2°) ALORS QU'en reprochant aux sociétés Reckitt Benckiser d'avoir échangé avec son distributeur exclusif Schering-Plough sur la politique de commercialisation du Subutex dans le cadre de l'arrivée d'un médicament générique, tout en constatant, par adoption de motifs, qu'une clause de l'accord de commercialisation du Subutex précisait que les responsables marketing des sociétés Schering-Plough et Reckitt Benckiser devaient se rencontrer au moins une fois par an pour se mettre d'accord sur les stratégies de vente, mais que cet accord n'était pas anticoncurrentiel, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE qu'en considérant que les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough avaient défini en commun une stratégie d'entrave à la concurrence, après avoir constaté que le plan litigieux avait été établi par la société Schering-Plough et qu'il avait ensuite été unilatéralement mis en oeuvre par celle-ci, ce dont il résultait que les sociétés Reckitt Benckiser n'avaient participé ni à l'élaboration, ni à la mise en oeuvre du plan litigieux, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce.

4°) ALORS QUE la preuve d'un acquiescement à une entente peut être exprès ou tacite mais doit résulter d'actes positifs ; qu'en reprochant aux sociétés Reckitt Benckiser d'avoir participé à une entente tout en constatant que la société Schering-Plough a élaboré le plan d'action litigieux qu'elle a ensuite unilatéralement mis en oeuvre, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce ;

5°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE la participation d'une entreprise non dominante à l'élaboration de pratiques d'abus de position dominante d'une autre société, ne peut pas être constitutive d'entente ; qu'en décidant le contraire la Cour d'appel a violé les articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'objet anticoncurrentiel)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours formés par les sociétés Reckitt Benckiser plc et Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd contre la décision n° 13-D-21 de l'Autorité de la concurrence du 18 décembre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE () les documents échangés et décrits aux paragraphes 441 et 442 de la décision mentionnent la

nécessité de l'octroi de remises aux pharmaciens à un taux suffisamment élevé pour les « (..) Influencer dans leurs habitudes de substitution (i..) » et de les conduire à « (..) constituer un stock suffisant (..) Avant le lancement du générique (i..) » ; que la première mention exprime de façon suffisamment explicite la volonté d'empêcher autant que possible la substitution du princeps par le générique, et que la seconde ne peut s'interpréter que comme visant à saturer les linéaires des pharmacies, puisque l'arrivée d'un générique sur un marché a pour effet, lorsqu'aucune mesure d'empêchement n'est prise par la concurrence, de diminuer la demande de princeps et qu'il n'était, dans l'ordre normal des choses, en prévision de cet événement, nullement nécessaire que les pharmaciens aient lors de l'arrivée des génériques « un stock suffisant » ; que les échanges qui comportent ces indications démontrent, eux aussi, par le rapprochement avec les intitulés du document « PowerPoint » rappelés ci-dessus, ainsi que les pratiques ensuite mises en oeuvre par la société Schering-Plough, que dans les discussions, puis dans l'accord intervenu entre les parties, la mise en oeuvre de remises fidélisantes destinées à entraver l'entrée sur le marché des médicaments génériques de Subutex était convenue () ;

QUE sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel, les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent qu'en l'absence des abus de position dominante de Schering-Plough, un éventuel accord entre celle-ci et la société Reckitt Benckiser aurait clairement été dépourvu de tout objet anticoncurrentiel ; qu'à titre liminaire, elles font valoir que la décision énonce dans plusieurs paragraphes un objet de l'accord différent ; qu'elles en tirent la conclusion que l'Autorité a qualifié une entente par objet, au regard non des éléments de la discussion avec la société Schering-Plough, mais au regard des abus de position dominante que celle-ci a commis ensuite ; que, cependant, il n'est pas révélateur d'un « hiatus » qui démontrerait une analyse erronée de l'objet de l'accord intervenu d'avoir considéré que cet objet était « de préparer » ou faciliter » la mise en oeuvre d'abus de position dominante de la part de la société Schering-Plough (paragraphes 257 et 259) ou « (...) de préparer la mise en oeuvre unilatérale par Schering-Plough d'une stratégie de dénigrement du générique du Subutex et de fidélisation des pharmaciens » (paragraphe 660) ou « de limiter l'entrée du générique, mis au point par Arrow, juste avant son autorisation de mise sur le marché en mars 2006, alors que Schering-Plough détenait 100 % du marché de la molécule », ou encore d'avoir précisé que l'objet de l'accord était d' « entraver l'accès de la Buprénorphine Arrow au marché » par la mise en oeuvre d'une pratique de dénigrement (paragraphe 467) et d'une pratique de saturation des linéaires des pharmaciens figurant parmi les plus importants dispensateurs de Subutex (paragraphe 476) ; qu'en dépit de ces différences de terminologie, qui ne révèlent pas d'incohérence de l'analyse, les éléments relevés dans les développements précédents démontrent suffisamment que les parties ont exprimé entre elles un accord de volontés que soit exécuté un plan stratégique visant à « Retarder/Décourager l'entrée des génériques » et « Réduire la pénétration des génériques » et que parmi les actions préconisées dans le cadre de ce plan figuraient des pratiques de dénigrement et de remise fidélisantes ; que l'objet de l'accord était donc bien de préparer la mise en oeuvre des pratiques d'abus de position dominante de la part de la société Schering-Plough, dans le but d'entraver l'entrée des génériques de Subutex sur le marché et de limiter leur progression ; que si, pour une raison ou une autre, cette société n'avait pas exécuté le plan prévu par l'accord de volonté, celui-ci n'aurait pas eu d'effet, mais il aurait néanmoins eu l'objet précédemment relevé ; qu'en tout état de cause, si dans la réalité des faits le dommage à l'économie a été causé par la seule mise en oeuvre des pratiques par la société Schering-Plough, il n'en demeure pas moins que l'objet a préexisté à l'action de celle-ci et qu'il existe un lien de causalité entre la préparation de l'accord de volonté, sa conclusion et la mise en oeuvre qui en a été faite, sans qu'importe le fait que la société Schering-Plough aurait pu décider de ne pas y procéder ; que l'objet de l'accord était, ainsi qu'il sera précisé dans les développements qui suivent, anticoncurrentiel et que dans ces conditions cet accord de volonté a bien constitué une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ; qu'ainsi qu'il a déjà été précisé précédemment, si des opérateurs économiques confrontés à l'apparition d'un produit concurrent sont en droit d'adopter une stratégie de défense de leurs parts de marché, ce principe ne saurait les autoriser à mettre en oeuvre des pratiques qui faussent artificiellement le libre jeu de la concurrence et que s'il en était besoin, la cour relève que l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée sur les marchés de médicaments des génériques, qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique ; que les sociétés Reckitt Benckiser soutiennent encore qu'une pratique de dénigrement ne peut être appréhendée au regard de la prohibition des ententes et être qualifiée de restriction par objet, puisque pour être qualifiée de dénigrement un discours commercial doit être de nature à influencer la structure du secteur ce qui implique qu'il convient d'appréhender la pratique au regard de ses effets attendus ou réels sur la structure de la concurrence et sur la position des concurrents des membres de l'entente ; qu'elles ajoutent que les éléments de la discussion entre la société Reckitt Benckiser et la société Schering-Plough ont été qualifiés de dénigrement au termes de plusieurs erreurs manifestes d'appréciation ; qu'un

accord de volonté entre deux ou plusieurs parties pour convenir d'une stratégie dans le cadre de laquelle il est prévu que l'une d'entre elles mettra en oeuvre une pratique de dénigrement d'un concurrent, afin d'empêcher, ou rendre plus difficile, son accès puis son développement sur un marché, est susceptible de constituer une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE; qu'il importe peu que l'une des parties à cette entente ne soit pas en concurrence directe avec l'opérateur visé par la pratique; que, par ailleurs, si le dénigrement pour être qualifié selon le droit de la concurrence suppose, comme le soutiennent les requérantes, que les propos tenus contre la personne ou le service dénigré visent à dégrader leur position sur le secteur économique dans lequel ils interviennent et qu'il convient donc d'analyser au moins les effets attendus par les auteurs des informations en cause, il n'en demeure pas moins que convenir de diffuser des propos qui sont de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre un produit concurrent, afin d'affaiblir sa position sur un marché, constitue une pratique restrictive de concurrence par son objet; qu'en l'espèce, si les éléments relevés dans le cadre des échanges entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough ne comportent pas explicitement d'indications selon lesquelles cette dernière diffuserait des informations de nature à jeter le discrédit sur les génériques de Subutex au moyen de la diffusion d'informations inexacts ou subjectives à son encontre, elles précisent néanmoins que dès qu'un générique sera disponible, il conviendra de « (...) l'analyser et d'identifier tout risque potentiel lié à la différence d'excipients avec le princeps (i.) » et de « (..) communiquer les résultats aux médecins et pharmaciens (i.) » ; que cette prescription d'analyse comparative et de détection des «risques potentiels», alors que cette mission n'est aucunement confiée aux laboratoires fabricants de médicaments princeps, mais qu'il existe une autorité spécifiquement chargée des contrôles de sécurité et qui délivre les autorisations de mises sur le marché aux génériques, montre qu'il était convenu entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough de chercher à exploiter auprès des médecins et pharmaciens les risques potentiels que pourraient faire courir les génériques de Subutex et qui seraient de nature à amoindrir la confiance de ces personnels médicaux pour ces génériques ; que dans ces circonstances, il est sans portée que la société Reckitt Benckiser ait invité à une analyse au regard d'une étude existante, dont elle ne précise d'ailleurs pas l'objet, ou qu'elle ait ajouté que les études devaient porter sur l'apparence du générique, sa dissolution et ses excipients; que de plus, il convient de relever que si les sociétés en cause avaient réellement voulu limiter leurs analyses à détecter un réel risque potentiel dans l'apparence, la dissolution ou les excipients des génériques, elles auraient dû prévoir alors d'en informer l'autorité chargée de la délivrance des autorisations de mise sur le marché et non uniquement les pharmaciens et les médecins ; que le message, intitulé «FW intelligence », adressé le 30 juin 2006 par M. [S] de la société Reckitt Benckiser à l'un des responsables de la société Schering-Plough et dans lequel l'auteur du message demandait à son correspondant s'il était exact que cette société aurait diffusé des informations dénigrantes sur les génériques de Subutex («<So [N] how much of this is true ? >») ne permet pas, compte tenu des éléments précédemment retenus, de considérer que la société Reckitt Benckiser aurait découvert par hasard la mise en oeuvre de telles pratiques et qu'elle n'a pas exprimé un accord de volonté sur cette mise en oeuvre ; qu'au regard de l'ensemble de ce qui précède, les sociétés Reckitt Benckiser ne sauraient de bonne foi soutenir que la société Schering-Plough aurait seule pris la décision de diffuser un discours dénigrant qu'il s'en déduit que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant par une motivation que la cour adopte pour le surplus, que les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough avaient convenu de retarder l'entrée sur le marché des génériques par la mise en oeuvre de pratiques de dénigrement ; qu'enfin, les sociétés requérantes contestent que la discussion entreprise sur la pratique commerciale de rabais puisse être analysée comme ayant un objet anticoncurrentiel ; qu'elles font valoir que les discussions ne visaient qu'à élaborer un ensemble compétitif capable de rivaliser avec le générique qui bénéficie d'un prix inférieur pour le consommateur tout en garantissant la marge des pharmaciens; qu'elles ont pour ce faire, évoqué la possibilité de supprimer un intermédiaire -le grossiste répartiteur- pour distribuer le Subutex en vente directe et ainsi limiter la perte des parts de marchés, pratique alors non encadrée par la réglementation officielle et sollicitée par les pharmaciens; qu'elles se prévalent en outre du caractère non restrictif de concurrence de l'octroi de remise supplémentaire ; que les sociétés requérantes affirment aussi que l'ADLC aurait commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation; qu'elle a mal interprété l'expression « pousser les stocks de Subutex avec des offres commerciales. L'objectif est d'avoir 3 mois de stock », ce qui visait à résoudre des problèmes d'approvisionnement et non la saturation des linéaires; qu'il était logique de réserver l'offre de remises aux officines qui commandaient les plus grandes quantités pour assurer l'efficacité du coût supplémentaire induit par la vente directe ; qu'elles ajoutent que les discussions ont porté sur la réallocation de la marge des grossistes répartiteurs, non réglementée à l'époque, et que la présentation «PowerPoint» n'indiquait pas la possibilité de fournir des remises contre des services fictifs, mais insistait au contraire sur la nécessité de valoriser chaque service pour déterminer les remises à octroyer ; que cependant, outre les éléments d'objectifs au moyen de « Stratégies de vente en pharmacie » (Selling in strategies in pharmacies) et « Programmes de fidélisation de la clientèle »

(Customer's loyalty Programs) exprimés dans le document intitulé «plan d'optimisation des performances» et dans les extraits du « PowerPoint » mentionnés dans le cadre des développements consacrés à l'accord de volontés ci-dessus, la décision critiquée relève notamment, que ce document comportait aussi une page qui présentait, dans le cadre de la stratégie envisagée, l'action de limitation de la pénétration des génériques par la constitution de stocks de Subutex pour une durée de trois mois («Objective / impact - Push Subutex stocks with commercial offer. Goal is 3 months stock », cote 4781) grâce à des offres commerciales et des programmes assurant la « loyauté » des pharmaciens; qu'il n'est pas contesté par les sociétés Reckitt Benckiser que le stock habituellement détenu pour le Subutex était en moyenne de cinq à dix jours (paragraphe 140) ; qu'en outre la décision indique (paragraphe 442) que la présentation de la société Reckitt Benckiser comporte une diapositive intitulée « Pharmacie : exposé du calendrier » qui recommande, dans un développement relatif au «Pack commercial pour le 1er trimestre 2006 », d'«impulser le stock initial» et précise ensuite que l'objectif est de «fournir aux pharmaciens des remises au comptant de courte durée afin d'assurer un stock suffisant en place avant le lancement du générique»; que l'ensemble de ces éléments ont conduit l'Autorité à considérer, par une exacte motivation que la cour adopte, que l'objectif poursuivi était la saturation des linéaires des pharmaciens qui par voie de conséquence ne pouvaient que se détourner des ou du générique de Subutex ; qu'il convient de rappeler à ce sujet qu'ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence dans sa décision (paragraphe 414) « le linéaire de l'officine et la place nécessairement limitée dédiée au stockage des médicaments en font une ressource rare en regard des milliers de références de médicaments que le pharmacien doit tenir à la disposition des consommateurs » et que dans ces conditions, la constitution de stocks très importants et inhabituels à constituer « avant le lancement de générique » ne pouvaient avoir pour objectif que de dissuader les pharmaciens d'officine à substituer le princeps par un générique ; que si l'un des documents intitulé « Plan optimisation des performances » propose d'élaborer un « ensemble compétitif » consistant à «fournir un ensemble complet de services qui ait une valeur aussi grande ou plus grande que celle du générique» (« deliver a full service package that provides an equal or greater value compared with a generic »), il n'en demeure pas moins que les remises quantitatives rappelées ci-dessus avaient pour objectif de conduire les pharmaciens à constituer des stocks dont l'intérêt pour eux n'est en rien expliqué et moins encore démontré; qu'il en est de même des exemples de services cités par la société Reckitt Benckiser dans sa présentation du 5 octobre 2005; que si la suppression du stade intermédiaire de vente que constituait les répartiteurs pharmaceutiques pour une fourniture directe des pharmaciens a été envisagée dans le cadre des discussions, afin de permettre une augmentation de la marge des pharmaciens, il n'est pas expliqué en quoi cette suppression devait s'accompagner de stocks pour une durée de trois mois; qu'enfin l'Autorité de la concurrence n'a pas reproché à la société Schering-Plough d'avoir offert des rabais accordés en fonction du volume des produits achetés, mais d'avoir accordé ces remises en les justifiant par des services prétendument rendus par les pharmaciens dont la réalisation n'a pas été démontrée et alors qu'elles avaient pour objectif de saturer les linéaires des pharmaciens, afin de retarder l'entrée sur le marché des génériques, ce qui constitue bien un objet anticoncurrentiel ; que l'Autorité de la concurrence n'a pas commis d'erreur de droit sur ce point ; que les sociétés Reckitt Benckiser ne rapportent aucune preuve de ce que le but assigné à l'incitation des pharmaciens à la constitution de stocks était de résoudre des problèmes d'approvisionnement qu'elles auraient identifiés; que la pièce qu'elles invoquent à ce sujet, extraite d'une étude établie pour la société Reckitt Benckiser par la société A+A, mentionne de façon générale sous un titre «Les actions à envisager» et dans une liste de onze points («pb de l'approvisionnement»), sans aucune autre précision sur la nature de ces problèmes, la date à laquelle ils auraient été constatés, ni leur nombre, et ne rapporte pas la preuve de l'existence de problèmes, qui n'ont, de plus, jamais été évoqués dans le cadre des discussions avec la société Schering-Plough ; que dans la mesure où le stock habituel était de cinq à dix jours, ainsi qu'il a été précédemment relevé, elles ne sauraient reprocher à l'Autorité de ne pas avoir vérifié qu'un stock équivalent à trois mois d'approvisionnement était effectivement de nature à saturer les linéaires; que par ailleurs le fait d'avoir réservé les remises quantitatives aux seuls pharmaciens représentant les clients les plus importants ne fait que renforcer l'analyse selon laquelle l'objectif poursuivi était d'entraver l'accès au marché des génériques et non de rendre un service ou d'accorder un avantage aux clients pharmaciens; que cette réserve ne saurait être justifiée par le coût qu'aurait revêtu pour elle le recours à la vente directe et qui n'est d'ailleurs pas démontré ; qu'enfin et à titre surabondant, aucun des éléments échangés dans le cadre des discussions ne démontre que les parties se seraient bornées à examiner la façon d'allouer aux pharmaciens une part de la marge du grossiste répartiteur, ce qui aurait d'ailleurs pu se faire indépendamment de l'octroi de remises quantitatives si tel avait bien été le sens des discussions et ce que démentent, en outre, les éléments précédemment relevés; que, de plus, s'il est précisé dans les pages du «PowerPoint» du 5 octobre 2005 que les remises seront octroyées en échange de services rendus par les pharmaciens et qu'il n'est pas dit que ces services seront ou pourront être fictifs, ce document comporte la précision, déjà relevée, que les remises devront inciter à constituer trois mois de stock, ce qui, ainsi qu'il a déjà été dit, ne constitue nullement un service rendu aux

pharmaciens; que la mention selon laquelle il fallait «prendre soin de ne pas adopter de mesures anti-génériques » figurant dans le même document n'est ni de nature, ni suffisante, à démontrer que la société Reckitt Benckiser n'aurait pas participé à l'élaboration du plan mis en oeuvre par la société Schering-Plough et n'aurait pas exprimé l'accord de volonté qui lui est reproché ; qu'il se déduit de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence n'a commis ni erreur de droit, ni erreur d'appréciation en considérant par une motivation que la cour adopte pour le surplus, que les sociétés Reckitt Benckiser et société Schering-Plough avaient convenu de retarder l'entrée sur le marché des génériques par la mise en oeuvre de pratiques de remises commerciales de nature fidélisante.

1°) ALORS QUE la distinction entre «infractions par objet» et «infractions par effet» tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; que le degré suffisant de nocivité d'une pratique dispensant le juge de rechercher ses effets anticoncurrentiels doit être appréciée en fonction de la teneur de ses dispositions, des objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'en fonction du contexte économique et juridique dans lequel cette pratique est intervenue ; qu'en se bornant à affirmer que « l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée sur les marchés de médicaments des génériques, qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique », sans procéder à la moindre analyse de la teneur de l'accord ou de son contexte économique et juridique et en confondant les objectifs de concurrence et les impératifs de santé publique, la Cour d'appel qui a statué par une pétition de principe insuffisante à établir le degré de nocivité suffisant de la forme de collusion retenue et partant l'objet anticoncurrentiel de la pratique, a privé sa décision de base légale au regard des articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

2°) ALORS QUE la distinction entre «infractions par objet» et «infractions par effet» tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence ; qu'ainsi seules les pratiques les plus nocives sont restrictives de concurrence par objet ; que le fait de s'entendre sur un dénigrement qui ne constitue en principe qu'un acte de concurrence déloyale ou une pratique commerciale déloyale ne saurait être assimilé à une pratique anticoncurrentielle particulièrement nocive, restrictive de concurrence par objet, qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

3°) ALORS QU'en affirmant « qu'il importe peu que l'une des parties à cette entente ne soit pas en concurrence directe avec l'opérateur visé par la pratique de dénigrement » tout en constatant que l'entente consistait à convenir de diffuser des propos qui sont de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre un produit concurrent, ce dont il résulte que les auteurs de l'entente par dénigrement doivent opérer sur le même marché que leur victime, la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

4°) ALORS QUE l'existence d'un dénigrement suppose de démontrer l'accomplissement d'actes positifs et caractérisés exclusifs de toute omission ou abstention ; qu'en considérant que les sociétés Reckitt Benckiser avaient participé à une entente par dénigrement après avoir constaté que « les éléments relevés dans le cadre des échanges entre les sociétés Reckitt Benckiser et Schering-Plough ne comportent pas explicitement d'indications selon lesquelles cette dernière diffuserait des informations de nature à jeter le discrédit sur les génériques de Subutex au moyen de la diffusion d'informations inexacts ou subjectives à son encontre () » et qu'il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que les sociétés Reckitt Benckiser aient procédé, elles-mêmes, à un quelconque dénigrement, la Cour d'appel a violé de plus fort les articles L 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE ;

5°) ALORS QUE seuls les rabais dont l'octroi est subordonné à un engagement exclusif ou quasi exclusif d'approvisionnement ont par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence ; qu'en considérant que les rabais accordés par la société Schering-Plough aux pharmaciens d'officine avaient un objet anticoncurrentiel tout en constatant qu'il s'agissait de remises quantitatives fidélisantes au comptant et de courte durée, la Cour d'appel a violé les articles L 420-1, et 101 du TFUE ;

6°) ALORS QU'en matière de rabais, seules les restrictions apportées à la liberté du revendeur d'en accorder pour diminuer son prix de vente peuvent être considérées comme restrictives de concurrence par objet ; qu'en considérant au

contraire que des remises quantitatives avaient par nature un objet anticoncurrentiel, quand elles n'affectaient pas la liberté du revendeur de fixer librement son prix de vente et pouvaient au contraire même devenir pro concurrentielles, la cour d'appel a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE ;

7°) ALORS ENFIN ET EN TOUT HYPOTHESE QU'une pratique qui ne peut pas être appréhendée sans tenir compte de ses effets sur le marché, ne peut pas être restrictive de concurrence par objet ; qu'en examinant les remises litigieuses au regard de leurs effets attendus, pour les considérer ensuite comme étant restrictives de concurrence par objet, la cour d'appel a violé les articles L 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.