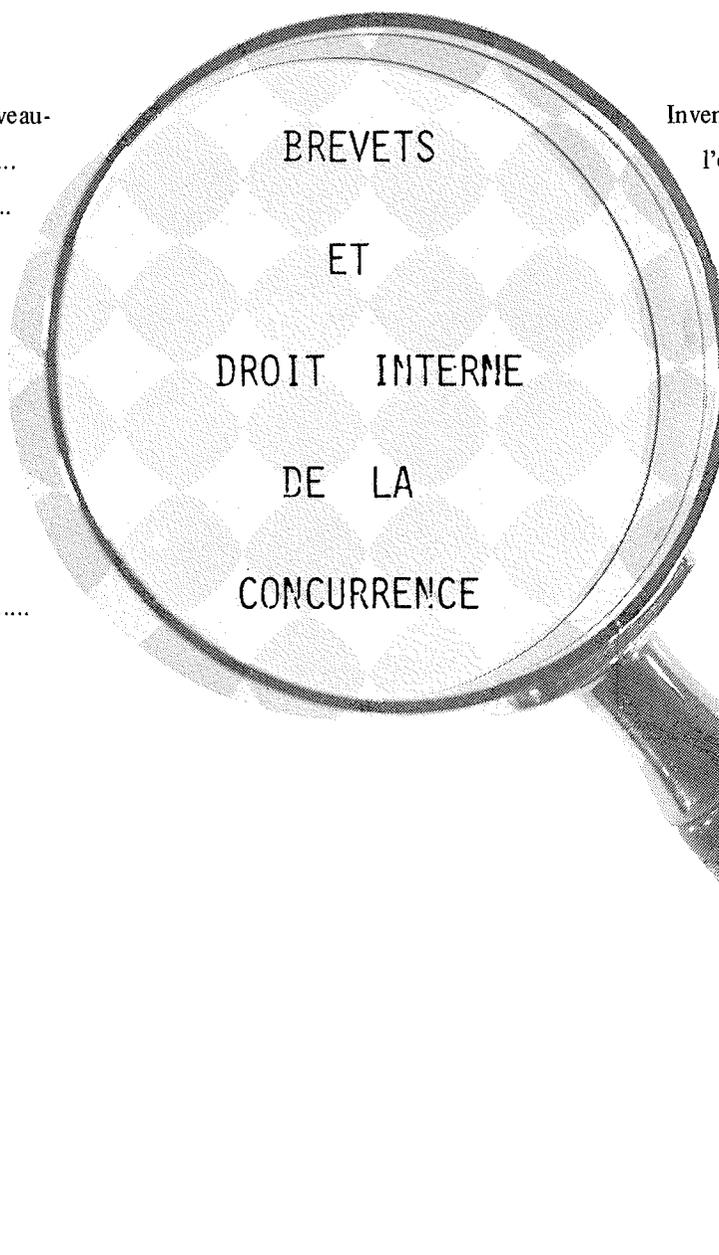


DOSSIERS

BREVETS

1986 V

Conditions de brevetabilité... nouveau-  
té... antériorité de toutes pièces.....  
combinaison..... emploi nouveau...  
activité inventive...avis documen-  
taire..... restauration..... certi-  
ficat d'utilité ..... cession.....  
combinaison de moyens connus.  
licence obligatoire..... taxes .....  
contrefaçon ..... action.....  
saisie-contrefaçon.... divulgation..  
action en revendication.... posses-  
sion personnelle..... nullité.....



BREVETS  
ET  
DROIT INTERNE  
DE LA  
CONCURRENCE

Invention d'employé .... l'homme du métier...  
l'office européen des brevets.... procédure  
d'examen ..... contenu de la demande  
de brevet européen.... rôle des exa-  
minateurs..... représentation devant  
l'O.E.B..... le brevet communau-  
taire émanation du Traité C.E.E.....  
P.C.T..... sous-licence..... contrat  
de communication de savoir-faire.....  
compétence..... arbitrage .....

## A V E R T I S S E M E N T

---

L'intervention communautaire a accoutumé les praticiens des contrats à se soucier des contraintes exercées par le Droit européen de la Concurrence sur les accords de recherche et les contrats d'exploitation de brevets d'invention.

Ils sont généralement moins attentifs aux incidences du Droit interne de la Concurrence. Celles-ci ne manquent pourtant pas. Notre attention est attirée sur ces contraintes par la réforme du Droit de la Concurrence introduite, après un long débat, par l'Ordonnance du 1<sup>er</sup> Décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Celle-ci comporte un certain nombre de dispositions qui s'appliqueront aux accords industriels à compter du 1<sup>er</sup> Janvier. Citons, notamment, ses articles 7 à 10 qui se substituent aux articles 50 et 51 de l'Ordonnance du 30 Juin 1945, modifiée en dernier lieu par la loi du 30 Décembre 1985.

- Article 7 : "Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1) limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;
- 2) faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
- 3) limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;
- 4) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement".

- Article 8 : "Est prohibée dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise:

- 1) d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci;

2) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur, qui ne dispose pas de solution équivalente.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées".

- Article 9 : "Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8".

- Article 10: "Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques :

1) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;

2) dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la Concurrence".

L'application de ce texte tiendra largement compte des précédents que constituent les avis .

- De la Commission Technique des Ententes :

. avis du 22 Juin 1962 : "relatif à l'entente dans l'industrie du fil mousse de nylon" (annexe 3 p. 33 à 34).

. avis du 8 Octobre 1955: relatif à l'entente dans l'industrie du magnésium" (annexe 4 p.34 à 36).

- De la Commission Nationale de la Concurrence :
- . avis du 10 Octobre 1985 "relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives" (annexe 1, p.20 à 30)
  - . avis du 29 Mars 1984 "relatif à des marchés d'approvisionnement du SEITA en fongicides" (annexe 2 p.31 à 32).
  - . avis du 26 Mai 1983 "relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires" (annexe 5 p.37 à 43).
  - . avis du 28 Avril 1983 "relatif à la situation de la concurrence sur le marché des médicaments et spécialités pharmaceutiques à base de dipyridamole" (annexe 6 p.44 à 48).
  - . avis du 21 Mai 1981 "relatif à des pratiques concertées de pharmaciens d'officine pour s'opposer à la commercialisation de médicaments génériques" (annexe 7 p.49 à 60).

Ainsi nous a-t-il semblé utile de mettre ces documents à la disposition des lecteurs des DOSSIERS BREVETS en les faisant précéder du commentaire synthétique établi par R.KOVAR à l'occasion de la dernière affaire, que publie l'excellent "Recueil des Avis de la Commission de la Concurrence" animée par nos amis D.BRAULT et V.SELINSKY.

Cette réflexion sera une excellente introduction aux possibles règlements d'exemption que l'article 10 in fine de l'Ordonnance du 1er Décembre 1986 prévoit :

"Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la Concurrence".

La Loi de 1985 avait prévu cette formule mais uniquement pour les accords de distribution en vue de justifier les refus de vente. L'Ordonnance de 1986 élargit la formule : l'ensemble des accords susceptibles de restreindre la concurrence : les accords industriels sont, donc, concernés. Il appartient à l'avenir de dire comment.

DU 10 OCTOBRE 1985

Relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives.

Par Robert KOVAR

Professeur à la Faculté de Droit  
et des Sciences Politiques de Strasbourg

1. Cet avis a trait à l'organisation des rapports entre les créateurs de diverses variétés végétales (ou obtenteurs) qui délivrent des licences de production et de vente des semences appartenant aux variétés qu'ils ont créées et les établissements (agriculteurs ou coopératives agricoles) titulaires d'une licence qui produisent les semences de base ou les semences commercialisables dérivées des premières. Des contraintes légales et institutionnelles limitent la concurrence sur ces marchés. L'exercice de l'activité de production de semences s'insère dans le cadre d'une réglementation complexe, largement dérivée des directives de la Communauté Économique Européenne qui permet à l'administration et à l'interprofession de contrôler efficacement la production afin de garantir la qualité des produits. En outre, l'article 3 de la loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales (v. A. Chavanne et J.J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 1980, p. 279 et s.) assure aux titulaires de certificats d'obtention végétale le droit exclusif de produire et de vendre les semences ainsi protégées.

Précisément, l'essentiel de l'intérêt de l'avis tient à ce qu'il « a permis à la Commission de poursuivre la réflexion qu'elle avait, dans le passé (Avis du 26 mai 1983 relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires, Commission de la concurrence, Rapport pour l'année 1983, annexe 13, alinéas 47, 52, 56 à 59, p. 255-257; *Rec. Lamy*, n° 213), entamée sur les conditions de la compatibilité entre les dispositions législatives en matière de brevets et le droit de la concurrence ». C'est que leur coexistence n'est pas spontanément harmonieuse. Certes, leurs finalités sont communes puisqu'ils sont destinés l'un et l'autre à contribuer au progrès économique. Les instruments utilisés sont, en revanche, très différents sinon même contradictoires.

2. Par delà leurs différences, les droits de propriété industrielle « se caractérisent par une exclusivité, un monopole » (A. Chavanne et J.J. Burst, *op. cit.* p. 1-2). Or, le droit de la concurrence s'accommode mal de situations d'exclusivité. Leur conciliation est donc une entreprise particulièrement délicate. Un examen même sommaire de l'état des droits des grands pays industrialisés en témoigne et conduit à la conviction que « rares sont les domaines du droit qui surpassent celui de la relation entre le droit des brevets et le droit antitrust, quant au nombre de questions posées, et la nature peu concluante des réponses fournies » (Stedman cité dans *SCM Corp. v. Xerox Corp.* 201 US, p. 267).

3. Le seul avantage du droit français est d'être encore dans son premier âge, celui des promesses. Reste à souhaiter qu'il sache s'instruire des expériences des autres droits. Dans l'instant ces espérances ont pour contrepartie que notre droit est, en cette matière, plus riche d'interrogations que de certitudes. Si l'applicabilité des règles de concurrence aux pratiques dans lesquelles des droits de propriété industrielle se trouvent impliqués est acquise (I), leur régime demeure à peu près *terra incognita* (II).

## **I. L'applicabilité du droit de la concurrence aux droits de propriété industrielle**

4. Le droit de la propriété industrielle et le droit de la concurrence concourent, chacun à sa manière, à la promotion d'intérêts socialement utiles. Leur égale dignité leur interdit toute prétention à l'emporter sans partage. Leurs rapports ne sauraient être que transactionnels. La soumission des droits de propriété industrielle aux règles de concurrence (A) n'est concevable que dans le respect de l'essence de ces droits (B).

### **A. La soumission des droits de propriété industrielle aux règles de concurrence**

5. Dès 1955, dans l'affaire « Industrie du magnésium » (Avis du 8 octobre 1955, Rapport pour les années 1954-1955, *J.O. Doc. adm.* 1960, n° 1, p. 10 ; *Rec. Lamy*, n° 3), la Commission a été confrontée à cette question primordiale. Les sociétés Ugine et Pechiney avaient créé à parts égales la Société Générale du Magnésium (S.G.M.) chargée des fonctions d'un comptoir de vente en commun et d'un centre d'étude et de recherche. Titulaires de brevets elle avait conclu des contrats de licence avec divers utilisateurs. Les conditions dont ces licences étaient assorties pouvaient être considérées comme contraires à l'article 57 *bis* de l'ordonnance n° 45-1483. Pour sa défense, la S.G.M. invoquait, entre autres, l'autonomie de la législation sur les brevets qu'une réglementation spéciale tel le droit de la concurrence ne saurait restreindre. Trop absolu, cet argument devait être récusé, observant que la législation sur les brevets connaît des « limites tirées de la notion d'abus de monopole » et que les règles de concurrence sont d'ordre public, la Commission en conclut que « s'il est souhaitable que le droit des brevets ... soit fermement garanti ... les considérations qui conduisent à rechercher dans chaque cas la solution légale la plus conforme à l'intérêt économique ne permettent pas de faire échapper à l'examen de la Commission les pratiques qui, à l'intérieur d'une entente, utiliseraient des droits tirés de la législation sur la propriété industrielle ». Cette distinction n'est pas sans évoquer celle qui sera consacrée plus tard par la Cour de justice des Communautés européennes entre l'« existence » et l'« exercice » des droits de propriété industrielle (C.J.C.E. 29 février 1968, *Parke-Davis*, affaire 24-67, *Rec.* p. 81). Toujours dans la même ligne, la Commission déclare dans son avis concernant l'« Entente dans l'industrie du fil mousse de nylon » (Avis du 22 juin 1962, Rapport pour les années 1960 à 1962, *J.O. Doc. adm.* 1964, n° 2, p. 38 ; *Rec. Lamy*, n° 35) qu'« aucune convention, fût-elle fondée sur des droits de propriété industrielle et même sur le droit de propriété en général, ne peut échapper à l'application des dispositions d'ordre public » et qu'« un organisme formé entre brevetés, licenciés et sous-licenciés, quel que soit le nom qu'il porte, tombe sous le coup de la loi dès lors que ses membres ont convenu de limiter la possibilité de se faire éventuellement concurrence ou qu'ils ont pris des dispositions pour restreindre, par des procédés illégaux, celle que les tiers peuvent leur faire ».

Du cas des ententes cette démarche sera étendue à celui de l'abus de position dominante dans l'affaire « Casiers à bouteilles en matière plastique » (Avis du 17 mars 1971, Rapport pour les années 1970 et 1971, *J.O. Doc. adm.* 1972, p. 427 ; *Rec. Lamy*, n° 84).

6. La Commission a ainsi développé une doctrine dont les principes sont désormais incontestables. Dans son Rapport pour l'année 1983, elle réaffirme que « la circonstance qu'une spécialité soit couverte par un

brevet n'exclut pas que les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 puissent trouver application, si les comportements entre entreprises à propos de cette spécialité, quand bien même ils se rattacherait à l'exécution d'un accord de brevet, s'analysent en des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit et remplissent les autres conditions d'application de l'article 50 » (Avis du 26 mai 1983 relatif à la « Situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires », *B.O.S.P.* 8 novembre 1983 ; *Rec. Lamy*, n° 213).

7. Son avis du 10 octobre 1985 lui permet de confirmer sa jurisprudence tout en l'étendant à l'ensemble des droits intellectuels, particulièrement des droits d'obtention végétale. Une fois de plus la Commission souligne que « la circonstance qu'un produit soit couvert par un certificat d'obtention végétale n'exclut pas que les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix puissent trouver application :

- soit lorsque les comportements entre entreprises à propos de ce produit, quand bien même ils rattacherait à l'exécution d'un accord de cession de licence, s'analysent en des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;

- soit lorsque les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique ont pour objet ou effet, alors même qu'elles se fondent sur la possession d'un certificat d'obtention végétale, d'entraver le fonctionnement normal du marché » (v. aussi Rapport pour l'année 1985, *J.O. Doc. adm.* 1986, p. XII).

Dépourvue de toute ambiguïté dans son principe, l'applicabilité de l'ordonnance de 1945 à l'exercice des droits de propriété industrielle souffre certaines restrictions.

**B. La reconnaissance des droits de propriété industrielle par les règles de concurrence**

8. La nécessité de concilier l'efficacité des règles de concurrence avec l'existence des droits de propriété industrielle conduit à considérer que leur exercice n'est abusif que s'il restreint la concurrence au-delà des conséquences inhérentes à leur protection (v. en ce sens V. Sélinsky, *L'entente prohibée*, Librairies Techniques 1979, n° 253-254, pp. 154-156 ; J.J. Burst et R. Kovar, *Droit de la concurrence*, *Economica* 1981, p. 253).

9. Dans son avis « Industrie du magnésium » (précité), la Commission opère une distinction entre l'existence des droits de propriété industrielle, insusceptible de tomber sous le coup de l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945, et leur exercice qui, au contraire, peut en être justiciable. Dans ce même avis, elle approfondit son analyse en constatant que les contrats de licence incriminés contribuaient à « protéger à tous les degrés les participants de l'entente » sans que cette protection soit couverte par le droit de brevet. Dans l'avis « Fil mousse de nylon » (précité), elle condamne certaines pratiques anticoncurrentielles en observant que « les titulaires de brevets ne se sont pas bornés à concéder, en contrepartie d'une légitime redevance, des licences d'exploitation mais qu'ils les ont assorties de conditions destinées à réduire la concurrence entre licenciés ou sous-licenciés et à faire obstacle à celle que les tiers pouvaient leur

faire ». Ces restrictions n'étaient en rien « inhérentes » au droit de brevet. Dans cette perspective, J. Azéma estime que l'adoption en droit français du principe de l'épuisement du droit de brevet a pour conséquence que toute construction visant à permettre au breveté « de contrôler les actes subséquents de commercialisation et d'utilisation... ne seraient plus couverts par le droit de brevet et tomberaient sous le coup des dispositions tendant à sanctionner les pratiques restrictives de concurrence » (J. Azéma, *Droit français de la concurrence*, Thémis 1981, p. 148).

10. L'avis de la Commission « Semences de céréales à paille, de maïs et d'endives » confirme ce raisonnement. La Commission examine, en effet, la licéité du contrôle exercé par les obtenteurs sur les circuits de distribution dans le secteur des semences de maïs à l'aune des principes dégagés par elle en matière de distribution sélective sans accorder une attention particulière à la protection de ces semences par un certificat d'obtention. Aussi peut-on en déduire que ces pratiques sont, pour elle, étrangères à l'objet de ce droit. Cette conviction est confortée par les considérations exposées dans l'avis « Situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires » (précité) :

« Les accords de distribution, exclusifs ou non, et les accords de fabrication et de distribution contiennent souvent des clauses qui peuvent engendrer des comportements anticoncurrentiels. Ils sont dès lors susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 50. En effet, ... de telles clauses figurent dans les conventions et les comportements qui en découlent, bien que se fondant sur des droits de propriété industrielle, ne sauraient échapper à l'application des dispositions d'ordre public de l'article 50 dès lors qu'ils aboutissent à créer l'une des situations visées par l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article et entraînent des restrictions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour obtenir les avantages économiques que les brevets tendent à assurer ».

Toute pratique visant à prolonger le droit exclusif du brevet au-delà de son terme ou à l'étendre au-delà de son objet est à la merci des règles de concurrence. La Commission souligne dans son avis du 26 mai 1983 relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires que « la Société Ciba-Geigy qui fut titulaire (d'un) brevet jusqu'en 1975 et qui, jusqu'à cette date a bénéficié en ce qui concerne les triazines, d'une protection légale qui lui a permis d'occuper pendant dix-sept ans un marché important, a ainsi tenté, par le biais d'une concertation, de faire obstacle à la concurrence qui devait s'instaurer après la chute du brevet » (*B.O.S.P.* 8 novembre 1983 ; *Rec. Lamy*, n° 213).

11. L'analogie entre cette jurisprudence et les solutions du droit communautaire est évidente. Pour la Cour de justice des Communautés européenne « si les droits accordés... au titulaire d'un brevet d'invention ne sont pas affectés dans leur existence par les interdictions des articles 85, paragraphe 1 et 86 du Traité » de la C.E.E., leur exercice peut contrevenir à ces interdits (C.J.C.E. 29 février 1968, *Parke Davis*, affaire 24-67, *Rec.* p. 110). Tel est le cas lorsque l'exercice de ces droits « apparaît comme l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente » (C.J.C.E. 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, affaires 78-70, *Rec.* p. 487) ou d'un abus de position dominante. L'analyse des relations entre l'exercice d'un droit de propriété industrielle, plus généralement de tout droit intellectuel, et les règles de concurrence est certainement davantage élaborée en droit communautaire. De la pratique de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il ressort que l'exercice d'un droit de cette nature échappe en tout état de cause aux rigueurs des articles 85 ou 86 du Traité de la C.E.E. dans

la mesure où il n'excède pas les limites de son « objet spécifique ». Formulée initialement dans le cadre des décisions relatives à l'application de l'article 36 du Traité de la C.E.E. (C.J.C.E. 31 octobre 1974, *Centrafarm*, affaires n° 15 et 16-74, Rec. p. 1167 et 1183), cette notion a été utilisée ensuite pour délimiter l'emprise du droit communautaire de la concurrence sur l'exercice des droits de propriété industrielle (C.J.C.E. 25 février 1986, *Windsurfing International INC.*, affaire 193-83, non encore publié).

12. Par delà d'inévitables particularismes, le droit comparé révèle une réelle convergence des solutions apportées au problème de la coexistence des droits de propriété industrielle et de la réglementation de la concurrence. Cette exigence suppose la reconnaissance des fonctions essentielles de ces droits. Aussi, en aucun cas, l'exercice d'un droit de propriété industrielle ne saurait suffire à écarter l'intervention du droit de la concurrence. Celui-ci doit cependant respecter l'objet spécifique du droit de propriété industrielle. Ainsi, en droit allemand, les restrictions dites « couvertes par le brevet » ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de la loi du 25 juillet 1957 sur les pratiques restrictives (Bundesgerichtshof, 8 novembre 1960, « *Mettallspritz verfahren* » *Wirtschafts- und Wettbewerb/E* 696). Le droit américain considère également que la législation sur les brevets déroge au droit antitrust dans la mesure où le monopole conféré au breveté est exploité dans les limites fixées par la loi. La Cour suprême a constamment affirmé ce principe :

« *Lè monopole accordé par les lois sur les brevets est une exception législative à la liberté de concurrence et a régulièrement été interprété comme étant limité à l'objet du brevet* » (U.S. Line Material Co. 333 U.S. 310). Un brevet n'exempte son titulaire des prescriptions du Sherman Act que dans les limites du monopole. Cette convergence des droits de la concurrence ne doit pas dissimuler des différences parfois sensibles dans leur définition du contenu de l'objet spécifique des droits de propriété industrielle. Cette question est rarement réglée par la loi. La loi allemande du 25 juillet 1957 sur les pratiques restrictives de la concurrence fait exception. Aux termes de l'alinéa 1 de son article 20 :

« Les contrats relatifs à l'acquisition ou à l'exploitation de brevets, de modèles déposés ou de droits exclusifs sur des variétés de semences sont sans effet dans la mesure où ils imposent à l'acquéreur ou au concessionnaire d'une licence des restrictions à son activité commerciale excédant les limites du droit de propriété industrielle ; les restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété industrielle portant sur sa nature, son étendue, les quantités, le territoire ou le temps d'application ne sont pas considérées comme excédant les limites du droit de propriété industrielle ».

Comparée aux solutions d'autres droits, singulièrement à celles du droit communautaire, cette énumération est à l'évidence extensive. Ainsi les clauses limitant les quantités qu'un licencié est autorisé à produire sont pour le droit communautaire étrangères à l'objet du droit de brevet. Elles ne sauraient, dès lors, échapper à la condamnation de l'article 85, paragraphe 1, lettre b du Traité de la C.E.E.

Là ne s'arrête pas la compréhension de la loi allemande. Elle ne se contente pas de conférer une portée extensive à l'objet des droits de propriété industrielle, elle exclut de l'interdiction de principe exprimée dans la première phrase de l'article 20 une série d'obligations qui ne ressortissent pourtant pas du contenu de ces droits. A ce titre, par exemple, le breveté est en droit de restreindre la liberté des concessionnaires ou des licenciés de déterminer le prix de vente de leurs productions.

A l'instar du droit américain, cette restriction est justifiée par la préservation de la « récompense » reconnue par la loi au breveté. Le jugement porté par les droits communautaires et français est diamétralement opposé.

## **II. L'application du droit de la concurrence aux droits de propriété industrielle**

13. Comme l'observe J. Azéma, « si le principe d'application du droit des ententes aux accords en matière de propriété industrielle est... posé sans ambiguïté, les trop rares applications qui en ont été faites jusqu'ici ne permettent guère de caractériser les positions de la Commission » (J. Azéma, *op. cit.*, p. 332). L'exigüité de la pratique de la Commission de la concurrence oblige à se satisfaire d'une connaissance fragmentaire de l'incidence des articles 50 et 51 de l'ordonnance de 1945 sur l'exercice des droits de propriété industrielle. Les informations existantes se concentrent d'ailleurs essentiellement sur le régime des ententes (A), celles relatives à l'abus de position dominante étant particulièrement lacunaires (B).

### **A. L'incidence du régime des ententes sur l'exercice des droits de propriété industrielle**

14. En prohibant « les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence... », l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 met en évidence les deux conditions essentielles dont la réunion constitue l'entente illicite : une concertation liée à une restriction de la concurrence. Ces exigences valent aussi lorsque est en cause l'exercice de droits de propriété industrielle. La Commission le rappelle dans son avis du 10 octobre 1985 (*v. supra*).

L'article 50 trouve à s'appliquer « lorsque les comportements entre entreprises, quand bien même ils se rattacheront à l'exécution d'un accord de licence, s'analysent en des actions concertées, conventions... » illicites (une formule similaire est utilisée dans l'avis du 26 mai 1983, « Situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires », *B.O.S.P.* 8 novembre 1983 ; *Rec. Lamy*, n° 213).

15. Deux cas doivent être distingués selon que l'accord de licence constitue lui-même l'entente interdite ou que celle-ci s'organise autour d'une licence.

La première situation se constate dans l'affaire « Industrie du magnésium » (Avis du 8 octobre 1955, précité) où les contrats de licence interdisaient aux licenciés de s'approvisionner à d'autres sources que le donneur de licence. Une de ces conventions restreignait, par ailleurs, la licence à la seule satisfaction des besoins propres du licencié.

Le deuxième cas de figure se rencontre dans l'avis « Semences de céréales à paille, de maïs et d'endives » (précité) sous la forme de « clubs variétaux » regroupant dans le secteur des semences de céréales « l'obteneur et ses licenciés, aux fins de réguler les conditions de production et de vente des semences de la variété considérée ». Ces groupements « trouvent leur origine dans une suite de conventions passées entre les uns et les autres ». Une structure voisine d'« un organisme formé entre brevetés, licenciés et sous-licenciés » est décrite dans l'avis du 22 juin, « Fil mousse de nylon » (précité). Enfin, dans l'affaire des produits phytosanitaires (précité), l'entente consiste en un accord de « codistribution » de produits brevetés.

16. Une concertation n'est illicite au sens de l'article 50 de l'ordonnance de 1945 que si elle a pour objet ou peut avoir pour effet une entrave à la concurrence. L'entente doit donc nécessairement produire « son effet sur un marché qui est soumis au régime de la concurrence » (v. J.B. Blaise, *Ententes et concentrations économiques*). A défaut d'un « marché concurrentiel », l'article 50 est inapplicable (sur les conditions de cette exclusion v. Rapport pour l'année 1973, *J.O. Doc. adm.* 1974, p. 2603 ; J.J. Burst et R. Kovar, *op. cit.* n° 425). Les particularités de certains marchés, en dehors même de leur régime légal, peuvent concourir à restreindre la concurrence, notamment lorsque sont en présence un nombre très réduit d'opérateurs économiques ou des produits très spécifiques. Dans une situation de ce genre, la Commission n'exclut pas que « les obstacles au développement de la concurrence peuvent tenir aux particularités de l'offre et de la demande du produit » tout en se réservant le droit de vérifier si les pratiques des entreprises n'en ont pas aggravé les effets (v. Rapport pour l'année 1975, *J.O. Doc. adm.* 1976, p. 997 ; Avis « Procirep » (cession des droits de représentation des films à la télévision) 25 avril 1975, *J.O. Doc. adm.* 1976, p. 1004 ; *Rec. Lamy*, n° 108). L'avis « semences » illustre cette condition d'application de l'article 50 :

« Les actions concertées relatives à la production des semences de base ne sont pas critiquables. Les semences de base sont, en principe, destinées à la production de semences certifiées. Elles ne sont pas commercialisées sur un marché concurrentiel mais sont rachetées par les obtenteurs ou, plus exceptionnellement, par leurs licenciés. Dans ces conditions, la circonstance que les quantités de semences de base à produire par les délégataires soient fixées à l'avance par l'obtenteur et que les prix de vente de ces semences par les délégataires soient uniformisés... ne peut avoir pour effet de fausser une concurrence qui ne peut pas, en tout état de cause, réellement s'exercer ».

17. Diverses pratiques liées directement ou indirectement à l'exploitation de droits de propriété industrielle ont été jugées illicites. Elles concernent aussi bien les relations des licenciés avec le titulaire du droit qu'avec d'autres licenciés et enfin avec des tiers.

L'utilisation d'un droit de propriété industrielle ne saurait ainsi justifier les engagements d'achat exclusif exigés des licenciés (v. Avis « Industrie du Magnésium », précité). Le droit communautaire considère lui aussi que de telles obligations tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 du Traité de la C.E.E. A certaines conditions elles peuvent néanmoins être « exemptées » par application du paragraphe 3 de l'article 85). La Commission condamne également la limitation des quantités susceptibles d'être produites par les licenciés. Dans son avis relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives (précité), elle constate que dans le cadre des clubs variétaux dans le secteur des semences à paille « les actions concertées entreprises sous la direction de l'obtenteur concernent la programmation des quantités à produire, par exemple par la fixation de quotas de production assignés aux délégataires ou aux licenciés ». Si elle estime que cette pratique est « tolérable », c'est pour des raisons particulières. « En effet, l'obtenteur étant pratiquement le seul détenteur des semences de base, le problème de l'attribution de quotas de production de semences certifiées à ses licenciés se ramène à celui de la légalité de la répartition par l'obtenteur des semences de base entre lesdits licenciés ». La répartition des semences de base conditionne la capacité de production de semences certifiées par les licenciés. « Or, l'obtenteur possède en début de campagne un certain stock de semences de base,

de sorte que, pour satisfaire les demandes des licenciés, il est nécessairement conduit à opérer une répartition, selon des critères dont il est juge. La circonstance que cette répartition soit arrêtée, *a priori*, avant le début de la campagne, au sein du club variétal, et qu'elle fasse l'objet d'une concertation entre les intéressés, n'est pas en soi révélatrice d'une pratique anticoncurrentielle ». Tout porte à penser qu'en dehors d'une telle circonstance, des quotas de production constitueraient une pratique anticoncurrentielle, que ces quotas soient fixés par le breveté ou par les licenciés. Cette condamnation rejoindrait celle prononcée par la Commission des Communautés européennes (par application de l'article 85, paragraphe 1 litt. b du traité C.E.E.) mais se séparerait de la solution consacrée par l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi allemande sur les pratiques restrictives de concurrence (précité).

18. Les clauses des prix imposés contreviennent à l'article 50. Il en est d'abord ainsi lorsque les prix de vente sont fixés en concertation entre le titulaire du droit et ses licenciés. La Commission s'est prononcée en ce sens dans son avis du 10 octobre 1985 en affirmant que « les pratiques de fixation concertée des prix de vente de la semence certifiée au sein des groupes variétaux constituent des accords susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et doivent être dénoncées comme tels lorsqu'elles sont établies ». La Commission n'a pas expressément envisagé la fixation de prix de vente par le donneur de licence. La pratique des prix de vente imposés est tout aussi illicite lorsqu'elle est le fait du donneur de licence comme en atteste l'avis de la Commission relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires (précité) : « ... les conditions législatives et réglementaires en vigueur ne comportent pas, notamment en ce qui concerne les produits couverts par un brevet, de dérogations à l'interdiction d'imposer des prix ou des marges. Au contraire, selon l'article 37-4<sup>o</sup> de l'ordonnance n<sup>o</sup> 45-1483 du 30 juin 1945 « est assimilé à un prix illicite le fait : 4<sup>o</sup> : Par toute personne de conférer, maintenir ou imposer un caractère minimum aux prix des produits et prestations de services ou aux marges commerciales, soit au moyen de tarifs ou barèmes, soit en vertu d'ententes quelle qu'en soit la nature ou la forme, soit par un relèvement discriminatoire du prix pratiqué à l'égard d'un revendeur, soit par tout autre moyen ».

Si le second alinéa de cette disposition prévoit la possibilité de déroger à cette interdiction pour un temps déterminé par arrêté ministériel, notamment s'agissant de produits nouveaux ainsi que des produits couverts par l'exclusivité d'un brevet d'invention ou d'une licence d'exploitation, en l'absence de tels arrêtés relatifs aux spécialités concernées, l'interdiction formulée au premier alinéa est applicable à ces produits.

Aussi, bien que les concertations de ce type entre codistributeurs ou entre le concédant et les codistributeurs des produits phytosanitaires couverts par un brevet soient d'usage courant et communément regardées comme un corollaire de la détention du monopole conféré par le brevet, elles entrent dans le champ d'application de l'article 50, pour autant que soient remplies toutes les conditions de cette application.

19. Toujours dans le domaine de la détermination des prix des licenciés, la Commission censure « la fixation par la Caisse de gestion des licences végétales d'un prix de revient minimum industriel s'imposant aux établissements titulaires de licences sous peine de retrait de celles-ci, est susceptible, sous réserve de l'application de l'article 51, de constituer une entente de prix, au sens des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. La fixation du P.R.M.I. résulte, en effet,

d'une concertation au sein de la C.G.L.V. entre plusieurs obtenteurs ». Cet organisme tentait de légitimer ce procédé en faisant « valoir que, loin de constituer une entrave à la concurrence, la fixation d'un prix de revient minimum aurait au contraire pour objet de rétablir une concurrence saine sur le marché » en contrecarrant le « recours, par certains établissements, à des pratiques de vente à perte ou de vente à prix d'appel ». La Commission récuse cet argument en observant qu'un opérateur économique « ne peut exercer légalement aucun pouvoir de police des prix, surtout en recourant à des pratiques concertées que la loi prohibe ».

20. Cette condamnation des pratiques de prix imposés rejoint le jugement porté par la Commission des Communautés européennes (article 85-1 litt. a du Traité C.E.E.). La loi allemande de la concurrence décide, au contraire, que l'interdiction énoncée à l'alinéa 1 de l'article 20 de la G.W.B. ne s'applique pas « aux obligations imposées à l'acquéreur ou au concessionnaire d'une licence et relatives à la fixation du prix de l'objet du droit de propriété industrielle ». Le législateur a estimé que le titulaire d'un brevet pouvait, pour différentes raisons, avoir un intérêt légitime à exercer une influence sur les prix de vente pratiqués par son licencié, par exemple, lorsque la redevance consiste en un pourcentage du prix obtenu. Il se peut aussi que le titulaire veuille empêcher que les produits de son licencié ne fassent concurrence à ses propres produits. L'Office des cartels estime cependant que cette exception va déjà très loin et s'oppose à une extension de sa portée. Dans son Rapport de 1968 le Bundeskartellamt a même émis des doutes sérieux concernant la nécessité de cette disposition de la loi. Des entreprises s'en servent, en préjudice de la concurrence, dans des situations où les justifications invoquées par le législateur font défaut, par exemple lorsque le breveté ne fabrique pas les produits couverts par la licence et que les redevances sont déterminées sans rapport avec les prix des produits vendus par le licencié. En cas de licences accordées à plusieurs entreprises, le breveté peut être invité à inclure une clause concernant les prix de vente, non dans son propre intérêt, mais en vue d'empêcher une concurrence de prix entre les licenciés. Les effets sont les mêmes que ceux d'une entente sur les prix (Bundeskartellamt, Tätigkeits Bericht 1968, p. 87; v. également Tätigkeits Bericht 1969, p. 97).

21. Le droit antitrust américain adopte une attitude plus restrictive que le droit allemand. Par une décision rendue en 1926 dans l'affaire *U.S. v/ General Electric* (Sup. ct. 1926, 272 U.S. 476), la Cour Suprême des États-Unis a établi qu'il est permis au breveté, qui fabrique lui-même le produit protégé, d'imposer au licencié les prix auxquels celui-ci vendra les produits fabriqués sous licence. La Cour a validé les clauses de prix de vente imposés dans des contrats de licence de brevet en invoquant essentiellement l'intérêt légitime du breveté d'assurer la rémunération de son monopole. Cette décision contraste avec la sévérité de la jurisprudence américaine envers les ententes par lesquelles des concurrents conviennent de leurs prix de vente. Plusieurs tentatives en vue d'amener la Cour Suprême à revenir sur ce précédent ont échoué en raison du partage des voix. Ces hésitations ont certainement facilité le développement d'une jurisprudence qui a limité l'applicabilité de la règle de l'arrêt *General Electric* en distinguant diverses situations. Cette règle est écartée en cas de pluralité de licences, de collusion, de prix fixés pour une partie substantielle de l'industrie, de licences réciproques et de communauté de brevets (v. *W. Alexander, Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité C.E.E.*, Bruylant, Bruxelles 1971, p. 690;

D. Bender, J.F. Lynch, éd. Patent Antitrust, 1980, *Practising Law Institute*, p. 59 et s.).

22. Partant de l'appréciation de la licéité de la constitution des « clubs variétaux », la Commission est amenée à envisager dans son avis du 10 octobre 1985 plusieurs questions d'un intérêt particulier. Ces groupements résultent de la limitation par un obtenteur du nombre de ses licenciés. L'intervention d'un numerus clausus « n'encourt aucune critique de sa part ». Pour la Commission :

« La loi du 11 juin 1970 garantit, en effet, à l'obteneur le droit exclusif à produire. Il en résulte que nul ne peut produire des semences de la variété protégée sans le consentement exprès de l'obteneur, consentement qui se traduit par la signature d'un contrat de concession d'une licence d'exploitation. Le principe de la liberté contractuelle implique que les parties au contrat sont libres de s'engager et le consentement de l'obteneur ne peut être forcé. Ce principe s'applique sans restriction en l'absence de texte en limitant la portée ou y dérogeant dans une matière déterminée.

Or, en l'espèce, aucune disposition législative ne restreint la portée du principe de la liberté contractuelle, en tant qu'il permet à l'obteneur de choisir ses licenciés et donc d'en limiter le nombre. En particulier, les dispositions de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relatives au refus de vente ne trouvent pas à s'appliquer en matière de concession de licences : le refus de concéder une licence ne peut pas s'analyser juridiquement comme un refus de satisfaire une demande d'achat de produit ou une demande de prestation de services ; le refus corrélatif de vendre des semences de base à un établissement non licencié est par ailleurs légitime en raison du caractère anormal de la demande de cet établissement ».

L'ensemble de ces raisons conduit à la conclusion qu'un obtenteur n'est jamais obligé de concéder des licences : il peut également se réserver l'intégralité de la production de ses variétés. S'il décide, pour une variété déterminée de concéder une licence à un établissement, il n'en conserve pas moins le droit de refuser de concéder d'autres licences à d'autres producteurs. En effet, la concession d'une licence ne le dessaisit en rien du droit exclusif à produire et à vendre qui lui est conféré par la loi. Il en est de même de la concession de plusieurs licences.

Ceci fonde, dans l'absolu, la légalité de la pratique de délivrance de licences exclusives, ainsi que celles de la concession de licences à un nombre restreint de licenciés, c'est-à-dire la constitution d'un club variétal ».

Plusieurs questions se trouvent associées, voire confondues, dans cet extrait de l'avis du 10 octobre 1985.

23. La Commission se prononce ainsi sur la licéité du droit pour le titulaire d'un certificat d'obtention ou d'un brevet de refuser d'accorder une licence. Combinant l'exclusivité du droit conféré par la loi avec le principe de la liberté contractuelle, elle reconnaît que le titulaire d'un droit de propriété industrielle ne saurait être contraint de délivrer des licences en dehors des cas prévus par la loi. Cette conclusion doit être approuvée. Elle s'accorde d'ailleurs avec les solutions des autres droits de la concurrence (pour le droit américain, v. D. Bender et J.F. Lynch *op cit.* p. 41 et s.). Pourtant l'examen de ces droits révèle que cette immunité n'est pas absolue. Ainsi le refus de délivrer des licences considéré comme l'instrument d'un plan tendant à une monopolisation du

marché constituera une violation de la section 2 du Sherman Act. Dans le cadre de la répression d'un abus de position dominante il n'est pas non plus exclu que le breveté puisse se voir imposer la concession d'une licence (*ibid.*). En outre, en dehors même des situations qui viennent d'être évoquées, les conditions du refus conditionnent sa licéité. Si le droit américain considère que le refus d'accorder une licence en matière de brevet, de marque ou de savoir-faire n'a pas d'incidence antitrust, il n'en est pas de même lorsque ce refus (en droit allemand le Bundeskartellamt a soutenu cette thèse, v. Tätigkeits Bericht 1968, p. 19) résulte d'une concertation (comparer *United States v/ Colgate and Co.*, 250 U.S. 300 (1919) et *Jones Knitting Corp. v/ Morgan*, 361, F 2 d. 451 3 d. 1966 la délivrance de licences ne saurait être subordonnée au consentement des licenciés existants; v. dans le même sens: décision de la Commission de Communautés européennes du 25 juillet 1975 « Bronbemaling » J.O.C.E. n° L 249 du 25 septembre 1975, p. 27).

24. On en arrive ainsi au cas des « licences exclusives ». La Commission affirme sans restriction « la légalité de la pratique de délivrance de licences exclusives ». Cette assurance peut ne pas être entièrement partagée. Les enseignements du droit comparé incitent à davantage de retenue (pour le droit américain, v. D. Bender et J.F. Lynch, *op. cit.* p. 44 et s.). Ceci est aussi vrai du droit communautaire. Au terme d'une évolution controversée, l'état du droit résulte de l'arrêt de la Cour de justice *Nungesser et Eisele c/ Commission* du 8 juin 1982 portant précisément sur des obtentions végétales (Affaire n° 258/78, Rec. p. 2015). La Cour distingue la licence exclusive « ouverte » de celle procurant au licencié une protection territoriale absolue. Cette dernière est en tout état de cause condamnée. La première peut ne pas être restrictive de la concurrence dans certaines circonstances tel le cas d'un produit nouveau soumis à une très forte concurrence. L'exclusivité peut être alors la condition de l'exploitation de l'invention et l'entrée d'un concurrent sur le marché. Ainsi, pour le droit communautaire l'engagement d'exclusivité n'est ni légalisé ni condamné « dans l'absolu », pour reprendre l'expression utilisée par la Commission dans son avis « Semences ». La différence d'appréciation est essentielle. D'un côté, l'engagement d'exclusivité est considéré comme l'expression du droit exclusif conféré par la loi au titulaire d'un droit de propriété industrielle, alors que de l'autre, il est étranger à l'objet spécifique en ce qu'il restreint une prérogative légale du titulaire du droit qui est celui de concéder d'autres licences. Ce débat a d'ailleurs été développé en ces termes devant la Cour de justice qui dans son arrêt *Nungesser* (précité) a incontestablement écarté la première thèse en estimant qu'une licence exclusive n'échappe pas intrinsèquement à l'article 85, paragraphe 1 du Traité de la C.E.E.

25. L'article 51 de l'ordonnance de 1945 permet de « valider » des ententes par dérogation à l'article 50 dans deux cas :

1. « Lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire...
2. Dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité ».

26. La première justification a été invoquée en faveur de transactions relatives à des droits de propriété industrielle. La Commission a pris position sur cet argument dans l'affaire « Fil mousse de nylon » en 1962 (Avis du 22 juin 1962, précité). Les membres de l'entente, formée exclusivement entre titulaires ou concessionnaires des mêmes droits de brevet et de marques s'étaient réclamés du bénéfice de cette exonération.

Ils soutenaient que l'entente constituait « l'exercice normal » de ces droits et devait, en conséquence, être considérée comme « résultant » au sens de l'article 59 *ter* 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 45-1483, des lois de 1884 sur les brevets et de 1857 sur les marques.

La Commission ne s'est pas rangée à cette conception, estimant que les réglementations invoquées étaient entièrement étrangères aux règles de concurrence édictées par les articles 59 *bis* et suivants :

« Une entente ne saurait "résulter" de textes législatifs ou réglementaires auxquels la notion même d'entente est étrangère et qui n'ont notamment ni pour objet ni pour effet de susciter une structure ou une organisation particulière de la production, de la distribution ou des débouchés dans une branche déterminée ».

Commentant cette prise de position de la Commission, V. Sélinisky écrit :

« L'entente doit, en effet, "résulter" du texte invoqué. Or, une réglementation protectrice, accordant à son titulaire un monopole d'exploitation, le protège contre la concurrence de tiers mais ne l'oblige pas à s'organiser en entente avec d'autres entreprises, les licenciés par exemple. Par suite, même si les clauses contractuelles découlant légalement de l'existence de brevets ou de marques sont susceptibles de limiter le libre jeu de la concurrence, une entente formée entre titulaires, licenciés et sous-licenciés de brevets et de marques ne constitue pas, en elle-même, une entente réglementée au sens de l'article 59, *ter*, 1<sup>er</sup> » (V. Sélinisky, *L'entente prohibée op. cit.* n° 472, p. 272-293).

27. La seule possibilité de justification d'une entente fondée sur des droits de propriété industrielle réside dans la contribution au progrès économique. La Commission n'a que rarement examiné cette question.

Dans l'avis relatif aux produits phytosanitaires (précité), elle admet que « ... s'agissant de produits couverts par un brevet et sur lesquels les sociétés détentrices de brevets disposent d'un monopole de fabrication et de distribution, la codistribution est de nature à accroître la diffusion et la production de ces spécialités et à concourir au progrès économique dans la mesure où la concertation entre codistributeurs ne produit pas d'effet sensible sur les prix desdites spécialités. Tel fut le cas en ce qui concerne le Ballater, le Primegarde les Avadex, spécialités soumises à la concurrence d'autres produits substituables dans des marchés où la structure de la distribution garantissait à l'époque des faits litigieux l'exercice d'une concurrence suffisante non démentie par les comportements observés. Ainsi, lors des concertations litigieuses, le prix de ces spécialités n'a pu être fixé à un niveau trop élevé sans risquer de voir freiner la pénétration de ces produits sur le marché, sauf à s'entendre avec les autres producteurs de produits substituables, ce qui n'est ni établi ni même allégué. Ces concertations ont donc produit des effets peu sensibles sur le niveau des prix de ces deux spécialités.

En définitive, les deux concertations dont il s'agit, qui se sont déroulées dans le cadre d'accords de codistribution de produits protégés par un brevet, n'ont que faiblement restreint une concurrence rendue plus ouverte par la codistribution. Pour ces motifs, ces concertations peuvent être regardées comme couvertes par les dispositions de l'article 51, 2<sup>o</sup>, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 ».

28. La méthode appliquée par la Commission pour constater la contribution de l'accord de codistribution des spécialités phytosanitaires brevetées est parfaitement orthodoxe (v. à ce propos V. Sélinisky *op. cit.* p. 315 et s.). On observera l'attention portée au degré de concurrence subsistant dans le marché considéré. Ici encore, se manifeste l'influence

de l'article 85, paragraphe 3 du Traité de la C.E.E. Dans ce même avis, la Commission reconnaît que l'apparition de produits nouveaux peut constituer une contribution importante au progrès économique mais elle n'est pas prête, pour autant, à légitimer de la sorte des concertations destinées à « relever le prix de vente » de ce produit ou « à tout le moins à freiner leur baisse ». En effet, « cette contribution au progrès économique a trouvé une contrepartie dans la protection légale dont cette société a bénéficié pendant la durée de validité du brevet. Ce moyen ne peut donc être utilement invoqué pour solliciter le bénéfice de l'article 51 (2°) de l'ordonnance n° 45-1483 en ce qui concerne les faits litigieux ». Autrement dit, la récompense méritée par l'inventeur lui est assurée par la législation sur les brevets et ne saurait justifier des pratiques anticoncurrentielles.

La Commission n'est guère disposée à accueillir un autre argument. La Société Ciba-Geigy soutenait que le prix de vente des spécialités à base de triazine était si bas qu'elle avait envisagé l'abandon de la fabrication de ces produits. Pour la Commission, « rien n'interdit de penser que cette fabrication aurait pu être poursuivie par d'autres sociétés concurrentes plus compétitives ou désireuses de compléter leur gamme de spécialités. Ainsi, il n'est nullement établi que le progrès économique impliquait l'existence de la concertation litigieuse concernant les spécialités à base de triazine ».

29. La validation d'un prix de revient minimum pour les semences de céréales à paille n'est pas entièrement exclue par la Commission dans son avis du 10 octobre 1985. Ce système de prix, faisait-on valoir, avait pour objectif « d'assurer une valorisation suffisante de l'effort de recherche des obtenteurs » en leur garantissant « que celles de leurs variétés qui ne sont pas parmi les plus attractives, c'est-à-dire en général leurs variétés assez anciennes, soient vendues à un prix relativement élevé. A défaut, « l'image de marque » de la variété serait atteinte et, dès la campagne suivante, les agriculteurs l'abandonneraient. Par conséquent, selon les obtenteurs, le P.R.M.I., en contrecarrant la tendance au délaissement de certaines variétés, due davantage à des facteurs psychologiques qu'à une obsolescence objective, permettrait d'allonger la « durée de vie » moyenne des variétés nouvelles, lesquelles n'apportent pas toujours un avantage substantiel aux agriculteurs, et donc d'assurer une meilleure rémunération de l'effort de recherche ».

La Commission estime devoir formuler « quelques réserves » à l'égard de cette analyse. Ces restrictions ne portent pas sur le principe même d'une intervention en vue de freiner « l'obsolescence psychologique » d'un produit et de protéger la rémunération de l'effort de recherche mais sur l'adéquation des mesures utilisées. La Commission observe qu'« En premier lieu, le P.R.M.I. n'a pas un effet direct sur la rémunération de l'obtenteur, laquelle provient, d'une part, de la vente des semences de base et, d'autre part, de la perception de redevances proportionnées aux quantités vendues et non pas aux prix de vente. En second lieu, à supposer que les comportements liés à la psychologie des agriculteurs aient l'importance que leur prêtent les obtenteurs, ces comportements ne paraissent pas devoir être substantiellement différents, selon que les semences d'une variété en déclin sont vendues à très bas prix ou, au contraire, qu'elles sont déclassées en céréales de consommation. Enfin, le postulat selon lequel il serait possible, par un mécanisme artificiel de contrôle des prix, de prolonger le succès des variétés les plus anciennes et d'atténuer la concurrence intervariétale, en ce qu'elle peut avoir d'excessif, paraît peu réaliste ».

30. La Commission est davantage sensible à une autre considération avancée pour justifier le prix de revient minimum industriel. Ce prix aiderait les petits établissements producteurs à résister à la concurrence des coopératives bien plus puissantes. Il garantirait le maintien d'un réseau de producteurs dense et diversifié, contribuant au dynamisme du secteur. Elle convient qu'une baisse excessive du prix de la semence, pourrait, au cours de certaines campagnes, s'avérer dommageable pour l'économie globale du secteur... ». Néanmoins, elle estime devoir rechercher si d'autres moyens que celui de la fixation d'un prix minimal pourraient être utilisés. Après avoir écarté un système de planification de la production géré soit par les obtenteurs soit par l'interprofession qui serait « peu efficace économiquement et peu compatible avec le respect des règles de la concurrence », la Commission parvient à la conclusion qu'« une option paraît envisageable :

- soit par un système de totale liberté des prix ;
- soit par un système comportant effectivement un butoir sous la forme d'un prix de revient minimum ».

La définition de prix minima de vente pourrait, dans le cas particulier et à des conditions déterminées, bénéficier des dispositions de l'article 51 de l'ordonnance de 1945 si elle résultait de l'application des dispositions de l'article 2 de la loi n° 75-600 du 10 juillet 1975 relative à l'organisation interprofessionnelle agricole ou de celle des dispositions du 4° de l'article 37 de cette même ordonnance de validation d'un système d'encadrement des prix qui pourrait être préférée pour éviter une tendance à la « fermeture du marché », c'est-à-dire une limitation du nombre des licences concédées par les obtenteurs.

#### **B. Droits de la propriété industrielle et abus d'une position dominante**

31. L'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 peut trouver aussi à s'appliquer lorsque les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises en situation de position dominante ont pour objet ou peuvent avoir pour effet, alors même qu'elles se fondent sur la possession d'un droit de propriété industrielle, d'entraver le fonctionnement normal du marché (v. Avis relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives, précité).

L'exploitation d'un droit de propriété industrielle est donc susceptible de concourir à un abus de position dominante. C'est ce que nous enseignent tous les droits de la concurrence. Au-delà de cette constatation les difficultés commencent. Elles tiennent à ce que, mis à part le droit américain, la pratique est, en la matière, très limitée.

32. Avant d'évoquer l'application de la notion d'abus de position dominante à l'exercice de droits de propriété industrielle et spécialement de brevet, il convient d'examiner les rapports entre le monopole légal que constitue le brevet et la position dominante elle-même.

La doctrine semble au moins d'accord sur un point : une position dominante peut reposer sur l'existence d'un brevet ou, plus généralement, sur une accumulation de brevets. Mais la position de l'entreprise sur le marché doit être appréciée d'un point de vue économique. Le monopole juridique conféré par le brevet n'assure pas nécessairement, tant s'en faut, un monopole économique. Il faudrait pour cela que le marché en cause s'identifie au marché partiel du produit breveté ou obtenu par la mise en œuvre du procédé breveté (Jabbusch : *Begrenzung der Konzentrations fördernden Wirkung des Patentschutzes durch Erweiterung des Instituts der Zwangslizenz*. Schriften zum Wirtschafts-Handels-Industrierecht,

n° 18, Carl Heymanns, Colloque, Berlin, Bonn, Munich, 1977, p. 8 et 9). L'existence de produits de substitution sera déterminante. Aussi, le terme « monopole » légal doit-il être utilisé avec une extrême prudence de manière à ne pas créer une confusion avec le monopole économique ou la position dominante visé par le droit de la concurrence. L'absence d'identification automatique entre ces deux concepts est clairement mise en évidence par la Cour de justice des Communautés européennes.

33. Des droits de propriété industrielle peuvent être impliqués dans l'exploitation d'une position dominante. Pour ce qui est de la France, la doctrine est à peu près inexistante sur cette question, la pratique de la Commission des plus réduite. La seule indication qu'elle nous livre se trouve dans l'avis du 17 mars 1971 relatif aux pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie des casiers à bouteilles en matière plastique où l'abus est constaté en relation avec des licences: « l'abus a été relevé dans l'affaire des casiers à bouteilles en matière plastique. Deux entreprises exerçant conjointement une véritable prépondérance sur le marché ont détourné à leur seul profit les efforts collectifs entrepris par les producteurs et utilisateurs, en vue d'aboutir à la standardisation et à la banalisation des casiers. Elles y sont parvenues à la suite de diverses manœuvres et notamment en imposant à l'ensemble des utilisateurs un type de casiers dont la propriété industrielle leur appartenait alors que d'autres modèles eussent également pu être retenus. Elles sont ainsi, au moins dans un premier temps, écartées du marché des autres producteurs » (précité).

**Avis relatif à la situation de la concurrence  
dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives**

(B.O.C.C. du 6 décembre 1985)

Par lettre du 17 octobre 1983, le ministre de l'économie, des finances et du budget a saisi la Commission, en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, d'une demande d'avis sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur des semences de céréales à paille et des semences de maïs.

Par une seconde lettre en date du 27 décembre 1983 le ministre a demandé à la commission d'étendre son étude au cas des semences d'endives. Le ministre relevait en particulier, dans cette seconde lettre, les « anomalies nombreuses que suscitent les structures professionnelles actuelles du secteur et leur fonctionnement ».

La commission de la concurrence, siégeant en formation plénière, a examiné les questions faisant l'objet des deux lettres de saisine dans sa séance du 10 octobre 1982, au cours de laquelle elle a entendu les représentants des différents groupements, organismes professionnels ou publics et services administratifs intéressés.

Le présent avis a pour objet :

1° D'analyser le fonctionnement des circuits de production et des marchés dans le secteur des semences de céréales à paille, de maïs et d'endives ;

2° De cerner les limites actuellement assignées au jeu concurrentiel dans le secteur en cause, en distinguant en particulier selon que ces limites paraissent découler nécessairement d'un environnement institutionnel ou de contraintes techniques objectives, ou qu'elles se rattachent à des comportements spécifiques pouvant être mis en évidence à tel ou tel stade de la filière ;

3° De préciser dans quelle mesure ces comportements apparaissent critiquables au regard du droit de la concurrence ;

4° D'exposer les mesures préconisées pour orienter ces comportements dans un sens plus compatible avec le jeu de la concurrence et, le cas échéant, pour adapter le cadre institutionnel existant.

### I. - L'analyse du marché

Le secteur des semences englobe deux types d'activité :

- en amont, une *activité de recherche*, qui débouche, pour une espèce déterminée, sur la création de *variétés végétales*, c'est-à-dire de sous-ensembles de l'espèce constitués de plantes qui possèdent un matériel héréditaire commun. Ces sous-ensembles sont distincts, homogènes et stables. Les créateurs de variétés, ou *obteneurs*, s'efforcent de produire des variétés de plus en plus performantes au regard des différents critères qui intéressent l'agriculteur utilisateur des semences : productivité, résistance aux maladies, adaptation au milieu géo-climatique. Les recherches, menées selon les principes de la sélection conservatrice, dans le cas des céréales à paille, ou de la sélection créatrice par

hybridation, dans le cas du maïs et de l'endive, sont longues (environ dix ans) et coûteuses. En outre, les hasards de la génétique se conjuguant avec la spécificité des habitudes de consommation des agriculteurs, les résultats commerciaux de ces recherches sont toujours assez aléatoires. Aussi les obtenteurs apparaissent-ils soucieux de valoriser au mieux leur recherche et s'efforcent-ils de contrôler l'aval de la « filière semences ».

- en aval, une *activité de production*, qui débouche sur la commercialisation de *semences* vendues aux agriculteurs. La production de semences est le fait d'*établissements producteurs*, également appelés établissements multiplicateurs ou producteurs grainiers. Ces établissements disposent d'un réseau d'*agriculteurs multiplicateurs*, auxquels ils confient les semences de base, ou semences techniques, que leur livre l'obteneur de la variété. Les agriculteurs multiplicateurs mettent en terre ces semences de base et produisent des semences de la génération suivante. Celles-ci sont rachetées par l'établissement producteur, sont triées, nettoyées et traitées puis font l'objet d'une certification officielle et sont commercialisées par l'établissement. La commercialisation s'effectue sous la forme de vente en culture, c'est-à-dire de vente directe à l'agriculteur utilisateur, ou bien par l'intermédiaire d'un réseau de distribution, qui peut être celui des coopératives ou celui du négoce.

L'articulation entre l'amont et l'aval de la filière s'opère de la façon suivante :

- d'une part, les obtenteurs délivrent aux établissements producteurs des licences de production et de vente des semences appartenant aux variétés qu'ils ont créées, moyennant le versement de redevances par les établissements. *Dans le cas des céréales à paille*, toutefois, c'est un intermédiaire, la Caisse de gestion des licences végétales (C.G.L.V.), société civile créée en 1947, agissant comme mandataire des obtenteurs, qui délivre les licences en leur nom, contrôle l'assiette des redevances et poursuit, pour leur compte, la perception des droits attachés à l'utilisation des licences accordées. Un autre organisme, la Sicasov, société d'intérêt collectif agricole, sœur jumelle de la C.G.L.V. dont elle utilise ses infrastructures, a été créée en 1976 pour des raisons notamment fiscales : elle intervient comme concessionnaire exclusif des licences d'exploitation de certaines variétés et sous-concède lesdites licences aux établissements producteurs intéressés. *Dans le cas du maïs*, en raison du faible poids de la semence utile par hectare cultivé (20 kgs pour un hectare, avec un rendement de 63 quintaux par hectare), l'obteneur, avec le concours d'un réseau d'agriculteurs multiplicateurs, a, en général, la capacité de produire toutes les semences de ses variétés. En d'autres termes, exception faite de variétés créées par l'I.N.R.A., dont l'exploitation est confiée à des groupements d'intérêt économique constitués par variétés, les obtenteurs sont eux-mêmes établissements producteurs : ils ne délivrent pas de licences. Ainsi l'amont et l'aval de la filière sont-ils étroitement intégrés.

Enfin, le cas de l'endive est également spécifique en ce que, jusqu'en 1984 tout au moins, l'Institut national de la recherche agronomique (I.N.R.A.) était l'obteneur unique des variétés hybrides d'endives. L'I.N.R.A. a naturellement la capacité technique de produire des semences et de saturer le marché mais n'a pas vocation pour ce faire : aussi l'I.N.R.A., par l'intermédiaire de sa filiale Agri-Obtentions, cède-t-il des licences à un petit groupe d'établissements producteurs sélectionnés par ses soins.

- d'autre part, les obtenteurs produisent ou font produire les semences de base qui, à la génération suivante, donneront des semences commercialisables. Dans le cas du maïs et de l'endive, plantes hybrides, c'est l'obteneur lui-même qui produit les lignées. Dans le cas des céréales à pailles, les obtenteurs produisent les premières générations de semences de base, mais font souvent produire la dernière génération, appelée G4, par des établissements délégataires. Ceux-ci, en contrepartie, leur versent des redevances que collecte la C.G.L.V. Formellement, l'organisation de la production de semences de base est donc semblable à celle qui préside à la production de semences commercialisables.

L'état de la concurrence est relativement facile à appréhender au stade amont de la filière, c'est-à-dire au niveau des obtenteurs. Il fait apparaître une très forte concurrence intervariétale et, par voie de conséquence, une assez grande précarité des positions acquises.

En ce qui concerne les céréales à paille, et pour prendre l'exemple du blé tendre d'hiver, trente-neuf obtenteurs sont officiellement dénombrés, mais une douzaine d'entre eux contrôlent les neuf dixièmes du marché. Les principaux obtenteurs sont soit des entreprises familiales, qui perpétuent une tradition de sélection très ancienne (Benoist, Desprez, Ringot, ...), soit des groupes de coopératives (U.N.C.A.C., U.C.O.P.A.C., C.A.C.B.A., ...). A un moment donné et pour une espèce donnée, chaque obtenteur dispose, en général, d'un porte-feuille de plusieurs variétés, dont une ou deux peuvent être véritablement très compétitives. Le rythme d'apparition des variétés est en effet rapide et beaucoup d'entre elles disparaissent du marché avant qu'ait pu être amorti le coût de leur recherche. Ainsi les parts de marché par variétés sont fluctuantes.

En ce qui concerne la maïs, le marché est plus oligopolistique. Deux groupes de coopératives (France-Maïs et Limagrain) contrôlent à eux deux plus des trois quarts du marché. France-Maïs, qui représente notamment en France la firme américaine Pioneer, possède la variété « leader », appelée D.E.A., et dispose de ce fait, depuis peu, d'un avantage commercial assez net sur son principal concurrent.

En ce qui concerne l'endive, le marché de la semence est très étroit et la situation est quasi monopolistique. Ce n'est qu'en 1984, soit plus de quinze ans après le lancement de la première variété hybride d'endive, qu'un obtenteur privé, en l'occurrence la société Clause, a pris place au côté de l'I.N.R.A. sur ce marché, avec une variété nouvelle.

Indépendamment du phénomène de concurrence intervariétale, qui amène les obtenteurs à mutualiser leurs risques en s'efforçant de mettre sur le marché un grand nombre de variétés, voire à faire porter

leurs recherches sur un plus grand nombre d'espèces, les positions acquises peuvent se trouver ébranlées :

- soit à l'occasion d'innovations fondamentales dans les méthodes de recherche, telles que, dans le passé récent, la mise au point de variétés de blé hybrides par l'emploi de gamétocides ou, dans le futur, le développement de techniques de culture *in vitro* et de génie génétique ;

- soit en raison de l'apparition dans le secteur des semences de firmes jusqu'alors étrangères à ce secteur et, en particulier, dans la période 1975-1985, de firmes « multinationales » déjà présentes dans le secteur de la phytopharmacie (Ciba-Geigy, Shell, Sandoz, Upjohn, Monsanto, Elf, Rhône-Poulenc).

La concurrence prend, à cet égard, une dimension internationale très affirmée. L'enjeu en est considérable, puisque la création de variétés peut être regardée comme le premier maillon de la chaîne agro-alimentaire et un facteur important d'accroissement de la production et des revenus agricoles. Aussi, eu égard à la position relativement menacée de la France, dont la balance commerciale est déficitaire en termes de droits d'obtention, le Gouvernement a été amené à retenir le secteur semences comme un secteur agricole « stratégique » et à entreprendre une politique d'aide à la création variétale visant notamment à inciter les entreprises obtentrices à s'unir sur des objectifs communs de recherche en association avec un ou plusieurs laboratoires publics.

Au stade aval de la filière, c'est-à-dire sur le marché des semences proprement dit, l'acuité de la concurrence est un peu moins perceptible. Ceci s'explique notamment par le fait qu'un grand nombre d'établissements producteurs sont des coopératives qui bénéficient, dans une certaine mesure, de la clientèle « captive » de leurs adhérents. Mais chaque marché présente des singularités. Outre la spécificité du marché des semences d'endives hybrides, qui ne met aux prises que cinq concurrents, établissements producteurs agréés par l'I.N.R.A., sur une zone géographique limitée au Nord de la France, il convient de relever les différences existant entre le marché des semences de céréales à paille et le marché des semences de maïs.

- le marché des semences de céréales à paille (6 761 000 quintaux en 1983-1984), dominé notamment par trois grands groupes (Expanssem, Claeys-Luck, Vilmorin Grandes Cultures) est un marché où la concurrence par les prix tend à demeurer relativement vive. Ceci s'explique par la conjoncture de deux facteurs. D'une part, bien que le coût de la semence soit assez modeste, comparé à celui des autres facteurs de production de la céréale de consommation, l'agriculteur y demeure d'autant plus attentif qu'il n'est pas contraint d'acheter des semences certifiées : il peut en effet, moyennant un traitement assez sommaire, resemer une partie de la céréale de consommation qu'il a produite. Cette « semence à la ferme », dont le coût est très inférieur à celui de la semence certifiée que vendent les établissements producteurs, est peu performante en termes de qualité germinative et de rendement. Elle n'en constitue pas moins une alternative pour l'agriculteur, assez irrationnelle à moyen terme, mais séduisante à court terme. Ainsi la demande apparaît-elle comme instable et « volatile », le taux d'utilisation des semences certifiées atteignant à peine 60 p. 100. D'autre part, le marché est structurelle-

ment en situation de sur-offre parce que, notamment, les obtenteurs délivrent largement les licences pour promouvoir leurs variétés et qu'il n'y a pas de limitation des surfaces de multiplication. Aussi des excédents apparaissent-ils à chaque campagne chez les établissements producteurs : ceci incite certains établissements, en particulier des coopératives, pour lesquelles la semence peut ne constituer qu'un produit d'appel, à vendre la semence à des prix très bas, voire à perte, afin de ne pas avoir, en fin de campagne, des stocks d'invendus trop importants et de ne pas devoir déclasser les semences en les vendant comme de la céréale de consommation. Ainsi, sauf en ce qui concerne les variétés nouvelles, généralement très demandées, les prix sont « tirés » à la baisse. Les marges des établissements producteurs sont en conséquence très étroites.

- le marché des semences de maïs (814 000 quintaux en 1983-1984), dominé, au stade de la commercialisation comme à celui de l'obtention, par les deux groupes France-Maïs et Limagrain, est au contraire un marché où la concurrence joue très peu par les prix mais bien davantage par le potentiel de rendement apporté par la variété. En raison du caractère hybride de la plante, l'agriculteur est en effet contraint de se procurer de la semence certifiée sans pouvoir la resemer. Comme, par ailleurs, la dose de semence par hectare est faible, il peut accepter de payer un prix au quintal élevé s'il pense pouvoir disposer d'une variété de très bonne qualité. L'élasticité de la demande par rapport au prix est donc faible. Certes, comme sur le marché des semences de céréales, il y a des excédents, mais ceux-ci sont moins importants et peuvent se révéler utiles pour faire face aux aléas climatiques : le marché des semences de maïs est en effet segmenté par types de précocité de la plante, correspondant aux différentes zones climatiques de la France, ce qui oblige les établissements à maintenir d'importants stocks pour chaque type de précocité. Le déclassement de la semence de maïs de consommation est exceptionnel ; les prix demeurent soutenus et les marges importantes.

Cette analyse comparative des marchés, qui montre que, par nature, le marché des semences de céréales à paille est plus concurrentiel que celui des semences de maïs, doit être toutefois quelque peu nuancée dans la mesure où le second marché est plus exposé à la concurrence internationale. En ce qui concerne les semences de céréales à paille, les échanges internationaux sont limités notamment en raison du coût du transport, lié au poids élevé des doses à l'hectare. En revanche, la concurrence de pays extérieurs à la Communauté Economique Européenne se fait sentir sur le marché des semences de maïs : les établissements producteurs de la Communauté, y compris, d'ailleurs, certains grands établissements français, préfèrent parfois faire multiplier leurs semences techniques, à des conditions avantageuses, dans les pays de l'Europe danubienne, puis réimporter les semences commercialisables ; ils importent également sur le marché libre les surplus de production des Etats-Unis. Ces importations de semences à bas prix peuvent perturber le marché français, mais c'est en définitive surtout sur les marchés libres de l'Europe occidentale, et en particulier sur le marché allemand, qu'elles posent des problèmes aux établissements français.

## II. - Les limites au jeu de la concurrence

Les limites assignées au jeu concurrentiel, tel qu'il tend naturellement à s'instaurer en fonction de l'environnement technique et économique ci-dessus décrit, trouvent leur origine à deux niveaux :

- celui du cadre légal et institutionnel dans lequel s'insèrent les activités de la filière « semences » ;
- celui du comportement des obtenteurs.

### A. - Le cadre légal et institutionnel :

Il tire en particulier sa spécificité de la complexité de la réglementation technique de la production de semences. Cette réglementation, largement dérivée de directives communautaires, institue, dans un but louable de sauvegarde de la qualité des produits, des modes de production et de contrôle de la production très rigoureux, qui impliquent une assez grande « administration » publique ou interprofessionnelle du secteur. A cet égard, le rôle central est dévolu au Groupement national interprofessionnel des semences (G.N.I.S.). Créé en 1941, réorganisé par un décret du 18 mai 1962, le G.N.I.S., organisme privé *sui generis* investi de missions de service public, financé essentiellement par cinq taxes parafiscales, représente les différentes catégories professionnelles intéressées par la sélection, la multiplication, la production, le commerce et l'utilisation des graines de semences et plants. Il dispose, sous le contrôle de l'administration, d'un pouvoir réglementaire délégué pour fixer les règles d'organisation de la production, du contrôle de la qualité des semences et veiller à l'approvisionnement des marchés. Deux aspects de son activité sont plus particulièrement importants : d'une part, il élabore et propose à l'agrément du ministre de l'agriculture les conventions-types dont procèdent les liaisons contractuelles établies entre les établissements producteurs et les agriculteurs multiplicateurs. Ces conventions contiennent des clauses relatives aux conditions de production, aux modalités de livraison et aussi aux modalités de rémunération des agriculteurs-multiplicateurs ; d'autre part, il assume, par l'intermédiaire du Service officiel de certification (S.O.C.), la responsabilité du contrôle de la qualité des semences. Le S.O.C. est un démembrement de l'administration du ministère de l'agriculture, dirigé par un fonctionnaire de ce même ministère en position de détachement, qui se trouve ainsi intégré, administrativement parlant, à un organisme interprofessionnel dont il absorbe environ 70 p. 100 du budget. Cette situation paradoxale témoigne tout à la fois de la puissance et de la fragilité du G.N.I.S. : le groupement, qui entretient des liens étroits avec le ministère, est le pivot de la filière « semences ». Toutes les résolutions qui peuvent être prises par les obtenteurs, en ce qui concerne, par exemple, la programmation des quantités produites ou la régulation des prix, trouvent nécessairement un écho, sinon une confirmation tacite, en son sein.

Mais plus encore que par les réglementations techniques, le contexte juridique dans lequel se situent les activités de la filière est marqué par l'existence du régime de protection des obtentions végétales. Ce régime découle des dispositions de la loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales. Un comité de protection des obtentions végétales, placé auprès du ministre de l'agriculture, présidé par un magistrat et composé de personnalités qualifiées, examine les variétés nouvelles et délivre des certificats d'obtention végétale à

celles qui satisfont aux critères d'une différenciation suffisante, d'homogénéité et de stabilité. La durée du certificat d'obtention est de vingt ans pour les variétés de céréales à paille, de vingt-cinq ans pour les variétés de maïs. L'article 3 de la loi confère au titulaire d'un certificat d'obtention « un droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire (...) à vendre ou à offrir en vente tout ou partie de la plante ou tous les éléments de reproduction ou de multiplication végétative de la variété considérée et des variétés qui en sont issues par hybridation lorsque leur reproduction exige l'emploi répété de la variété initiale ». Cette disposition essentielle se justifie par la nécessité de placer les obtenteurs dans une situation juridiquement protégée, afin qu'ils puissent valoriser le produit de leurs recherches. Mais en scellant légalement le privilège des obtenteurs, elle leur donne, de facto, un pouvoir d'intervention sur l'aval du secteur - celui de subordonner la délivrance des licences à des conditions d'exploitation fixées par eux - et un pouvoir de sanction - celui de retirer les licences. Malgré la réalité du contre-pouvoir des producteurs et multiplicateurs, notamment lorsqu'ils appartiennent au secteur coopératif, ce pouvoir des obtenteurs engendre de leur part des comportements dont la régularité au regard du droit de la concurrence doit faire l'objet d'un examen attentif.

B. - *Les pratiques dont il faut apprécier la légalité sont les suivantes :*

a) La politique de « gestion » des variétés par les obtenteurs.

Par « gestion » de variétés, il faut entendre un mode de valorisation des variétés par l'obtenteur qui repose sur une plus ou moins grande sélection de ses licenciés et sur l'élaboration concertée d'une politique de production, voire de commercialisation des variétés.

Dans le secteur des semences de maïs, les variétés, sauf les variétés I.N.R.A., sont *fermées*, c'est-à-dire qu'aucune licence n'est délivrée : la « gestion » des variétés est une gestion autonome de l'obtenteur qui n'implique, par définition, aucune concertation ou entente.

Dans le secteur des semences de céréales, les variétés, au contraire, sont en principe *ouvertes* : les licences sont délivrées très libéralement. Mais pour chaque variété peut se constituer un « club variétal », comprenant l'obtenteur et ses licenciés, aux fins de réguler les conditions de production et de vente des semences de la variété considérée. Dans leur forme actuelle, les clubs variétaux sont le fruit de l'évolution du rapport de forces entre obtenteurs et producteurs. Ils trouvent leur origine dans une suite de conventions passées entre les uns et les autres, connues sous le nom d'« accords Lequetier ». Le premier de ces accords, conclu le 12 juin 1970 entre les représentants de l'U.N.C.A.C., d'une part, la C.G.L.V. et neuf obtenteurs, d'autre part, entérinait, sous le régime nouveau de la loi du 11 juin 1970, la pratique antérieure consistant en la délivrance libérale de licences, tout en instaurant une réserve au profit des obtenteurs en ce qui concerne la production des semences de base. Par la suite, les accords (15 mai 1975, 3 décembre 1980, 26 novembre 1982), élargis à d'autres partenaires, ont réaffirmé la règle de la délivrance libérale des licences en y apportant trois correctifs : en premier lieu, cette règle est, sur un plan formel, posée

comme une exception, les obtenteurs acceptant de consentir libéralement des contrats de licence ou de sous-concession « pour les variétés arrivant en cinquième année de commercialisation » seulement ; en second lieu, un « comité de liaison », groupement de fait incluant des représentants des deux parties à la convention ainsi que des agriculteurs utilisateurs, veille à la bonne application des accords et fixe le montant des droits de licence ; enfin, des groupes variétaux (ou clubs variétaux) sont créés, qui se définissent comme le rassemblement, sur la base d'un protocole particulier, établi pour chaque variété, de l'obtenteur et des producteurs de semences de base aux fins d'étudier les conditions d'organisation de la production et de la commercialisation desdites semences. La constitution de clubs variétaux est donc l'usage en ce qui concerne la production des semences de base. Des clubs variétaux se sont également formés, en plus petit nombre et de manière plus informelle, en vue d'organiser la production et la vente de semences certifiées. La nature exacte de leurs objectifs apparaît dans ce cas plus incertaine et plus variable d'un groupe variétal à l'autre.

Dans le secteur des semences d'endives hybrides, les variétés françaises, qui jusqu'à une date récente étaient toutes des variétés I.N.R.A., sont *semi-fermées*. L'I.N.R.A., en effet, n'a pas une politique libérale de délivrance des licences. Au contraire, l'Institut a pour politique de sélectionner ses partenaires de recherche, qui deviennent des licenciés ou, pour reprendre la terminologie en vigueur dans le secteur, ses *multiplicateurs agréés*. A partir de là, dans un souci de valorisation optimale de sa recherche, l'I.N.R.A. ferme l'entrée du « club multi-variétal ». Ainsi, après la mise au point, en 1968, de la première variété hybride d'endive, l'I.N.R.A. a dû chercher des multiplicateurs pour assurer la production de ses variétés. En raison du travail de recherche que deux organisations professionnelles, l'Association des créateurs de variétés florales et potagères (A.C.V.F.P.), qui regroupe des obtenteurs, et la Fédération nationale des producteurs d'endives (F.N.P.E.), qui regroupe des agriculteurs multiplicateurs, des producteurs grainiers et des endiviers, avaient effectué à ses côtés, l'I.N.R.A. a jugé bon de donner une priorité aux adhérents de ces deux organisations. C'est ainsi que l'I.N.R.A. a délégué la multiplication de ses nouvelles variétés d'endives à huit professionnels désignés sur proposition des organisations en cause : quatre proposés par l'A.C.V.F.P. : France-Graines, Vilmorin, Truffaut et Clause ; quatre autres par la F.N.P.E. : MM. Bourgeois, Christiaens, Hoquet et Vercruysse. De nouvelles variétés d'hybrides I.N.R.A. sont apparues, de plus en plus performantes et appréciées par les endiviers ; mais les établissements multiplicateurs agréés par l'I.N.R.A., dont le nombre a été ramené de huit à cinq, demeurent les seuls à avoir le droit de produire de la semence hybride des variétés I.N.R.A. Or, depuis près de quinze ans, deux producteurs de semences d'endives traditionnelles, M. Meuninck, d'Orchies, et M. Goddyn, de Marcq-en-Barœul, ont manifesté auprès de l'I.N.R.A. leur souhait d'être admis au sein du club des multiplicateurs agréés de semences hybrides I.N.R.A. Il ne leur a été opposé que des réponses négatives, fondées sur les motifs les plus divers, ou, dans le meilleur des cas, dilatoires. Le cercle des multiplicateurs agréés de semences hybrides I.N.R.A. s'avère donc impénétrable.

b) Les interventions des obtenteurs sur la fixation par les établissements producteurs des prix à la première vente.

Ces interventions peuvent résulter de « dérapages » dans l'activité des groupes variétaux, dont la vocation première est la programmation des productions.

Elles ont revêtu, dans le cas des semences de céréales à paille, une forme institutionnalisée, de portée générale et révélée à l'administration : l'établissement d'un prix de revient minimum industriel (P.R.M.I.), conçu comme un prix plancher pour la première vente des semences certifiées de céréales à paille.

C'est la Caisse de gestion des licences végétales et le « comité de liaison » qui sont à l'origine de l'institution du P.R.M.I., qui en ont élaboré le mécanisme et qui ont contrôlé son application. Il s'agit donc d'un système conçu par les obtenteurs, vis-à-vis duquel l'interprofession témoigne toutefois d'une attitude bienveillante.

Le principe en est le suivant : les obtenteurs, soucieux d'empêcher une baisse trop accentuée du prix de vente de certaines de leurs variétés, s'entendent pour ajouter aux contrats qu'ils passent avec les établissements multiplicateurs une clause faisant obligation aux établissements de vendre la semence commerciale produite « à un prix au moins égal au prix de revient tel qu'il peut être calculé en fonction du prix d'achat de la semence technique et des frais fixes incompressibles ». Le prix de revient auquel il est fait référence est établi par la C.G.L.V. de la façon suivante : pour chaque poste du prix de revient (rémunération des agriculteurs multiplicateurs, coûts industriels de main-d'œuvre, énergie, matériel et entretien, frais de contrôle et de sacherie, frais liés à l'existence de déchets de production, coût des taxes versées au G.N.I.S. et des redevances versées à l'obteneur, coût de financement de deux mois de stock, autres frais financiers), une valeur plancher est retenue. Le prix calculé est un prix de revient en ce qu'il n'inclut pas la marge de l'établissement ; c'est un prix de revient « industriel » en ce qu'il n'inclut pas non plus les frais de gestion, de promotion et de commercialisation. Enfin, compte tenu de son mode de calcul, c'est un prix de revient industriel minimum puisque, en théorie, chaque poste de dépense est pris pour sa valeur minimale.

Le système a tout d'abord fonctionné officieusement en 1980-1981. Puis, à partir du mois de mars 1981, la C.G.L.V. a sollicité du ministère de l'économie une autorisation de pratiquer ouvertement le P.R.M.I., sous la forme, par exemple, d'un arrêté portant dérogation à l'interdiction de fixation d'un prix minimum, énoncée par l'article 37-4° de l'ordonnance du 30 juin 1945. Le ministère n'a pas manifesté formellement son opposition, sans pour autant prendre d'arrêté, de sorte que le système a fonctionné plus ouvertement en 1981-1982 et 1982-1983. Il a été abandonné en 1983-1984 et 1984-1985, dès que le ministre de l'économie, pour fixer sa doctrine, a saisi la Commission.

Pendant la période de mise en œuvre de ce système, les établissements vendant de la semence à un prix inférieur au P.R.M.I. devaient, en principe, se voir sanctionnés par le refus de la C.G.L.V.-Sicasov de leur délivrer de nouvelles licences ou sous-concessions, tout au moins en ce qui concerne la variété en cause. Dans la pratique cependant, il n'a été fait application de cette sanction qu'à deux

reprises, vis-à-vis de petits établissements, et à titre d'exemple : le 25 mai 1982, à l'encontre, de la société Gagnevin qui avait vendu de la semence de blé à un prix très légèrement inférieur au P.R.M.I. ; à la même date, à l'encontre de la coopérative agricole de la région de Puisieux, qui avait, pour sa part, proposé à ses adhérents de l'orge de brasserie à un prix très nettement inférieur au P.R.M.I.

Les obtenteurs, par la voix de la C.G.L.V., souhaitent que l'application du P.R.M.I., qu'ils estiment juridiquement admissible et économiquement indispensable, soit expressément admise par la Commission.

c) Le contrôle par les obtenteurs des circuits de distribution.

Dans le secteur des semences de maïs, davantage que dans celui des semences de céréales, les obtenteurs, qui contrôlent directement la production et sont donc proches de l'aval de la filière, cherchent à maîtriser les circuits de distribution.

Cette recherche d'influence peut revêtir trois formes :

- *la distribution sélective* : plusieurs obtenteurs, producteurs de semences de maïs, sélectionnent les distributeurs de leurs variétés, afin de s'assurer que les conditions de vente pratiquées par lesdits distributeurs garantissent une bonne valorisation des variétés en cause. A défaut, ils mettent fin à leurs relations commerciales avec les intéressés. Dans un cas au moins, la mise en œuvre par un obtenteur d'une politique de distribution sélective a donné lieu à un litige dont les tribunaux ont eu à connaître. En l'occurrence, la société Phyto-Service, qui privilégie la vente dite « en discount », laquelle est effectuée à des prix plus bas que la vente selon les méthodes traditionnelles mais n'inclut pas de service de conseil ou d'assistance technique, a porté plainte contre l'un de ses fournisseurs, la société Limagrain, parce que cette société, invoquant le caractère anormal des demandes d'achat de Phyto-Service, avait cessé de l'approvisionner en semence de maïs.

Au-delà de ce litige particulier, se pose une question de principe puisque, selon la Fédération nationale de la production des semences de maïs et de sorgho (F.N.P.S.M.S.), « la distribution des semences de maïs passe nécessairement par un système de distribution sélective » :

- *la pratique des « prix indicatifs culture »* : les établissements producteurs de semences de maïs, tout au moins certains d'entre eux, ont pris l'habitude de diffuser à l'usage des distributeurs - négociants ou coopératives - des « prix indicatifs culture », qui sont des prix conseillés pour la revente des semences aux agriculteurs utilisateurs ;

- *la pratique de remises de fin de campagne* : en sus des remises sur facture, consenties lors de l'achat par le distributeur, les établissements producteurs de semences de maïs pratiquent des remises de fin de campagne qui ne sont accordées qu'après que le distributeur a revendu les semences, voire même largement après la fin de la campagne. Ces remises sont quantitatives ou qualitatives. Elles font obstacle à ce que le distributeur connaisse exactement, au moment de la revente, le prix d'achat de la semence : par suite ces ristournes nuisent à la transparence des prix et conduisent à un relèvement du prix de revente, dicté par des motifs de précaution, sans justification économique.

L'existence des pratiques qui permettent aux obtenteurs de s'assurer un certain contrôle des circuits de distribution est reconnue, voire revendiquée par l'interprofession. En l'état, la Commission ne disposerait cependant pas, sur ces questions, d'éléments d'information suffisamment précis pour isoler et qualifier telle ou telle infraction, mais les règles applicables sont rappelées ci-dessous (III d).

### III. - Les critiques au regard du droit de la concurrence

La régularité des pratiques analysées ci-dessus au regard des exigences d'un fonctionnement plus concurrentiel du marché doit être appréciée en tenant compte de l'existence du droit spécifique que les obtenteurs tiennent de l'article 3 précité de la loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales : droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire, à vendre ou à offrir en vente les semences appartenant à la variété protégée. Toutefois, la circonstance qu'un produit soit couvert par un certificat d'obtention végétale n'exclut pas que les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix puissent trouver application :

- soit lorsque les comportements entre entreprises à propos de ce produit, quand bien même ils se rattacheraient à l'exécution d'un accord de cession de licence, s'analysent en des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ;

- soit lorsque les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique ont pour objet ou peuvent avoir pour effet, alors même qu'elles se fondent sur la possession d'un certificat d'obtention végétale, d'entraver le fonctionnement normal du marché.

L'application des principes du droit de la concurrence, combinés avec ceux du droit des obtentions végétales, conduit aux conclusions suivantes :

a) *En ce qui concerne la constitution et les activités des groupements dénommés « clubs variétaux » dans le secteur des semences de céréales à paille.*

La constitution des clubs variétaux proprement dits, c'est-à-dire la possibilité, pour un obtenteur, de ne délivrer de licences qu'à un nombre déterminé de producteurs, en faisant jouer une règle de *numerus clausus*, n'encourt aucune critique sous la réserve de ce qui sera dit ci-après.

La loi du 11 juin 1970 garantit en effet à l'obteneur le droit exclusif à produire. Il en résulte que nul ne peut produire des semences de la variété protégée sans le consentement exprès de l'obteneur, consentement qui se traduit par la signature d'un contrat de concession d'une licence d'exploitation. Le principe de la liberté contractuelle implique que les parties au contrat sont libres de s'engager, et le consentement de l'obteneur ne peut être forcé. Ce principe s'applique sans restriction en l'absence de texte en limitant la portée ou y dérogeant dans une matière déterminée.

Or, en l'espèce, aucune disposition législative ne restreint la portée du principe de la liberté contractuelle, en tant qu'il permet à l'obteneur de choisir ses licenciés et donc d'en limiter le nombre. En particulier, les dispositions de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relatives au refus de vente ne trouvent pas à s'appliquer en matière de concession de licences : le refus de concéder une licence ne peut pas s'analyser juridiquement comme un refus de satisfaire une demande d'achat de produit ou une demande de prestation de services ; le refus corrélatif de vendre des semences de base à un établissement non licencié est par ailleurs légitime en raison du caractère anormal de la demande de cet établissement.

Ainsi, un obtenteur n'est jamais obligé de concéder des licences : il peut légalement se réserver l'intégralité de la production de ses variétés. S'il décide, pour une variété déterminée, de concéder une licence à un établissement, il n'en conserve pas moins le droit de refuser de concéder d'autres licences à d'autres producteurs. En effet, la concession d'une licence ne le dessaisit en rien du droit exclusif à produire et à vendre qui lui est conféré par la loi. Il en est de même de la concession de plusieurs licences.

Ceci fonde, dans l'absolu, la légalité de la pratique de délivrance de licences exclusives, ainsi que celle de la concession de licences à un nombre restreint de licenciés, c'est-à-dire de la constitution d'un club variétal.

Il faut, à cet égard, admettre en particulier la légalité de la constitution d'un club variétal au regard des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. En effet, un club variétal ne peut pas, du seul fait de son existence, être regardé comme un système de conventions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 50.

Toute autre est la question de la légalité des activités des clubs variétaux en tant que groupements organisés de gestion des variétés. Comme indiqué ci-avant, la légalité de ces activités doit être appréciée au regard des dispositions de l'article 50 et du 2° de l'article 51 de l'ordonnance du 30 juin 1945, sans qu'elles puissent trouver de justifications particulières dans l'existence d'un régime légal de protection des obtentions végétales.

En ce qui concerne les clubs variétaux existant dans le secteur des semences de céréales à paille, les actions concertées entreprises sous la direction de l'obteneur concernent la programmation des quantités à produire, par exemple par la fixation de quotas de production assignés aux délégataires ou aux licenciés et, plus rarement, la fixation des prix de vente de la semence produite par les licenciés.

Les actions concertées relatives à la production des semences de base ne sont pas critiquables. Les semences de base sont, en principe, destinées à la production de semences certifiées. Elles ne sont pas commercialisées sur un marché concurrentiel mais sont rachetées par les obtenteurs ou, plus exceptionnellement, par leurs licenciés. Dans ces conditions, la circonstance que les quantités de semences de base à produire par les délégataires soient fixées à l'avance par l'obteneur et que les prix de vente de ces semences par les délégataires soient uniformisés - ce qui d'ailleurs est davantage le fait de l'interprofession que des clubs variétaux - ne peut avoir pour effet de fausser une concurrence qui ne peut pas, en

tout état de cause, réellement s'exercer. Au demeurant, la programmation par les obtenteurs et la répartition entre délégataires de la production des semences de base trouvent une justification économique : elles permettent de gérer au mieux le risque climatique et de planifier raisonnablement, compte tenu des aptitudes techniques de chaque délégataire, les disponibilités de l'obteneur en vue de la production de semences certifiées, conformément à la stratégie commerciale arrêtée pour la variété en cause.

En revanche, les actions concertées relatives à la production des *semences certifiées* peuvent fausser le fonctionnement du marché, puisque la vente de semences certifiées aux agriculteurs utilisateurs s'effectue, en principe, dans un cadre réellement concurrentiel. Il y a lieu, toutefois, de ce point de vue, de distinguer le problème de la fixation de quotas de production par l'obteneur de celui de la fixation concertée des prix de vente de la semence certifiée.

La fixation de quotas est tolérable. En effet, l'obteneur étant pratiquement le seul détenteur des semences de base, le problème de la légalité de l'attribution par l'obteneur de quotas de production de semences certifiées à ses licenciés se ramène à celui de la légalité de la répartition par l'obteneur des semences de base entre lesdits licenciés. Or l'obteneur possède en début de campagne un certain stock de semences de base, de sorte que, pour satisfaire les demandes des licenciés, il est nécessairement conduit à opérer une répartition, selon des critères dont il est juge. La circonstance que cette répartition soit arrêtée, a priori, avant le début de la campagne, au sein du club variétal, et qu'elle fasse l'objet d'une concertation entre les intéressés, n'est pas en soi révélatrice d'une pratique anticoncurrentielle.

En revanche, les pratiques de fixation concertée des prix de vente de la semence certifiée au sein des groupes variétaux constituent des accords susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et doivent être dénoncées comme tels, lorsqu'elles sont établies.

Il convient par conséquent que les activités des groupes variétaux soient limitées aux missions qui leur étaient dévolues par les accords Lequertier du 15 mai 1975 et que le « comité de liaison » s'abstienne de toute intervention en matière de prix.

b) *En ce qui concerne la constitution, par l'I.N.R.A. et sa filiale Agri-Obtentions, d'un club d'établissements multiplicateurs agréés dans le secteur des semences d'endives.*

Conformément à ce qui a été indiqué à propos du secteur des semences de céréales à paille, le principe de la constitution par l'I.N.R.A., puis par sa filiale Agri-Obtentions, chargée de valoriser la recherche de l'institut en matière de sélection végétale, d'un « club » de multiplicateurs agréés en vue de la production de semences d'endives n'est pas intrinsèquement condamnable.

Toutefois, les conditions d'accès à ce « club » devraient être précisées pour tenir compte des considérations suivantes.

En premier lieu, les variétés d'endives, y compris les variétés hybrides, ne sont pas des variétés protégées puisqu'il n'y a pas de catalogue officiel des variétés d'endives, ni de certification officielle des semences d'endives, de sorte que les variétés d'endives ne peuvent pas faire l'objet de certificats d'obtention végétale.

En deuxième lieu, l'I.N.R.A., par l'intermédiaire de sa filiale Agri-Obtentions, a certes pour mission de valoriser les résultats de ses recherches. Mais il n'en a pas moins pour vocation de diffuser les résultats de recherches qui, pour l'essentiel, font l'objet d'un financement public.

En troisième lieu, l'I.N.R.A. et Agri-Obtentions ont une position dominante dans le secteur des semences d'endives : jusqu'à une date récente ils possédaient le monopole de fait des droits d'exploitation des variétés d'endives hybrides disponibles sur le marché. Aujourd'hui encore, toutes ces variétés, à l'exception d'une variété mise au point par la société Clause, sont des obtentions de l'I.N.R.A., valorisées par Agri-Obtentions. Les variétés d'endives « populations » sont techniquement très inférieures ; elles représentent une faible part du marché et sont en régressions constante.

Eu égard à cette position dominante et accessoirement au fait que les variétés d'endives ne sont pas légalement protégées et ont été créées en grande partie grâce à un financement public, l'I.N.R.A. ne peut limiter le nombre de ses producteurs agréés que sous certaines conditions : il doit s'abstenir de toute discrimination fondée soit sur des critères subjectifs ou arbitraires, soit sur des justifications inexactes.

Or, depuis 1972, l'I.N.R.A., puis Agri-Obtentions ont opposé aux demandes de MM. Meuninck et Goddyn, candidats à l'octroi de licences de production des variétés hybrides, des refus systématiques fondés sur les prétextes les plus divers.

Les motifs invoqués par l'I.N.R.A. pour refuser de céder des licences ont évolué, mais se rattachent à quatre arguments principaux :

- à la différence des établissements agréés, les deux établissements candidats auraient refusé, en temps opportun, de s'associer aux recherches de l'I.N.R.A. sur les variétés hybrides d'endives et de prendre la part de risque financier inhérente à ces recherches ;
- ils n'auraient pas été adhérents de la Fédération nationale des producteurs d'endives (F.N.P.E.) ;
- ils ne posséderaient pas une qualification technique suffisante ;
- ils ne pourraient, s'ils étaient agréés, que contribuer à alimenter la surproduction structurelle qui, selon l'I.N.R.A., régnerait sur le marché.

Ces motifs sont mal fondés :

- il est, en premier lieu, normal que, du moins dans une phase initiale, un obtenteur accorde une priorité, dans la délivrance de ses licences, à des établissements qui ont contribué à son effort de recherche, soit financièrement, soit par des prestations de services au stade de l'expérimentation des variétés. Cependant, ceci ne saurait justifier une mise à l'écart définitive des autres producteurs, alors surtout qu'en l'espèce il est constant que M. Goddyn, par exemple, n'a pas été invité, à l'origine, à s'associer à l'effort de recherche de l'I.N.R.A. sur les endives hybrides et que, par la suite, il a proposé à plusieurs reprises à l'I.N.R.A. de participer financièrement à la poursuite de ses recherches ;

- en deuxième lieu, il n'est pas admissible qu'un obtenteur, quel qu'il soit, puisse subordonner la délivrance de licences à certains établissements, titulaires de cartes de producteurs et régulièrement répertoriés par l'interprofession, à la condition que ces établissements adhèrent à un syndicat professionnel déterminé ;

- il est, en troisième lieu, regrettable que l'I.N.R.A. ait pu opposer aux deux candidats malheureux leur prétendu manque de qualification technique sans définir complètement quels étaient les critères de compétence technique qui, selon l'institut, fondaient la supériorité des établissements agréés ;

- il est, enfin, exagéré d'invoquer un risque de surproduction alors que l'I.N.R.A., qui détient la totalité des lignées parentales, est en mesure de programmer la production et que l'exclusion de MM. Meuninck et Goddyn du cercle des multiplicateurs agréés a eu pour principal effet d'inciter les deux intéressés à se reporter sur la production de variétés belges et hollandaises qui ont, de ce fait, retrouvé place sur le marché français.

Bien que MM. Meuninck et Goddyn puissent effectivement s'approvisionner auprès des établissements agréés et donc revendre des semences d'endives hybrides, l'attitude adoptée par l'I.N.R.A. puis par Agri-Obtentions vis-à-vis d'eux a eu pour effet de les exclure durablement du marché de la production et de créer une rente de situation au profit des établissements agréés : elle a constitué une entrave au fonctionnement normal du marché.

Tout en reconnaissant à l'I.N.R.A. le droit de choisir ses licenciés et même d'en limiter le nombre, il y a lieu de recommander :

- qu'à l'avenir l'institut définisse de façon claire, pour chaque variété, les critères techniques en fonction desquels sont décidées les délivrances de licences ;

- que s'il coopère en matière de recherche avec des groupements professionnels, les conditions et la durée d'une telle coopération soient clairement définies ;

- qu'il veille à ce qu'au sein des clubs variétaux qui se forment en vue de la production des semences des variétés I.N.R.A., ne se développent pas des pratiques irrégulières de concertation sur les prix.

Dans l'immédiat, la situation injustifiée faite à MM. Meuninck et Goddyn devrait être réexaminée par l'Institut.

c) *En ce qui concerne l'institution d'un prix de revient minimum industriel dans le secteur des semences de céréales à paille.*

La fixation par la Caisse de gestion des licences végétales d'un prix de revient minimum industriel s'imposant aux établissements titulaires de licences sous peine du retrait de celles-ci est susceptible, sous réserve de l'application de l'article 51, de constituer une entente sur les prix, au sens des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. La fixation du P.R.M.I. résulte en effet d'une concertation, au sein de la C.G.L.V., entre plusieurs obtenteurs.

La C.G.L.V. a fait valoir que, loin de constituer une entrave à la concurrence, la fixation d'un prix de revient minimum aurait au contraire pour objet de rétablir une concurrence saine sur le marché. Elle ferait en effet obstacle au recours, par certains établissements, à des pratiques de vente à perte ou de vente à prix d'appel.

Cette argumentation est mal fondée :

- d'une part si l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière interdit « la revente de tout produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat

effectif », cette interdiction ne vise que les revendeurs et, par suite, le seul secteur de la distribution. Elle ne s'applique donc pas à la vente par un producteur à un prix inférieur au prix de revient. Le P.R.M.I. ne trouve ainsi aucune justification dans les dispositions législatives interdisant la vente à perte ;

- d'autre part, le P.R.M.I. ne peut pas davantage être regardé comme un mode de sanction de pratiques déloyales de concurrence revêtant la forme de ventes à prix d'appel. L'abaissement discriminatoire des prix, tel que par exemple certaines coopératives ou certains établissements privés peuvent le pratiquer en soldant en fin de campagne les semences de telle ou telle variété, ne caractérise pas en effet, à lui seul, la pratique de vente à prix d'appel, en l'absence d'actions spécifiques de promotion liées à la vente litigieuse et dès lors que les quantités disponibles ne sont pas insuffisantes ;

- au demeurant, quelles que soient les conditions de concurrence existant sur le marché, la C.G.L.V. ne peut exercer légalement aucun pouvoir de police des prix, surtout en recourant à des pratiques concertées que la loi prohibe.

La C.G.L.V. a également soutenu que le P.R.M.I. ne constituerait pas un prix de vente, mais un prix de revient, puisqu'il n'inclut aucune marge.

Cependant, dès lors que la vente des semences à un prix inférieur au prix de revient, donc avec un taux de marge négatif, est également admissible, le P.R.M.I. est bien un prix de vente minimal, alors même que, techniquement, il serait calculé comme un prix de revient. En outre, la vente à un prix inférieur au P.R.M.I. est sanctionnée par le non-renouvellement des licences concédées.

Le système du P.R.M.I., qui a pour effet de restreindre le jeu de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement du prix de vente des semences certifiées par les établissements producteurs, est donc visé par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945. Il y a donc lieu d'apprécier si ce système repose sur des justifications économiques suffisantes pour permettre d'appliquer les dispositions du 2<sup>o</sup> de l'article 51 de cette ordonnance.

La C.G.L.V. fait essentiellement valoir que l'institution du P.R.M.I. répond à deux objectifs économiques, qui, selon elle, sont vitaux pour le fonctionnement de la filière :

- le premier objectif est d'assurer une valorisation suffisante de l'effort de recherche des obtenteurs ;

- le deuxième objectif est de protéger le réseau des producteurs en évitant une concentration excessive de la production entre les mains des coopératives.

Sans doute la réalisation de ces objectifs aurait-elle pour effet « d'assurer le développement du progrès économique » dans le secteur des semences de céréales à paille. La question est donc de savoir si et dans quelle mesure l'institution du P.R.M.I. peut effectivement y contribuer.

Le P.R.M.I. a pour effet direct de bloquer la baisse des prix des variétés les moins prisées par les agriculteurs, qui, en l'absence de tout butoir, se produit naturellement, en fin de campagne, sous l'effet du jeu de l'offre et de la demande.

Son premier effet indirect serait, selon la C.G.L.V., de garantir aux obtenteurs que celles de leurs variétés qui ne sont pas parmi les plus attractives, c'est-à-dire en général leurs variétés assez anciennes, soient vendues à un prix relativement élevé. A défaut, « l'image de marque » de la variété

serait atteinte et, dès la campagne suivante, les agriculteurs l'abandonneraient. Par conséquent, selon les obtenteurs, le P.R.M.I., en contrecarrant la tendance au délaissement de certaines variétés, due davantage à des facteurs psychologiques qu'à une obsolescence objective, permettrait d'allonger la « durée de vie » moyenne des variétés, de freiner le rythme d'apparition de variétés nouvelles, lesquelles n'apportent pas toujours un avantage substantiel aux agriculteurs, et donc d'assurer une meilleure rémunération de l'effort de recherche.

Sur ce premier point, l'analyse faite par la C.G.L.V. appelle quelques réserves.

En premier lieu, le P.R.M.I. n'a pas un effet direct sur la rémunération de l'obteneur, laquelle provient, d'une part, de la vente des semences de base et, d'autre part, de la perception de redevances proportionnelles aux quantités vendues et non pas aux prix de vente. En second lieu, à supposer que les comportements liés à la psychologie des agriculteurs aient l'importance que leur prêtent les obtenteurs, ces comportements ne paraissent pas devoir être substantiellement différents, selon que les semences d'une variété en déclin sont vendues à très bas prix ou, au contraire, qu'elles sont déclassées en céréales de consommation. Enfin, le postulat selon lequel il serait possible, par un mécanisme artificiel de contrôle des prix, de prolonger le succès des variétés les plus anciennes et d'atténuer la concurrence intervariétale, en ce qu'elle peut avoir d'excessif, paraît peu réaliste.

Le second effet indirect du P.R.M.I. serait, selon la C.G.L.V. de mettre un terme aux pratiques de certaines coopératives qui se servent de la semence comme « produit d'appel », afin de vendre par ailleurs des engrais ou des produits phytosanitaires et, surtout, de contrôler la collecte. Le P.R.M.I. aiderait donc les petits établissements producteurs à faire face à la concurrence des coopératives sans recourir à des agissements commerciaux irréguliers. Il garantirait donc le maintien d'un réseau de producteurs dense et diversifié, et contribuerait au dynamisme du secteur.

Sur ce second point, l'analyse de la C.G.L.V. peut, pour l'essentiel, être partagée. De fait, le P.R.M.I. permet aux petits établissements producteurs de n'être pas éliminés par les pratiques de prix des coopératives, pour lesquelles la vente des semences est une activité marginale, même si ces pratiques ne sont pas des pratiques de « prix d'appel » à proprement parler. Une baisse excessive du prix de la semence pourrait, au cours de certaines campagnes, s'avérer dommageable pour l'économie globale du secteur, alors surtout que le prix de la céréale de consommation est, en tout état de cause, un prix garanti dans le cadre d'une organisation communautaire de marché.

Il convient néanmoins de rechercher s'il est possible de faire obstacle à la baisse des prix, lorsqu'elle devient excessive, par d'autres moyens que celui de l'édiction d'un prix minimal.

Il est constant que la tendance à la baisse des prix des semences résulte de ce que l'offre de semences est structurellement excédentaire par rapport à la demande. Or les obtenteurs soutiennent qu'il ne serait ni possible ni même, dans une certaine mesure, souhaitable, d'ajuster quantitativement l'offre à la demande sans intervention directe sur les prix.

Cela, en premier lieu, ne serait pas possible : d'une part, la demande évoluerait de manière exogène en fonction notamment de l'évolution du taux d'utilisation des semences certifiées ; d'autre part, l'offre serait difficilement programmable, sauf à envisager un partage du marché entre les obtenteurs : mais un tel partage cristalliserait les positions des différents groupes, freinerait le progrès agronomique et génétique et, en tout état de cause, serait irrégulier au regard du droit de la concurrence. Etant observé que la recherche de débouchés extérieurs est difficile, compte tenu notamment du coût de transport de la semence, et que l'ajustement par les stocks ne peut être qu'un palliatif de très court terme, parce que les semences de céréales ne se conservent pas longtemps sans perdre leur faculté germinative, il apparaît donc, aux yeux des obtenteurs, qu'une politique volontariste d'adaptation de la production aux besoins est irréaliste.

A leurs yeux également, un ajustement parfait ne serait pas souhaitable : la production de semences de céréales devrait toujours être raisonnablement excédentaire afin, d'une part, de prévenir les conséquences d'accidents climatiques et, d'autre part, de permettre, compte tenu de la segmentation du marché par variétés, de satisfaire toutes les demandes qualitatives des agriculteurs.

Dans ces conditions, le système du P.R.M.I. est présenté par les obtenteurs comme la moins mauvaise des réponses possibles au problème de la baisse des prix : au-dessus du prix plancher, l'offre et la demande jouent normalement. Si, pour une variété donnée, l'excès de l'offre par rapport à la demande est tel que le prix tend à tomber en dessous du prix plancher, deux mécanismes stabilisateurs sont sensés entrer en jeu ; à court terme, un mécanisme de « soupape » : l'établissement, ne pouvant pas vendre en dessous du prix plancher, est obligé de vendre la semence en céréale de consommation, de sorte que l'excédent est reporté sur un autre marché, qui n'est pas perturbé pour autant, compte tenu de sa taille beaucoup plus importante ; à plus long terme, un mécanisme d'auto-régulation : l'établissement n'a d'autre alternative que de vendre la semence certifiée comme semence au prix de revient minimum ou, s'il ne trouve pas d'acquéreur, de la vendre comme céréale de consommation, à un prix très inférieur, et donc de subir une perte conséquente : cette pénalisation l'inciterait à limiter, l'année suivante, sa production de semences de la variété en cause.

De fait, un système de planification de la production, géré soit par les obtenteurs, soit même par l'inter-profession, serait peu efficace économiquement et peu compatible avec le respect des règles de la concurrence. En conséquence, une option paraît envisageable :

- soit un système de totale liberté des prix ;
- soit un système comportant effectivement un butoir sous la forme d'un prix de revient minimum.

Le maintien de la liberté des prix demeure le système le plus satisfaisant pour la concurrence, tout en paraissant compatible avec le développement des activités de la filière semences, tant au niveau de la recherche qu'à celui de la production.

Toutefois, compte tenu des spécificités du secteur des semences de céréales à paille et en particulier si l'on redoutait, en l'absence d'encadrement des prix, une tendance à la « fermeture » du marché, un système de prix de revient minimum pourrait être

regardé comme régulier, au regard du droit de la concurrence, pour autant que les conditions suivantes soient réunies :

- le prix de revient minimum devrait être élaboré au sein de l'interprofession afin que les producteurs et les agriculteurs utilisateurs soient associés à son calcul ;

- l'édiction de ce prix devrait faire l'objet d'un accord interprofessionnel conclu pour chaque espèce, pour la durée d'une campagne de vente. Cet accord devrait prévoir simultanément un prix maximum de première vente des semences certifiées, valable pour l'ensemble des variétés ;

- l'accord interprofessionnel pourrait, le cas échéant, lorsque la conjoncture laisserait craindre une chute généralisée des cours de la semence, être étendu par arrêté conjoint du ministre de l'agriculture et du ministre de l'économie et des finances, pris sur le fondement de l'article 2 de la loi n° 75-600 du 10 juillet 1975 relative à l'organisation interprofessionnelle agricole. Ceci implique que le G.N.I.S. puisse être préalablement reconnu comme organisation interprofessionnelle au sens de ladite loi ;

- les sanctions applicables aux producteurs en cas de violation de la règle fixée par l'accord étendu en matière de prix de revient seraient celles définies par l'article 4 de la loi du 10 juillet 1975 ;

- la C.G.L.V., qui sortait de son rôle statutaire en décidant la fixation du prix minimum et la mise en œuvre de sanctions par retrait de licences accordées n'interviendrait pas dans le mécanisme du P.R.M.I. ainsi modifié, sinon le cas échéant en apportant à l'interprofession un appui technique pour le calcul du prix.

Si un tel dispositif ne pouvait être fondé sur la loi du 10 juillet 1975, seule une application des dispositions du 4° de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945, qui permettent de déroger à l'interdiction des prix minima imposés, serait propre à rendre le système du prix de revient minimum industriel conforme à la loi, en vertu des dispositions de l'article 51 de la même ordonnance.

d) *En ce qui concerne le contrôle par les obtenteurs des circuits de distribution dans le secteur des semences de maïs.*

La commission, étant saisie sur le seul fondement de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1977, le présent avis n'a pas pour objet de qualifier tel ou tel comportement particulier, mais seulement de rappeler les règles applicables.

S'agissant, tout d'abord, des pratiques de distribution sélective, les exigences d'ordre qualitatif du producteur relatives aux services offerts au client par le revendeur ne sont admissibles que dans la mesure où trois conditions sont remplies :

- ces exigences doivent être justifiées eu égard aux caractéristiques particulières du produit. Au cas présent, la technicité de l'utilisation des semences de maïs, liée à la nécessité de connaître les meilleures conditions de germination de la semence, ne paraît pas telle qu'elle puisse justifier que soit mise à la charge du distributeur une obligation d'assistance allant au-delà du simple conseil technique et pratique d'emploi ;

- elles doivent être suffisamment objectives et précises dans leur formulation pour mettre tout distributeur à même de s'y conformer s'il le souhaite ;

- elles ne doivent pas être utilisées à des fins purement discriminatoires pour tenter d'éliminer du marché, de manière concertée ou non, tel ou tel distributeur.

S'agissant, en outre, de la communication au distributeur par le producteur de prix indicatifs pour la vente en culture, cette pratique, dans la mesure où elle ne fait pas apparaître de concertation entre producteurs et où elle ne s'accompagne pas d'un mécanisme de sanction du non-respect par le distributeur des prix ainsi diffusés, est assimilable à une pratique de prix conseillés. Elle n'est donc, dans cette mesure, pas critiquable au regard du droit de la concurrence.

S'agissant, enfin, des remises de fin de campagne, elles ne se justifient, en principe, que par l'adaptation des remises quantitatives consenties sur facture au chiffre d'affaires effectivement réalisé par le distributeur pendant une campagne donnée. Les remises qualitatives de fin de campagne, fondées sur des critères flous, tels que les « services complémentaires facultatifs » rendus par le distributeur, doivent être strictement limitées. En tout état de cause, les conditions d'attribution des remises de fin de campagne par l'établissement producteur doivent être annoncées et définies clairement en début de campagne. Cette exigence est d'autant plus grande que la pratique de prix conseillés serait générale et tolérée.

#### IV. - Propositions d'ordre institutionnel

L'existence de comportements anticoncurrentiels dans le secteur de la production de semences conduit à s'interroger sur l'opportunité de modifications de textes ou de structures pour redéfinir le cadre institutionnel du secteur et orienter les comportements dans un sens plus compatible avec le jeu de la concurrence.

Les contraintes sont apparues, à cet égard, assez nombreuses.

Le régime légal de protection des obtentions végétales, qui résulte des dispositions de la loi du 11 juin 1970, constitue assurément un progrès par rapport à l'état de droit antérieur en ce qu'il constitue un encouragement au développement de la recherche dans la filière semences. Il ne peut donc être remis en cause.

La réglementation technique afférente à la production et à la certification des semences qui, pour l'essentiel, est dérivée de directives communautaires, ne paraît pas davantage devoir être modifiée. Il est vrai que cette réglementation, en tant, par exemple, qu'elle impose des contraintes de production qui tendent à limiter la liberté des agriculteurs multiplicateurs vis-à-vis des établissements producteurs, peut, dans une certaine mesure, faire obstacle au libre jeu du marché. Mais ce serait apporter un avantage illusoire au consommateur, c'est-à-dire à l'utilisateur de semences, que de remettre en cause, sous prétexte de lever certains obstacles au jeu concurrentiel, les normes édictées par les règlements techniques au risque de compromettre la qualité des semences produites.

C'est donc, pour l'essentiel, le rôle de l'interprofession qui pourrait être revu, pour des raisons qui, d'ailleurs, tiennent autant à un souci de logique et de clarté juridique qu'à des considérations propres aux besoins de la concurrence.

Le G.N.I.S. n'est pas, en tant que tel, impliqué dans les comportements anticoncurrentiels relevés, qui sont le plus souvent le fait d'obteneurs. Mais le G.N.I.S. est proche des obtenteurs et il a des liens étroits avec la C.G.L.V., qui les représente.

Simultanément, le G.N.I.S., ne serait-ce que par l'abri offert en son sein au Service officiel de certification, qu'il finance entièrement, est organiquement lié au ministère de l'agriculture, qui assure sa tutelle.

Enfin, l'importance de la fonction de recherche dans la filière semences et le fait que l'I.N.R.A. soit lui-même un obteneur confèrent un caractère très étroit aux liens entre les scientifiques de l'I.N.R.A. et les obtenteurs.

Cette situation peut, sans que la personnalité des responsables du groupement ou des fonctionnaires du ministère de l'agriculture soit en cause, entraîner une certaine confusion des rôles.

Idéalement, il aurait donc été concevable que soit mise en place une organisation du secteur reposant sur trois organismes totalement autonomes :

- un établissement public à caractère administratif ayant pour mission de tester les variétés nouvelles, de les inscrire au catalogue, de délivrer les certificats d'obtention végétale et d'assurer la certification officielle ;

- un organisme interprofessionnel ayant le statut d'organisation interprofessionnelle agricole au sens de la loi de 1975 et assumant les fonctions actuellement dévolues au G.N.I.S., à l'exception de la certification ;

- une structure de concertation et de définition des objectifs d'intérêt commun, rassemblant les représentants de la recherche publique, des obtenteurs privés et des utilisateurs de semences, sur le modèle de l'actuel Comité technique permanent de la sélection des plantes cultivées (C.T.P.S.),

Toutefois, un projet de création d'un institut national des semences et plants, procédant d'une démarche très semblable, a été envisagé par le passé avant d'être finalement abandonné. Ce projet a échoué pour trois raisons principales :

- parce qu'il privait le G.N.I.S. d'une part essentielle de ses activités et suscitait de ce fait les réserves de l'interprofession ;

- parce qu'il se heurtait à une forte opposition de la part des personnels concernés, soucieux de conserver dans tous les cas leurs avantages statutaires ;

- enfin, parce qu'il faisait naître des objections d'ordre budgétaire, dans la mesure où il impliquait une certaine « refiscalisation » des ressources du G.N.I.S., et surtout où, du fait de la nécessité de recourir à un personnel permanent, il paraissait devoir déboucher sur une augmentation du coût global de la certification.

Si ces objections demeuraient entières, il conviendrait à tout le moins :

- de clarifier les règles de composition des sections du G.N.I.S., en précisant la catégorie professionnelle que représente chaque membre et de renforcer la représentation des agriculteurs utilisateurs ;

- de préciser les conditions d'exercice de la tutelle du ministère de l'agriculture sur le service officiel de certification, tutelle qui pourrait prendre appui sur le Comité technique permanent de la sélection des plantes cultivées, récemment réorganisé.

Délibéré en formation plénière sur le rapport de M. Michel Azibert dans sa séance du 10 octobre 1985, où siégeaient :

MM. Donnedieu de Vabres, président ;  
Azema, Bihl, Brunel, Defontaine, Deloffre,  
Huet, Lamquin, Semler-Collery, Weydert,  
membres.

*Le rapporteur général,*  
D. BRAULT

*Le président,*  
J. DONNEDIEU DE VABRES

ANNEXE N° 2

## Marchés d'approvisionnement du S.E.I.T.A. en fongicides

Décision n° 84-5/DC relative aux marchés  
d'approvisionnement de la S.E.I.T.A. en fongicides  
(B.O.C.C. du 22 juin 1984)

Lettres adressées à Monsieur le président de la société  
La Littorale, 19, quai du Pont-Neuf, B.P. 220. 34501  
Béziers Cedex, et à Monsieur le président de la société  
Procida, Saint-Marcel, 13367 Marseille Cedex 11.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,  
DES FINANCES ET DU BUDGET

Le ministre

N° 984 et 985

Paris, le 20 juin 1984.

Monsieur le président,

Saisie par mes soins de la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires, la Commission de la concurrence a émis, le 29 mars 1984, l'avis ci-joint relatif aux marchés d'approvisionnement de la S.E.I.T.A. en fongicides.

La Commission de la concurrence a estimé qu'en l'espèce la preuve n'a pas été apportée que les comportements de votre société aient été visés par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix ; je tiens à vous rappeler toutefois le prix que j'attache au strict respect des règles applicables en matière de concurrence, notamment dans le cas des procédures d'appel d'offres émanant de sociétés nationales.

Je vous demande de bien vouloir accuser réception de la présente décision au directeur général de la concurrence et de la consommation (bureau B1), 41, quai Branly, 75700 Paris.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le président, l'expression de mes sentiments distingués.

*Le ministre de l'économie,  
des finances et du budget*  
JACQUES DELORS

Avis relatif à des marchés d'approvisionnement  
du S.E.I.T.A. en fongicides

La Commission de la concurrence siégeant en section :

Vu la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, ensemble le décret n° 77-1189 du 25 octobre 1977 fixant les conditions d'application de cette loi ;

Vu la lettre en date du 28 décembre 1981 par laquelle

le ministre de l'économie et des finances a, conformément à la procédure prévue à l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée, relative à prix, saisi, pour avis, la Commission de la concurrence d'un dossier relatif notamment à des actions concertées concernant des marchés du S.E.I.T.A. ;

Vu l'avis rendu par la Commission de la concurrence le 26 mai 1983 et les décisions du ministre de l'économie en date du 2 novembre 1983 relatifs à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires ;

Vu les observations présentées par les parties intéressées sur le rapport qui leur a été adressé le 31 janvier 1984 ;

## I. - Les faits

1 Lors de chacune des campagnes 1976-1977-1978, 1978-1979 et 1979-1980, le S.E.I.T.A. procéda à trois appels d'offres adressés à un certain nombre de sociétés du secteur phytosanitaire afin de s'approvisionner, auprès d'elles, en produits fongicides destinés au traitement des plantations de tabac. Le premier de ces appels d'offres annuels concernait le poudrage des semis ; deuxième appel d'offres portait sur le même produit, destiné au poudrage des plantations ; s'agissait alors d'un dithiocarbonate à base manèbe titrant de 6 à 8 p. 100, produit résidu pour lequel la demande excédait alors l'offre disponible ; le troisième appel d'offres, relatif à la pulvérisation des plantations, impliquait l'utilisation d'un dithiocarbonate titrant à 70 ou 80 p. 100 de manèbe. Les différents appels d'offres, portés sur des tonnages prédéterminés de produits, étaient assortis de spécifications très particulières et inhabituelles en matière de produits phytosanitaires : le S.E.I.T.A. imposait des conditionnements différenciés et des lieux de livraisons fractionnés afin de répondre au mieux aux besoins des utilisateurs, les planteurs de tabac. De plus, il exigeait des livraisons en conditionnement de capacité inférieure à celle des sacs les plus couramment commercialisés pour les fongicides, à savoir petits emballages de 0,5 kilogramme, 1 et 2 kilogrammes, pour certains marchés et de 5 ou 15 kilogrammes, pour d'autres marchés.

2 Ces douze appels d'offres, pour lesquels les délais de soumission très brefs étaient généralement fixés, n'ont suscité qu'un nombre peu élevé de réponses. Les sociétés Procida et La Littorale, bien que destinataires, chacune, de ces douze appels d'offres, n'ont formulé des offres concurrentes qu'à propos d'un seul appel d'offres. L'une et l'autre n'ont, par ailleurs, lors de chacune des quatre campagnes concernées, répondu qu'à un seul des trois appels d'offres du S.E.I.T.A.

Une note manuscrite, rédigée par un membre du personnel de la société Procida, relatant des propos échangés lors d'une réunion tenue le 21 décembre 1977 avec des représentants de la société La Littorale, comporte la mention suivante : « Manèbe 6 p. 100 S.E.I.T.A. Bons résultats de l'entente cette année ».

II. - L'application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945

Les faits rapportés ci-dessus, en tant qu'ils ont trait à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1977 et qu'ils ne sont pas atteints par la prescription, doivent être qualifiés dans le cadre des dispositions des articles 59 bis et 59 ter de l'ordonnance du 30 juin 1945, et, en tant qu'ils sont intervenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1977, au regard des articles 50 et 51 de cette ordonnance.

Si le document manuscrit, dont il a été fait état ci-dessus, peut être regardé comme constituant une présomption de l'existence d'une entente entre les sociétés Procida et La Littorale visant à la répartition entre elles des marchés du S.E.I.T.A. concernant le poudrage des plantations et des semis, cette présomption n'est pas corroborée par les autres éléments de l'instruction.

En effet, l'attitude de chacune de ces sociétés et, notamment, leur absence de concurrence trouvent, dans les éléments d'information fournis en cours d'instruction, des explications pertinentes :

- la société Procida justifie, d'une part, qu'elle ne disposait pas de quantités suffisantes de

manèbe titrant 6 à 8 p. 100 pour répondre, chaque année, aux appels d'offres du S.E.I.T.A., et, d'autre part, que, devant de ce fait limiter ses offres à l'un des marchés annuels, elle a privilégié celui qui impliquait des livraisons en petits conditionnements, afin de rentabiliser au mieux ses installations.

8 - la société La Littorale démontre qu'elle n'était techniquement pas en mesure de répondre à des appels d'offres impliquant des petits conditionnements.

9 En conséquence, la preuve n'est pas apportée que les sociétés Procida et La Littorale se soient concertées lors de ces appels d'offres du S.E.I.T.A.

Emet l'avis :

Que la preuve n'est pas rapportée que les comportements adoptés par les sociétés Procida et La Littorale face aux appels d'offres du S.E.I.T.A. concernant l'achat de produits phytosanitaires lors des campagnes 1977-1978, 1978-1979 et 1979-1980 soient visés par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

Délibéré en section sur le rapport de Monsieur Guy Pichard dans sa séance du 29 mars 1984 où siégeaient :

MM. Donnedieu de Vabres, président,  
Defontaine, Lamquin, membres.

Le rapporteur général,

D. BRAULT

Le président,

J. DONNEDIEU de VABRES

ANNEXE N° 3

Entente dans l'industrie du fil moussé de nylon.

Avis de la commission (séance du 22 juin 1962.)

La commission technique des ententes.

Vu l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 ;

Considérant qu'à la suite de la plainte adressée au secrétaire d'Etat aux affaires économiques par la société « Les Fils de Jean Manivet », transformateurs marchands de textiles à Lyon, contre les sociétés membres du syndicat Hélanca-France, et d'une enquête menée par le service des enquêtes économiques, le secrétaire d'Etat a demandé l'avis de la commission sur les ententes existant dans l'industrie du moulinage produisant le fil moussé de nylon et d'autres fibres synthétiques ; qu'ainsi la commission est régulièrement saisie par application de l'article 4 du décret n° 54-97 du 27 janvier 1954 ;

Considérant qu'il existe dans cette industrie des conventions conclues entre des titulaires de brevets ou de marques, un licencié exclusif et des sous-licenciés ; que les uns et les autres sont membres d'un syndicat professionnel dénommé syndicat de défense et de promotion Hélanca-France ;

Considérant que, dès l'introduction du fil moussé de nylon sur le marché, les sociétés membres du syndicat en ont limité la production et les débouchés, uniformisé les prix et les conditions de vente ; que, toutefois, les restrictions de production ne comportaient pas de sanction en cas de dépassement des quotas et que ceux-ci ont d'ailleurs été supprimés dès la fin de 1956 ; que, depuis le début de 1961, la concurrence sur les prix a été effectivement rétablie sur le marché de ce produit ;

Considérant que, du 1<sup>er</sup> juillet 1953 au 1<sup>er</sup> janvier 1962, il a été institué un système de primes de fidélité et de qualité et de prime à l'exportation attribuées aux clients exclusifs des membres de l'entente ; que notamment la prime à l'exportation n'était versée qu'aux seuls bonnetiers attestant que, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1953, leur production avait été « assurée à 100 p. 100 avec des fils de nylon Hélanca provenant des licenciés français du brevet Hélanca » ;

Considérant que la condition d'exclusivité d'approvisionnement à laquelle est subordonnée l'attribution de primes ou remises à la clientèle ne peut avoir pour but que d'empêcher celle-ci d'acheter les produits concurrents, même en quantité minima, la violation de cette condition étant sanctionnée par la perte de la totalité des sommes dues à ce titre ; qu'au surplus, l'application de cette condition est susceptible de provoquer des majorations discriminatoires de prix non justifiées par la hausse correspondante des prix de revient ;

Considérant que l'entente a institué une prime de quantité dont le taux s'élevait progressivement en fonction non pas de l'importance des seules commandes passées à chaque fournisseur mais de celles passées à l'ensemble des membres de l'entente ; que le mode d'attribution de cette prime présentait ainsi les caractères d'un « cartel de rabais » dont le rôle bien connu est de détourner les clients d'une entente de s'approvisionner auprès de producteurs dissidents ou de fournisseurs étrangers ; qu'une prime ou remise de ce type est également susceptible de provoquer des majorations discriminatoires de prix non justifiées par des variations correspondantes des prix de revient ; qu'elle fait obstacle à la concurrence ; qu'au cas particulier cependant la prime de quantité n'a été allouée que pendant une courte période et qu'elle a été supprimée, le 1<sup>er</sup> janvier 1959, à la demande même de membres de l'entente ;

Considérant que les métiers « fausse torsion » qui permettent seuls aujourd'hui de produire le fil moussé à un prix compétitif ne peuvent s'ils sont construits en France, être cédés qu'aux membres de l'entente ou aux façonniers travaillant exclusivement pour elle ; que, par des moyens divers et notamment par des accords passés avec les principaux constructeurs étrangers, l'entente s'est efforcée d'empêcher l'importation de métiers concurrents ; que dès lors les entreprises qui n'appartiennent pas à l'entente ont éprouvé

de grandes difficultés à s'équiper en matériel moderne ; qu'il convient cependant de considérer qu'à l'époque où ce mode d'attribution des métiers a été institué, il était imposé à l'entente par le titulaire des brevets sur ces machines, sujet étranger résidant en Suisse ; que si l'entente n'avait pas souscrit à cette condition impérative, l'introduction des métiers « fausse torsion » aurait pu être retardée et le développement de l'industrie du nylon moussé compromis ; que si de nouveaux brevets ont, depuis lors, été pris par une société française affiliée à l'entente sans que le système de répartition des métiers ait été modifié, on doit admettre que celui-ci a cessé d'être un obstacle efficace à la concurrence du fait qu'il est désormais possible de s'équiper en métiers importés ; que d'ailleurs la société plaignante a pu ainsi acheter ces métiers à des fournisseurs étrangers sans que l'entente ait pu l'en empêcher ;

Considérant que les pratiques analysées ci-dessus ont actuellement disparu, sauf celle qui concerne le mode de répartition des métiers « fausse torsion » ; que, pendant la période où elles ont été appliquées, elles tombaient sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945 qui vise les accords ou pratiques « ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix » ; qu'en effet l'action de l'entente s'est exercée soit directement sur les prix et conditions de vente, soit indirectement par voie de limitation de la production et des débouchés, soit encore par le jeu de la condition d'exclusivité d'approvisionnement attachée à l'attribution de certaines primes aux utilisateurs de fil moussé, soit, enfin, par le moyen d'un « cartel de rabais ».

Considérant que le syndicat Hélanca-France a soutenu que l'entente étant formée exclusivement entre titulaires ou concessionnaires de mêmes droits de propriété industrielle, elle ne constituait que l'exercice normal de ces droits ; qu'elle n'était donc pas visée par les dispositions de l'article 59 bis dès lors qu'elle résultait de l'application d'un texte législatif ou réglementaire (art. 59 ter, 1<sup>er</sup> alinéa), en l'espèce les lois de 1844 sur les brevets et de 1857 sur les marques ;

Considérant qu'une entente ne saurait « résulter » de textes législatifs ou réglementaires auxquels la notion même d'entente est étrangère et qui n'ont notamment ni pour objet ni pour effet de susciter une structure ou une organisation particulière de la production, de la distribution ou des débouchés dans une branche déterminée ; qu'ainsi, alors même que les obligations découlant légalement de l'existence de brevets ou de marques touchant à la vente ou à la distribution d'un produit sont susceptibles de limiter le libre jeu de la concurrence, une entente formée entre titulaires, licenciés et sous-licenciés de brevets et de marques ne peut pas être regardée comme constituant en elle-même une entente réglementée au sens de l'article 59 ter ;

Considérant qu'aucune convention, fût-elle fondée sur des droits de propriété industrielle et même sur le droit de propriété en général ne peut échapper à l'application de dispositions d'ordre public ; qu'un organisme formé entre brevetés, licenciés et sous-licenciés, quel que soit le nom qu'il porte, tombe sous le coup de la loi dès lors que ses membres ont convenu de limiter la possibilité de se faire mutuellement concurrence ou qu'ils ont pris des dispositions pour restreindre, par des procédés illégaux, celle que les tiers peuvent leur faire ;

Considérant que tel est ici le cas puisque les titulaires de brevets ne se sont pas bornés à concéder, en contrepartie d'une légitime redevance, des licences d'exploitation mais qu'ils les ont assorties de conditions destinées à réduire la concurrence entre licenciés ou sous-licenciés et à faire obstacle à celle que les tiers pouvaient leur faire.

Considérant que la production du fil moussé s'est développée, en France, d'une façon remarquable ; qu'elle a sauvé, au moins provisoirement, d'un déclin certain une grande partie de l'industrie du moulinage ; qu'un tel résultat doit être porté au crédit de l'entente et plus particulièrement du syndicat Hélanca-France qui ont eu le souci constant d'assurer une croissance harmonieuse de cette industrie ; qu'ils ont institué, depuis 1957, un contrôle strict de la qualité et développé la publicité en faveur de ce produit ; qu'il y a lieu de penser que leur action a eu pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production, que les membres de l'entente en ont sans doute été les principaux mais non les seuls bénéficiaires, l'entente ayant accéléré à leur profit le processus de concentration de cette industrie ; qu'on ne peut cependant leur faire grief d'avoir poursuivi une politique malthusienne, l'accroissement constant de la production et de l'exportation témoignant du contraire ;

Considérant toutefois qu'il n'a pas été démontré que de tels résultats ne pouvaient être obtenus que par l'emploi de pratiques restrictives de la concurrence ; que cependant, dès lors que celles-ci

ont été supprimées, il n'y a pas lieu à poursuites dans les circonstances particulières de l'affaire ; qu'ainsi il n'apparaît plus nécessaire de rechercher dans quelle mesure il aurait pu être fait application des dispositions de l'article 59 ter à certaines de ces pratiques ; mais que, si l'entente recourait de nouveau dans l'avenir à ces pratiques, cette position ne pourrait être maintenue ;

Emet l'avis :

- 1° Qu'il n'y a pas lieu à poursuites ;
- 2° Que l'attention des membres de l'entente doit être appelée sur le caractère illicite de certaines pratiques auxquelles elle a eu recours dans le passé, plus particulièrement sur l'institution de primes dont l'attribution est subordonnée à une condition d'approvisionnement exclusif auprès de l'entente ainsi que sur les « cartels de rabais » ; que l'éventualité de poursuites devrait être réexaminée si l'entente recourait à nouveau à ces pratiques.

## DÉCISION DU MINISTRE

SECRETARIAT D'ÉTAT  
AU COMMERCE INTÉRIEUR

Paris, le 11 septembre 1962.

N° 3224.

A Monsieur le président du syndicat de défense et de promotion Hélanca-France, 1, rue du Faubourg-Saint-Honoré, Paris (8<sup>e</sup>).

Monsieur le président,

Saisie par mes soins, à la suite de la plainte adressée par la société Les Fils de Jean Manivet contre les sociétés membres du syndicat Hélanca-France, la commission technique des ententes a émis, dans la séance qu'elle a tenue le vendredi 22 juin 1962, un avis sur les ententes existant dans l'industrie du moulinage produisant le fil de mousse de nylon et d'autres fibres synthétiques.

J'ai l'honneur de vous adresser, sous ce pli, une copie de cet avis dont j'ai décidé d'adopter les conclusions.

Je vous serais obligé de bien vouloir en porter la teneur à la connaissance des sociétés intéressées adhérentes à votre syndicat, en attirant plus particulièrement leur attention sur les pratiques qui, relevées au titre de l'article 59 bis, constituent également des infractions au regard de l'article 37, 1. a de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix (primes présentant un caractère d'exclusivité, cartel de rabais).

En vous demandant de m'adresser un accusé de réception de la présente lettre, je vous prie d'agréer, monsieur le président, l'expression de ma considération distinguée.

FRANÇOIS MISSOFFE,  
secrétaire d'Etat au commerce intérieur.

## Entente dans l'industrie du magnésium.

Avis de la commission (séance du 8 octobre 1955).

La commission technique des ententes.

Vu la lettre en date du 28 mars 1955 par laquelle le secrétaire d'Etat aux affaires économiques et au plan demande, par application de l'article 4 du décret du 27 janvier 1954, l'avis de la commission sur la situation d'une entente éventuelle dans l'industrie du magnésium au regard des dispositions du décret du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale :

## I. — Sur la recevabilité de la demande.

Considérant que les pratiques reprochées à l'entente alléguée résultent principalement de l'usage fait par la Société générale du magnésium de brevets dont elle est titulaire, il a été soutenu, tant par les intéressés qu'au nom du ministère de l'industrie et du commerce, que la législation relative à la propriété industrielle s'opposait à l'application des dispositions du décret du 9 août 1953 ; qu'il a été fait remarquer à cet égard que les pratiques invoquées, conformes à la loi du 5 juillet 1844, et résultant ainsi d'un texte législatif, échappaient de ce fait, et par application de l'article 59 *ter* 11° de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, à la mise en jeu de l'article 59 bis ; que le décret du 9 août 1953, texte pénal, était d'interprétation stricte et qu'en l'absence de disposition expresse il ne pouvait viser les pratiques résultant de brevets, que la loi du 11 juillet 1953 en vertu de laquelle il a été pris interdisait d'ailleurs les atteintes à la propriété ; qu'enfin la matière des brevets a fait l'objet d'un décret du 30 septembre 1953 postérieur à celui du

9 août et qui l'aurait au besoin modifié, qu'en définitive la législation relative à la propriété industrielle constitue, tant par son caractère absolu que par ses incidences sur le plan international, un droit autonome auquel une législation spéciale ne saurait porter atteinte :

Considérant que les transactions relatives à des brevets ne sauraient à aucun titre être regardées comme constituant en elles-mêmes des ententes réglementées telles qu'elles sont visées à l'article 59 *ter* ; que si l'article 1<sup>er</sup> du décret du 9 août 1953 ne mentionne pas expressément les brevets, pas plus d'ailleurs qu'aucune autre modalité de convention, l'article 2 permet au contraire d'accorder par arrêté interministériel, et dans certaines limites et conditions, des dérogations à la législation des prix en fonction notamment « de l'exclusivité consecutive à un brevet d'invention, à une licence d'exploitation ou au dépôt d'un modèle » ; que cette disposition implique que la législation sur les prix est elle-même applicable en principe aux opérations énumérées, que, dans ces conditions, l'article 2 confirme, en tant que de besoin, que le silence de l'article 1<sup>er</sup>, bien loin de faire échapper les transactions relatives aux brevets à la réglementation des ententes, ne peut être interprété que comme indiquant la volonté du législateur de les y soumettre ; que, dans ces conditions, aucune question d'interprétation ne se pose en l'espèce :

Considérant qu'il n'appartient pas à la commission d'apprécier la légalité du décret du 9 août 1953 au regard de la loi de délégation du 11 juillet 1953 ; que le décret du 20 septembre 1953, qui a substitué le régime des licences obligatoires à celui de la déchéance en cas de non-exploitation d'un brevet, est sans portée à l'égard du décret du 9 août 1953 :

Considérant enfin qu'il n'est pas conforme aux principes de notre droit public d'attribuer à une législation déterminée une valeur spéciale qui ne permettrait pas à une autre loi, qui est d'ailleurs dans l'espèce une disposition d'ordre public, de la modifier :

Considérant que de tout ce qui précède il résulte qu'aucun des arguments de droit présentés à l'encontre de l'application du décret du 9 août 1953 à l'espèce ne saurait être retenu ; que si, en définitive, il est souhaitable que le droit des brevets, qui connaît d'ailleurs en législation des limites tirées de la notion d'abus de monopole, des besoins de la défense nationale ou de la protection de la santé publique, soit, tant en raison de sa portée économique que de ses incidences internationales, fermement garanti, et que ses applications soient assurées d'une stabilité aussi grande que possible, les considérations qui conduisent à rechercher dans chaque cas la solution légale la plus conforme à l'intérêt économique ne permettent pas de faire échapper à l'examen de la commission les pratiques qui, à l'intérieur d'une entente utiliseraient des droits tirés de la législation sur la propriété industrielle :

## II. — Sur l'existence de l'entente

Considérant que la Compagnie des produits chimiques et électro-métallurgiques Pechiney, qui exploitait à Saint-Auban une usine de production de magnésium, a arrêté cette usine en raison des conditions défavorables de son activité et que la production est actuellement assurée par la seule usine de Jarrie (Isère) appartenant à la Société d'électro-chimie, d'électro-metallurgie et des Acieries électriques d'Ugine, ci-après dénommée « Ugine » ; que la distribution est assurée exclusivement par la Société générale du magnésium appartenant par moitié aux groupes Pechiney et Ugine ; qu'enfin le métal distribué est utilisé, en ce qui concerne les alliages de magnésium, par six principales fonderies dont les activités sont d'ailleurs en partie différenciées et dont l'une, Le Magnésium Industriel, groupe Ugine Pechiney et la Société générale du magnésium, tandis qu'une seconde, « La Fonderie de précision », a des liens non précisés avec Pechiney :

Considérant que la Société générale du magnésium, qui joue le rôle d'un centre d'études, de recherches et de développement en même temps que de distribution du métal, a conclu avec quatre fondeurs des contrats de licence par lesquels, en outre d'une collaboration technique réciproque, elle s'engage à les approvisionner en magnésium et en flux de fusion, au prix courant au client le plus favorisé, cependant que les licences s'engagent à ne s'approvisionner qu'auprès d'elle, à lui céder leurs déchets et à acheter tant d'acheter des déchets à des tiers qu'à revendre en l'état le magnésium et les flux de fusion :

Considérant que la société Le Magnésium Industriel bénéficie, sans contrat, de tout avantage concédé à un licencié ; qu'au contraire le contrat passé avec la S. N. E. C. M. A. comme gérant qui avait été conclu antérieurement avec les usines Renault, limite la cession de licence aux besoins propres de cette société, c'est-à-dire, aux termes

du contrat, aux pièces fondées par et dans la construction de moteurs, machines et appareils de sa propre fabrication, sous réserve de la dérogation prévue à l'article 11, lequel stipule : « Exceptionnellement et seulement dans l'éventualité où les fonderies privées liées à notre société par contrat de licence seraient dans l'incapacité temporaire d'assurer au constructeur, pour des pièces intéressant directement la défense nationale, la qualité ou les délais exigés, vous aurez la faculté de faire des offres à ce constructeur. Il est entendu que, pour chaque cas, cette faculté reste soumise à notre accord par écrit, après examen préalable entre nos deux sociétés » ; qu'enfin l'article 13 du contrat comporte une clause d'arbitrage :

Considérant que la protestation formée par la S. N. E. C. M. A. et ainsi appuyée par le secrétaire d'Etat aux forces armées (air) contre la limitation apportée à son activité est à l'origine de la demande d'avis susvisée ;

Considérant que de la situation ci-dessus analysée résulte la preuve de l'existence d'une entente existant entre Pechiney et Ugine à tous les stades : production, distribution et utilisation ;

Considérant qu'en regard au volume, au coût et au développement des techniques de la production du magnésium en France, à l'heure actuelle, la concentration de la production apparaît comme une mesure de rationalisation de nature à faciliter l'abaissement des prix de revient ; qu'elle ne saurait, par ce motif, être critiquée ;

Considérant par contre que les éléments des contrats de licences passés par la Société générale du magnésium contribuent à protéger à tous les degrés les participants de l'entente : interdiction de s'approvisionner en dehors de la S. G. M. (protection du producteur et du distributeur), prix favorables aux licenciés (protection des utilisateurs liés à l'entente), interdiction à la S. N. E. C. M. A. de vendre (nouvelle protection des mêmes) ; que ces pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ; que l'entente existant entre Pechiney, Ugine et leurs filiales dans l'industrie du magnésium tombe sous le coup de la prohibition instituée par l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ;

### III. — Sur le caractère de l'entente.

Considérant qu'aux termes de l'article 59 ter de l'ordonnance précitée « ne sont pas visées par la disposition de l'article 59 bis les actions concertées, conventions ou ententes... »

« 2° Dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation ».

#### A. — Justification

Considérant qu'en outre des avantages déjà signalés afférents à la concentration des moyens de production, l'entente du magnésium a assuré la création et le maintien en France d'une industrie délicate ; qu'elle a mis à sa disposition des brevets étrangers utiles à sa marche ; qu'il n'apparaît pas qu'elle ait tiré de sa situation exclusive ou prédominante des bénéfices directs excessifs ; que notamment, la Société générale du magnésium n'a pas donné de caractère exclusif aux licences qu'elle concédait et n'a pas accordé à la société Le Magnésium industriel un traitement de faveur par rapport à ses licenciés ; que le coefficient de hausse du magnésium par rapport à 1933 est modéré ; qu'enfin et malgré la longue incertitude qui pèse sur leurs résultats, on ne saurait méconnaître les efforts consentis par l'entente pour la recherche d'un procédé de fabrication plus économique, efforts dont on doit regretter au contraire qu'après s'y être associée la S. N. E. C. M. A. se soit désintéressée ;

#### B. — Critiques.

Mais considérant que le fonctionnement de l'entente a donné lieu à des critiques, soit sur le plan particulier des industries de défense nationale, soit sur celui, plus général, de l'économie française.

#### 1° En ce qui concerne les industries de défense nationale :

Considérant que la S. N. E. C. M. A. a fait valoir que l'interdiction qui lui est faite de vendre à des tiers avait pour effet de limiter l'utilisation de sa fonderie et d'augmenter par suite le prix de revient de ses produits ;

considérant que le fait même de la consommation, l'augmentation de la charge d'une fonderie ne peut se faire qu'au détriment d'une autre ; que, dès lors, et bien que la société Le Magnésium industriel ait augmenté dans des proportions considérables la capacité de production de sa fonderie postérieurement à la mise en service de celle de la S. N. E. C. M. A., la prétention de cette dernière ne saurait être admise ;

Considérant que le secrétaire d'Etat aux forces armées (air) expose que, par le jeu de l'interdiction de vendre faite à la S. N. E. C. M. A., les fabricants de moteurs d'avions ne peuvent se procurer de pièces en alliages nobles, notamment de magnésium-zirconium, qu'auprès du Magnésium industriel ; que cette situation, qui peut compromettre la régularité des fabrications en cas de difficultés survenant chez l'unique fournisseur, risque en outre d'avoir pour conséquence, par défaut de concurrence, une stagnation de la technique ; qu'en raison de l'importance que présentent ces alliages dans les fabrications aéronautiques, cette situation est contraire aux intérêts de la défense nationale ; que le ministre estime donc nécessaire qu'une concurrence soit rétablie entre des fondeurs d'alliages nobles, et qu'il lui paraît utile que l'un de ceux-ci soit un fabricant de moteurs ; qu'il demande que la Société générale du magnésium soit invitée à renoncer à la restriction qui, à l'avantage de l'entente, entrave l'activité de la S. N. E. C. M. A. ;

Considérant que, malgré les conditions et les limites que comporte l'article XI précité du contrat de licence, il semble que la S. N. E. C. M. A. aurait pu se prévaloir de ces stipulations pour résoudre cette difficulté ; qu'il y a lieu d'autre part de s'étonner que le ministre n'ait pas usé des droits que lui confèrent les décrets du 30 octobre 1935 modifié et du 29 novembre 1939 relatifs aux inventions intéressant la défense nationale ; qu'enfin le Magnésium industriel est fondé à craindre la prépondérance que pourrait acquérir à son détriment une fonderie bénéficiant à la fois de ses liens avec l'Etat, d'un marché réservé et d'une entière liberté ;

Mais considérant que, malgré les réserves qu'appellent l'attitude du secrétariat d'Etat à l'air et celle de la S. N. E. C. M. A., il est impossible à la commission technique des ententes de contester la position ainsi prise, dans une matière touchant aux intérêts essentiels de la défense nationale, par le ministre responsable ; qu'elle doit donc estimer que le fonctionnement défectueux de l'entente sur ce point est établi et ne permet pas à celle-ci de prétendre au bénéfice de l'article 59 ter précité ;

2° En ce qui concerne la marche générale de l'industrie du magnésium ;

Considérant qu'il résulte des renseignements statistiques transmis par le ministère de l'Industrie et du commerce que la production du magnésium sera passée, de 1938 à 1954 :

Aux U. S. A. de 2.920 à 63.257 tonnes ;

En Angleterre de 2.222 à 5.025 tonnes ;

En France de 1.538 à 1.150 tonnes ;

En Italie de 102 à 1.666 tonnes ;

que, de 1938 à 1954, la consommation de magnésium serait passée :

Aux U. S. A. de 2.000 à 40.800 tonnes ;

En Angleterre de 4.600 à 9.144 tonnes ;

En France de 720 à 1.300 tonnes ;

qu'ainsi la production du magnésium a décliné en France, malgré l'augmentation de l'activité économique générale intervenue entre-temps et alors que la production et la consommation se développaient rapidement dans les autres pays ;

Considérant que les prix au kilogramme étaient en 1933 de 444 F en France contre 220 à 240 aux Etats-Unis et au Canada, de 260 F en Norvège et de 320 F en Italie, que les réductions appréciables consenties aux principaux clients — et encore accentuées à partir de 1954 — laissent subsister une marge importante de différence ;

Considérant que, même en admettant qu'une telle situation s'explique par diverses considérations et notamment par l'étroitesse du marché français (étroitesse qui découle pour une grande part du niveau des besoins de la construction aéronautique mais qui est aussi la conséquence de l'élévation des prix), elle n'en constitue pas moins un fait dont la constatation matérielle s'oppose à ce que l'entente du magnésium puisse être regardée comme « en mesure de

justifier qu'elle a eu pour effet « d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production et d'assurer le développement du progrès économique » ; qu'elle ne saurait donc invoquer utilement le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter,

Emet l'avis :

1° Qu'il existe dans l'industrie du magnésium, entre Péchoney, Ugine et leurs filiales, la Société générale du magnésium et la Société « Le Magnésium industriel », une entente dont les pratiques sont visées par l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ;

2° Que cette entente ne saurait, dans la situation actuelle, se prévaloir des dispositions de l'article 59 ter (2°) de la même ordonnance ;

3° Que, pour satisfaire aux nécessités de la défense nationale formulées par le secrétaire d'Etat aux forces armées (air), la S. N. E. C. M. A. doit être mise en situation concurrentielle pour la fourniture de pièces en alliages nobles aux fabricants de moteurs ;

4° Que, d'une façon plus générale, il incombe aux pouvoirs publics d'étudier avec les responsables de l'entente les mesures propres à mettre à la disposition des utilisateurs le magnésium qui leur est nécessaire, à un prix qui favorise le développement des débouchés actuels et permette la recherche de débouchés nouveaux.

DÉCISION MINISTERIELLE

SECRETARIAT D'ÉTAT  
DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Paris, le 18 juin 1956

N° 62191

Monsieur le directeur de la Société générale  
du magnésium, 25, rue Balzac, Paris (8<sup>e</sup>).

Monsieur le directeur,

À la demande du secrétariat d'Etat à l'air, j'ai été conduit à adresser, le 28 mars 1955, à la commission technique des ententes une demande d'avis sur la situation de l'entente existant dans l'industrie du magnésium. Cet avis a été rendu à la séance du 8 octobre 1955 et j'ai décidé d'en retenir les conclusions suivantes :

1. L'entente considérée est de celles dont les pratiques relèvent de l'article 59 bis de l'ordonnance, dans la mesure où les éléments de contrats de licence passés par la Société générale du magnésium contribuent à protéger à tous les degrés les participants de l'entente : interdiction de s'approvisionner en dehors de la S. G. M., protection du producteur et du distributeur, prix favorables aux acheteurs (protection des utilisateurs liés à l'entente), limitation de la cession de licence de la S. N. E. C. M. A. aux besoins propres de cette société (c'est-à-dire, aux termes du contrat, aux pièces fournies entrant dans la confection de moteurs, machines et appareils de sa propre fabrication, sous réserve de la dérogation exceptionnelle prévue à l'article 11 du contrat). Par contre, eu égard aux conditions économiques, l'entente actuelle à la production ne paraît pas devoir être entiquée.

2. J'estime, comme la commission, que ces pratiques ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article 59 ter, tant au regard de la situation générale de l'industrie du magnésium que dans le cas plus particulier de la situation des industries de la défense nationale. Sur ce point, il est apparu impossible de contester la thèse présentée par le ministre responsable dans une matière touchant aux intérêts essentiels de la défense nationale.

Je considère donc, en accord avec la commission que, par le jeu de l'interdiction de vente faite à la S. N. E. C. M. A., les fabricants de moteurs d'avions ne peuvent se procurer de pièces en alliages nobles notamment de magnésium-zirconium, qu'auprès du Magnésium industriel ; que cette situation, qui peut compromettre la régularité des fabrications en cas de difficultés survenant chez l'unique fournisseur, risque, en outre, d'avoir pour conséquence par défaut de concurrence, une stagnation de la technique ; qu'en raison de l'importance que présentent ces alliages dans les fabrications aéronautiques, cette situation est contraire aux intérêts de la défense nationale ; que le ministre responsable estime nécessaire qu'une concurrence soit rétablie entre les fondeurs d'alliages nobles et qu'il lui paraît utile que l'un de ceux-ci soit un fabricant de moteurs, qu'il demande que la S. G. M. soit invitée à renoncer à la restriction qui, à l'avantage de l'entente, entrave l'activité de la S. N. E. C. M. A.

En conséquence, j'estime que, pour satisfaire aux demandes formulées par le secrétaire d'Etat aux forces armées (air), la S. N. E. C. M. A. doit être mise en situation concurrentielle pour la fourniture de pièces en alliages nobles aux fabricants de moteurs.

3. Enfin, je me propose d'étudier avec les responsables de l'entente les mesures propres à mettre à la disposition des utilisateurs le magnésium qui leur est nécessaire, à un prix qui favorise le développement des débouchés actuels et permette la recherche de débouchés nouveaux.

Lors des entrevues qui ont eu lieu, après transmission de cet avis, entre les représentants du secrétariat d'Etat à l'air et vous-même, sous la présidence de M. Maréchal, directeur adjoint à la direction générale des prix, le secrétariat d'Etat a fait connaître qu'il souhaitait voir apporter à l'organisation existante des modifications plus profondes que celles qu'il avait exposées dans sa demande initiale.

Il a estimé souhaitable que puissent coexister, en régime concurrentiel, deux fonderies d'alliages nobles de magnésium fournissant l'étranger des pièces de matériel de défense nationale. En contre-partie, il a accepté, pour maintenir cette situation concurrentielle, que puisse être établi un plafond à la charge de l'industriel en situation prédominante pour le cas où un déséquilibre notable d'activité viendrait à se produire entre les deux concurrents, pour des raisons autres que de qualité ou de prix.

Ces propositions ont été concrétisées par un échange de lettres entre les intéressés : lettre S. G. M. à M. le directeur de la D. T. I. A. et à M. le directeur de S. N. E. C. M. A., en date du 22 mars 1956, et lettre n° 5634 de M. le directeur technique et industriel de l'aéronautique à M. le directeur de la S. G. M.

Cet accord étant intervenu dans le cadre du décret-loi du 9 août 1953, sous l'égide du secrétariat d'Etat aux affaires économiques, j'ai l'honneur de vous informer que je donne, à ce titre, approbation aux dispositions contenues dans les deux lettres susvisées, dont les dispositions, dans leur ensemble, vaudront décision de ma part.

Je tiens à vous remercier d'avoir bien voulu contribuer pour votre part, en collaboration avec les représentants du secrétariat d'Etat à l'air et de ma direction générale des prix, à la mise au point d'une décision que j'estime conforme à l'intérêt général du pays.

Veuillez agréer, monsieur le directeur, l'assurance de ma considération distinguée

JEAN MARSON.

secrétaire d'Etat aux affaires économiques

ANNEXE N° 5

AVIS DU 26 MAI 1983 relatif à la  
situation de la concurrence sur le  
marché des Produits phytosanitaires.

N° 901

Paris, le 2 novembre 1983.

Monsieur le président,

Saisie par mes soins du dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires, la commission de la concurrence a émis, au cours de sa séance du 26 mai 1983, l'avis ci-joint.

Je note que le marché des phytosanitaires se caractérise globalement par une vive concurrence, que les efforts de recherche accomplis par les sociétés contribuent à l'amélioration de la protection des cultures, mais que diverses pratiques de gravité variable ont contribué à restreindre la concurrence.

C'est ainsi que les réunions appelées « clubs par produits » sont d'une gravité certaine, car leurs effets, avérés ou partiels, tendent à uniformiser les prix de produits substituables, et donc de supprimer la seule possibilité de concurrence sur le marché de ces produits.

Par contre, il ne me paraît pas prouvé que les actions relevées à l'égard de la Société Phyto-Service résultent d'une concertation.

Dans ces conditions, j'ai décidé d'adopter les considérants et le dispositif de l'avis de la commission de la concurrence, à l'exception de ceux relatifs aux points 7 et 12 de ce dispositif, et d'infliger à votre société une sanction pécuniaire de 500 000 francs. Un avis de mise en recouvrement établi au nom de votre société vous sera adressé prochainement par le comptable du Trésor.

J'attache enfin de l'intérêt à l'analyse que la commission de la concurrence a faite sur les habitudes commerciales dans ce secteur d'activité et à sa recommandation sur une meilleure transparence des conditions de vente. Mes services prendront contact avec vous prochainement afin de procéder ensemble à un examen de ce problème.

Vous voudrez bien accuser réception de la présente décision au directeur général de la concurrence et de la consommation (bureau B 1), 41, quai Branly, 75700 Paris.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le président, l'assurance de ma considération distinguée.

JACQUES DELORS.

Lettre adressée à M. le président de la Société Pepro, quartier de la Dargoire, 69009 Lyon.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,  
DES FINANCES ET DU BUDGET

Le ministre.

N° 900

Paris, le 2 novembre 1983.

Monsieur le président,

Saisie par mes soins du dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires, la commission de la concurrence a émis, au cours de sa séance du 26 mai 1983, l'avis ci-joint.

Je note que le marché des phytosanitaires se caractérise globalement par une vive concurrence, que les efforts de recherche accomplis par les sociétés contribuent à l'amélioration de la protection des cultures, mais que diverses pratiques de gravité variable ont contribué à restreindre la concurrence.

C'est ainsi que les réunions appelées « clubs par produits » sont d'une gravité certaine, car leurs effets, avérés ou partiels, tendent à uniformiser les prix de produits substituables, et donc de supprimer la seule possibilité de concurrence sur le marché de ces produits.

Par contre, il ne me paraît pas prouvé que les actions relevées à l'égard de la société Phyto-Service résultent d'une concertation.

Dans ces conditions, j'ai décidé d'adopter les considérants et le dispositif de l'avis de la commission de la concurrence, à l'exception de ceux relatifs aux points 7 et 12 de ce dispositif, et d'infliger à votre société une sanction pécuniaire de 500 000 F. Un avis de mise en recouvrement établi au nom de votre société vous sera adressé prochainement par le comptable du Trésor.

J'attache enfin de l'intérêt à l'analyse que la commission de la concurrence a faite sur les habitudes commerciales dans ce secteur d'activité et à sa recommandation sur une meilleure

transparence des conditions de vente. Mes services prendront contact avec vous prochainement afin de procéder ensemble à un examen de ce problème.

Vous voudrez bien accuser réception de la présente décision au directeur général de la concurrence et de la consommation (bureau B 1), 41, quai Branly, 75700 Paris.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le président, l'assurance de ma considération distinguée.

JACQUES DELORS.

Lettre adressée à M. le président de la société Procida, 163, avenue Gambetta, 75020 Paris.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,  
DES FINANCES ET DU BUDGET

Le ministre.

N° 899

Paris, le 2 novembre 1983.

Monsieur le président,

Saisie par mes soins du dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires, la commission de la concurrence a émis, au cours de sa séance du 26 mai 1983, l'avis ci-joint.

Je note que le marché des phytosanitaires se caractérise globalement par une vive concurrence, que les efforts de recherche accomplis par les sociétés contribuent à l'amélioration de la protection des cultures, mais que diverses pratiques de gravité variable ont contribué à restreindre la concurrence.

C'est ainsi que les réunions appelées « clubs par produits » sont d'une gravité certaine, car leurs effets, avérés ou partiels, tendent à uniformiser les prix de produits substituables, et donc de supprimer la seule possibilité de concurrence sur le marché de ces produits.

Par contre, il ne me paraît pas prouvé que les actions relevées à l'égard de la société Phyto-Service résultent d'une concertation.

De même, je note que la concertation sur les spécialités à base d'isoproturon n'ont pas été suivies d'effet.

Dans ces conditions, j'ai décidé d'adopter les considérants et le dispositif de l'avis de la commission de la concurrence, à l'exception de ceux relatifs aux points 7 et 13 de ce dispositif, et d'infliger à votre société une sanction pécuniaire de 500 000 F. Un avis de mise en recouvrement établi au nom de votre société vous sera adressé prochainement par le comptable du Trésor.

J'attache enfin de l'intérêt à l'analyse que la commission de la concurrence a faite sur les habitudes commerciales dans ce secteur d'activité et à sa recommandation sur une meilleure transparence des conditions de vente. Mes services prendront contact avec vous prochainement afin de procéder ensemble à un examen de ce problème.

Vous voudrez bien accuser réception de la présente décision au directeur général de la concurrence et de la consommation (bureau B 1), 41, quai Branly, 75700 Paris.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le président, l'assurance de ma considération distinguée.

JACQUES DELORS.

## II. -- AVIS DE LA COMMISSION

(Séance du 26 mai 1983.)

La commission de la concurrence, siégeant en formation plénière,

Vu les ordonnances n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945, modifiées, respectivement relatives aux prix et à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique;

Vu la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concurrence économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, ensemble le décret n° 77-1189 du 23 octobre 1977 fixant les conditions d'application de cette loi;

Vu les articles 37, 38 et 40 de la loi n° 73-1193 d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973;

Vu la loi n° 77-771 du 12 juillet 1977 sur le contrôle des produits chimiques;

Vu la circulaire du 10 janvier 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises;

Vu la décision du Conseil d'Etat n° 10486 du 13 mars 1981;

Vu la lettre du 26 décembre 1981 par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi la commission de la concurrence d'un dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires;

Vu les observations présentées par les parties intéressées sur le rapport qui leur a été communiqué le 19 mars 1983;

Par lettre du 26 décembre 1981, le ministre de l'économie et des finances a saisi la commission de la concurrence d'un dossier concernant des faits susceptibles d'avoir restreint la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires en matière notamment de fixation des prix, d'action sur un distributeur, d'accords de

codistribution et de répartition de marchés, dont ceux de l'ancien Service d'exploitation Industrielle des tabacs et allumettes (S. E.) T. A.).

Les faits ainsi visés par la saisine ministérielle, dont certains remontent à 1977, datent, pour la plupart, des années 1979 et 1980.

#### I. — Sur les caractéristiques des marchés concernés :

##### a) Les produits :

Les produits phytosanitaires sont des produits chimiques utilisés pour traiter et protéger des plantes ou préserver des produits agricoles récoltés. Il s'agit de formulations chimiques simples ou complexes composées de deux éléments : la matière active et les adjuvants ; l'ensemble constitue une spécialité vendue sous un nom de marque.

On dénombre ainsi environ 6 000 spécialités dont 2 000 sont commercialisées.

La découverte et la mise au point de matières actives nouvelles impliquent des recherches importantes et coûteuses qui sont le plus souvent le fait des grands groupes chimiques.

Les matières actives nouvelles sont couvertes par des brevets pendant une période de vingt ans. La place de ces brevets et des accords de fabrication et de distribution qui s'y rattachent est essentielle dans ce secteur. Les sociétés qui n'ont pas découvert de matières actives nouvelles ou les matières actives nécessaires pour compléter leur gamme de produits sont conduites à négocier avec d'autres concurrents des accords de codistribution. De ce point de vue, le marché national ne peut être isolé du contexte international, la concession d'une spécialité sur le marché français entraînant souvent sur un autre marché une réciprocité de même nature.

Le nombre des spécialités dont le brevet est arrivé à échéance est important et concerne des produits performants. Les produits ainsi banalisés seront encore plus nombreux dans les prochaines années.

Les sociétés qui fabriquent ces produits phytosanitaires développent une politique de marques. L'impact de cette politique n'est pas négligeable, même si celle-ci est contrariée par les connaissances techniques de la distribution, et notamment des coopératives agricoles, elles-mêmes poussées dans cette voie par le travail de vulgarisation de nombreux instituts techniques agricoles.

Malgré le caractère sophistiqué de certaines spécialités et en dépit de la sensibilité de ces marchés à l'innovation, les produits phytosanitaires sont généralement soumis à la concurrence d'autres produits substituables. Ils se prêtent donc de plus en plus à une concurrence par les prix. Toutefois, l'application de certains accords, notamment de distribution, limite les effets de la concurrence et se conjugue dans ce sens avec l'existence de positions privilégiées plus ou moins durables dues à la découverte de produits nouveaux et performants.

Les produits phytosanitaires ne peuvent être vendus sur le marché français que si, préalablement, ils ont reçu une homologation de l'administration destinée à mesurer leur efficacité et à tester leur innocuité. Cette homologation est accordée au vu d'informations portant sur les résultats expérimentaux recueillis à la suite d'essais biologiques de la spécialité.

##### b) La production :

La structure de l'offre est favorable à la concurrence. En effet, bien que la production des produits phytosanitaires soit pour l'essentiel le fait de grands groupes chimiques mondiaux présents sur le marché français par leurs filiales, une vingtaine de sociétés se partagent le marché et aucune d'entre elles n'y occupe une part très importante. Ainsi, à l'époque des faits, quatre sociétés ou groupes de sociétés occupaient chacun 10 à 13 p. 100 de ce marché : Rhône-Poulenc (Pepro + Rhodiagri), Ciba-Geigy, Proclida et Bayer ; une dizaine de sociétés couvraient chacune 2,5 à 10 p. 100 du marché : Sopra, La Quinoléine, C. B. F. (B. A. S. F.), Sandoz, Schering, Seppic, La Littorale, Agrishell, Eli Lilly. L'apparition de produits nouveaux ou le changement de politique de distribution peut faire perdre en une ou deux années 2 à 3 p. 100 de parts de marché à une société.

##### c) L'utilisation :

La consommation nationale de produits phytosanitaires représentait en 1979 6,2 milliards de francs, et en 1980 7,6 milliards de francs. Le marché français était alors le troisième marché mondial en volume. Il est vraisemblablement celui sur lequel s'affrontent les produits les plus performants.

L'utilisation de produits phytosanitaires est en expansion continue depuis trente ans (+ 7,6 p. 100 par an) ; de 1970 à 1979 elle s'est multipliée par 2,3 ; en 1980 elle a crû de 22 p. 100. Cette croissance est plus rapide que celle que connaissent nos partenaires de la Communauté économique européenne.

Aussi les produits phytosanitaires représentent un poids croissant dans les consommations intermédiaires agricoles, malgré une évolution modérée de leur prix. Alors qu'en 1970 ils occupaient 5,7 p. 100 de ces consommations intermédiaires, en 1981 ils en représentaient 9,6 p. 100 et dans certaines régions céréalières ils représentent 12 p. 100. Cette évolution s'est faite bien que les prix des produits phytosanitaires aient crû de 1975 à 1980 de 6 p. 100 alors que pendant la même époque le taux moyen d'inflation était de 12 p. 100. L'utilisation intensive de ces produits a contribué largement à l'accroissement des rendements agricoles.

##### d) La commercialisation :

La commercialisation de ces produits auprès des agriculteurs s'effectue par le canal de la coopération agricole et du négoce en 8 800 points de vente environ.

La moitié du marché transite par les coopératives agricoles dont la taille est très diversifiée.

Ces coopératives, bien que regroupées dans deux importantes unions, l'U. N. C. A. A. et l'U. G. C. A. F., mènent souvent leur propre politique d'approvisionnement. Malgré cela l'U. N. C. A. A. constitue une importante centrale d'achat couvrant environ 30 p. 100 du marché. L'U. G. C. A. F., par le canal de la Société Phytéurop, est devenue productrice de produits phytosanitaires.

La vente de ces produits constitue pour ces coopératives une activité rémunératrice, la marge brute d'environ 20 p. 100 dégagée sur ce marché est en effet supérieure à la marge brute moyenne afférente à leur activité.

Les coopératives agricoles disposent généralement de nombreux employés technico-commerciaux qui conseillent les agriculteurs notamment dans le choix et l'utilisation de ces produits.

Une trentaine de grossistes traitent environ 10 p. 100 du marché et approvisionnent à la fois certaines coopératives et les détaillants.

Les détaillants, au nombre d'environ 2 000, représentent 50 p. 100 du marché des produits phytosanitaires. Ces commerçants, le plus souvent spécialisés dans la vente des produits nécessaires aux agriculteurs (semences, engrais...), disposent généralement d'une bonne expérience de ces activités.

Les agriculteurs, bien qu'adhérant à une ou deux coopératives agricoles, mettent souvent celles-ci en concurrence avec le négoce et portent d'autant plus d'attention au niveau des prix de ces produits qu'ils bénéficient par ailleurs des conseils techniques diffusés par les instituts techniques agricoles, la presse agricole et les conseillers de développement.

#### II. — Sur la régularité de la procédure :

La Société Agrishell a contesté la régularité de la procédure et soutenu que le caractère pleinement contradictoire de celle-ci n'avait pas été observé du fait :

De la non-communication intégrale du rapport d'enquête administratif alors que celui-ci constituerait le fondement même des conclusions écrites du rapporteur soumises à la commission et aux parties ;

De la communication partielle d'une pièce concernant les rapports entre les sociétés Agrishell et Phyto-Service ;

De la non-consignation par procès-verbaux des auditions des représentants des sociétés concernées auxquelles a procédé le rapporteur.

Cette société soutient par ailleurs que la commission de la concurrence aurait dû surseoir à l'avis qui lui était demandé en ce qui concerne l'entente dont aurait été victime la S. A. Phyto-Service en raison de la saisine de nombreuses juridictions pénales, seules compétentes pour qualifier les refus de vente ou les pratiques discriminatoires dont certaines sociétés auraient pu se rendre coupables à l'égard de ce distributeur.

En ce qui concerne le premier et le second moyen, il convient de se référer aux dispositions de l'article 52, paragraphe 5, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée, selon lesquelles les rapports de la commission « doivent contenir l'exposé des faits et griefs relevés à la charge des entreprises, ainsi que les éléments d'information et les documents, ou leurs extraits, sur lesquels se fonde le rapporteur. Ils sont communiqués aux parties intéressées, qui sont mises en mesure de présenter leurs observations. »

Si cette disposition, qui organise la procédure contradictoire, implique que la commission ne puisse retenir aucun fait et grief qui n'ait été présenté par le rapporteur (dans son rapport ou les pièces qui y sont annexées) et discuté par les parties, elle n'exige nullement, comme l'a précisé le Conseil d'Etat par une décision du 13 mars 1981 que l'ensemble des pièces correspondant à l'enquête administrative, notamment le rapport administratif, soit communiqué aux parties.

La communication d'un « extrait » du rapport d'enquête aux parties afin de rétablir entre elles une égalité de traitement, certaines sociétés étant en mesure d'avoir accès à cette partie du document dans le cadre de l'instruction de procédures pénales en cours, n'impliquait pas l'obligation de communiquer l'intégralité de ce document.

De même, le fait que le rapporteur se soit attaché, lors de la procédure d'instruction, à vérifier la véracité des faits et le bien-fondé des alléguations contenues dans le rapport d'enquête, ce qui a permis à de nombreuses sociétés concernées de fournir avant le dépôt du rapport les premiers éléments de leur défense, obligeait seulement à faire figurer dans le rapport communiqué aux parties les éléments d'information, « les documents ou leurs extraits » tirés notamment du rapport d'enquête sur lesquels s'est fondé le rapporteur.

Si comme l'a fait remarquer la Société Agrishell les annexes au rapport ne comportent que la première page d'une lettre circulaire datée du 6 décembre 1979, adressée par la Société Phyto-Service à la Société Agrishell, alors que cette lettre comporte une deuxième page et une annexe, cette société ne peut soutenir que cette pièce a fait défaut dans la procédure. Le texte intégral de cette lettre a été joint au dossier par la Société Agrishell elle-même et a été ainsi porté à la connaissance de la commission.

En ce qui concerne le troisième moyen, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 52, second alinéa, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, les faits soumis à la commission de la concurrence sont soit consignés dans les rapports établis par les agents visés à l'article 6 de l'ordonnance n° 45-1484 de la même date, soit éventuellement constatés par voie de procès-verbal. Cette alternative est également offerte au rapporteur de la commission de la concurrence qui, selon les dispositions du cinquième alinéa du même article 52, dispose des mêmes pouvoirs d'investigation que les agents visés à l'article 6 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945.

En ce qui concerne le quatrième moyen, les poursuites pénales du chef de refus de vente ou de pratiques discriminatoires fondées sur les dispositions des articles 37 de l'ordonnance n° 45-1483 du

30 juin 1945 et de la loi du 27 décembre 1973, d'une part, et les procédures administratives tendant à la répression des ententes visées par l'article 50 de cette même ordonnance, d'autre part, sont, par leur nature et par leur objet, différentes et indépendantes les unes des autres; par suite, la commission de la concurrence peut, sans attendre les conclusions des instances pénales en cours concernant les relations entre la Société Phyto-Service et diverses sociétés en cause dans la présente saisine, se prononcer sur l'existence d'actions concertées desdites sociétés à l'égard de la Société Phyto-Service.

### III. — Sur les ententes relatives aux prix et aux marges :

Il résulte de l'instruction que, dans la perspective de la libération des prix des produits phytosanitaires, qui devait intervenir le 28 juillet 1978, et postérieurement à cette date diverses sociétés fabriquant des produits phytosanitaires ont échangé des informations ou procédé à des discussions relatives aux prix de nombreux produits ou spécialités phytosanitaires.

#### 1. Les faits soumis à l'examen de la commission.

A. — Les échanges d'informations et les discussions multilatérales, notamment au sein de la chambre syndicale de la phytopharmacie :

Des échanges d'informations et des discussions se sont déroulés notamment à l'occasion de trois réunions de la commission des études économiques, instance de l'organisation professionnelle qui regroupe la très grande majorité des fabricants de produits phytosanitaires. Ces réunions se sont tenues le 20 juin 1978 (1), 16 janvier 1979 (2) et 18 septembre 1979 (3). Par ailleurs, au milieu de l'année 1978, juste après la libération des prix s'est tenue, en dehors des auspices de la chambre syndicale, une réunion regroupant de nombreuses sociétés fabriquant des produits phytosanitaires destinés au traitement de la vigne (4), réunion au cours de laquelle les questions de prix furent abordées.

Les informations relatives aux prix ainsi échangées lors de cette réunion « vigne » ainsi qu'à l'occasion de la réunion du 18 septembre 1979 ont essentiellement porté sur les prix ou les pourcentages d'augmentation envisagés pour de nombreuses spécialités de marques différentes. Les sociétés présentes ont annoncé leurs projets d'augmentations tarifaires. Ces prévisions d'augmentations de prix ne présentent pas un caractère manifeste d'homogénéité permettant de déduire qu'elles aient fait l'objet d'une harmonisation. Les augmentations tarifaires effectivement enregistrées à la suite de ces réunions concordent largement avec les prévisions annoncées bien que, pour un pourcentage non négligeable de spécialités, certaines sociétés aient agi différemment de ce qu'elles avaient annoncé.

Lors des réunions du 20 juin 1978 et du 16 janvier 1979 les données relatives aux prix qui furent échangées ont concerné à la fois des spécialités de marques différentes et des groupes de spécialités. Il a été procédé non seulement à des échanges d'informations sur les intentions d'augmentations tarifaires mais aussi à une discussion portant sur les taux d'augmentation considérés comme souhaitables ou possibles pour des groupes de produits, tels que fongicides, insecticides, ou antigraminées. Là encore les augmentations tarifaires effectivement enregistrées ne se sont pas toutes révélées conformes à ces prévisions ou recommandations.

B. — Les échanges bilatéraux d'informations et les discussions dans les « clubs par produit » :

#### Les triazines :

La Société Ciba-Geigy, qui fut titulaire du brevet concernant les triazines jusqu'en 1975, a, après cette date, tenté de limiter la concurrence entre fabricants de spécialités à base de ce produit banalisé, afin de freiner la baisse du prix des spécialités concernées. Ainsi, lors d'une réunion tenue le 16 mai 1978, cette société a insisté auprès de la Société Agrishell, qui s'approvisionnait en triazine auprès d'elle, sur la nécessité de poursuivre la remontée des prix des spécialités à base de triazine et a proposé des objectifs de prix. De même, lors des réunions du 28 novembre 1978, regroupant les sociétés Ciba-Geigy, Procida, Prochim, Fisons et Peppo, et du 29 juin 1979, à laquelle participaient les sociétés Ciba-Geigy, Procida, Agrishell, Fisons et Peppo, les participants ont convenu d'essayer de maintenir le prix unitaire de ces produits, au risque de perdre des parts de marché au profit d'autres sociétés. Ils se sont communiqué leurs barèmes tarifaires.

Les objectifs définis lors de ces réunions n'ont pu être atteints en raison notamment de la vive concurrence exercée sur le marché de ces herbicides par des sociétés concurrentes, telles que Phyteurop, Vitter et Interphyto.

#### L'isoproturon :

La Société Rhône-Poulenc Agrochimie, qui détient des droits de propriété industrielle sur l'isoproturon, s'est efforcée d'orienter les ventes d'autres sociétés vers des spécialités plus chères et plus

(1) Participaient à la réunion du 20 juin 1978 les sociétés : Agrishell, Bayer, CFB (BASF), Ciba-Geigy, La Quinoléine, La Littorale, Procida, Peppo, Rhodiagri, Les Raffineries de soufre réunies, Schering, Sedagri, Seppic, Sopra.

(2) Participaient à la réunion du 16 janvier 1979 les sociétés Agrishell, Bayer, CFB (BASF), Ciba-Geigy, La Littorale, Procida, Peppo, Les Raffineries de soufre réunies, Rhodiagri, Prochim, Sandoz, Schering, Sedagri, Seppic, Sopra.

(3) Participaient à la réunion du 18 septembre 1979 les sociétés Agrishell, Bayer, CFB (BASF), Ciba-Geigy, La Littorale, La Quinoléine, Procida, Peppo, Les Raffineries de soufre réunies, Rhodiagri, Sandoz, Schering, Seppic, Sopra, Sedagri.

(4) Participaient à la réunion du 5 août 1978 les sociétés : Agrishell, Bayer, Procida, Rhodiagri, Ciba-Geigy, La Quinoléine, Peppo, Schering, Seppic, Sopra.

rémunératrices comportant un mélange de ce produit plutôt que vers l'isoproturon isolé. Cette société est intervenue à la fin de l'année 1979 auprès des sociétés Procida et Ciba-Geigy, notamment lors de réunions bilatérales.

Rhône-Poulenc Agrochimie reconnaît l'existence de ces démarches et il résulte de l'instruction qu'elle a reçu de ses interlocuteurs les assurances qu'elle recherchait.

Ces interventions n'ont pas été totalement suivies d'effet. Lors de la campagne 1978-1979, les spécialités à base d'isoproturon pur ont certes continué d'être présentes sur le marché, mais n'ont cependant représenté qu'une part modeste de celui-ci.

#### Les « désherbants betteraves » :

Les sociétés Bayer et C.F.B. (BASF) se sont concertées le 4 août 1978 sur leurs intentions d'augmentation des prix des spécialités Goltix et Pyraminc, afin de maintenir l'écart de prix existant entre ces deux produits. Ces spécialités importées de la République fédérale d'Allemagne étaient alors soumises par la réglementation des prix au régime de stabilité des marges en valeur relative. Chacune des deux sociétés a ainsi voulu s'assurer que sa concurrence directe sur le marché des « désherbants betteraves » procéderait à l'augmentation maximale rendue possible par les variations du Deutschemark par rapport au franc français. De fait, le Goltix a ensuite augmenté de 3 p. cent et la Pyraminc de 2,8 p. cent.

C. — Les concertations entre sociétés qui codistribuent un produit couvert par un brevet :

#### Le Bellater et le Primagard :

Ces produits, lancés en 1974, furent codistribués jusqu'en 1980 par les sociétés Agrishell, Ciba-Geigy et Procida. La codistribution fut choisie, ainsi que l'indique la société Agrishell dans son mémoire en réponse, afin d'accélérer la croissance en volume de ces spécialités dans un contexte de vive concurrence, tant sur le marché des désherbants classiques à base d'Atazine, où vingt et un produits s'affrontaient, que sur celui des P.D.S. où il existerait un choix entre des mélanges Simazine/Atazine (quatorze produits) et des antigraminées plus récents et plus chers (dix produits); cette option en faveur de la codistribution fut faite « tout en sachant qu'elle accroissait la concurrence sur le produit (donc diminue les marges unitaires), car chaque codistributeur démarche souvent les mêmes clients ».

Pour tenter de limiter ces effets de la codistribution sur la concurrence, les prix et les marges, les sociétés Agrishell, Ciba-Geigy et Procida se sont concertées. Lors d'une réunion, tenue le 8 juin 1977, ces trois sociétés ont fixé les prix communs devant en principe être appliqués aux utilisateurs et aux revendeurs ainsi que des prix planchers. De même, les sociétés Agrishell et Procida se sont entendues pour fixer à 12 p. 100 le montant des remises maximales à accorder sur le Bellater.

Ces concertations ne furent cependant que partiellement suivies d'effets, en raison de la vive concurrence émanant de nombreux produits substituables vendus par diverses sociétés. En 1980, la Société Agrishell a mis fin à la codistribution la part du Bellater n'atteignant que 1,3 p. 100 de ces marchés, afin d'améliorer la rentabilité du produit sur un marché plus faible.

#### Les Avadex :

Les sociétés Rhodiagri et CFB (B.A.S.F.), codistributrices des Avadex, produits dont la distribution leur fut concédée par Monsanto, se sont communiqué le 2 mai 1978, c'est-à-dire avant le début de la campagne, leurs prix moyens de vente de ce produit et ont prévu de se consulter en cas d'offre « d'Avadex sauvage » sur le marché français. Le caractère très proche des prix de vente moyens des Avadex de ces deux sociétés peut toutefois s'expliquer autrement que par leur concertation : en effet, toutes les deux achètent ce produit à Monsanto à un prix identique ou comparable.

Cet échange d'informations entre les deux codistributeurs, seul élément prouvé de leur concertation, n'a pas empêché la baisse sensible du prix de ces produits, soumis à la concurrence de nombreuses spécialités substituables.

#### 2. L'application de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1433 du 30 juin 1945.

Cet article dispose que :

« Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment :

En faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente;

En favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix;

En entravant le progrès technique;

En limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises,

sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant. »

Il résulte de ce texte que la constatation d'un objet anticoncurrentiel peut suffire à la qualification d'une entente prohibée. L'absence d'effets anticoncurrentiels imputables à une entente ne peut, à elle seule, la faire échapper au champ d'application de cette prohibition.

A. — Les échanges d'informations et les discussions qui se sont déroulés les 20 juin 1978, 4 août 1978, 16 janvier 1979 et 18 septembre 1979 :

Les discussions relatives aux prix qui se sont déroulées lors de la réunion du 20 juin 1978 révèlent l'intention de procéder de manière collective à l'examen des possibilités d'augmentation de prix offertes aux entreprises par la perspective alors prochaine et hautement probable d'une libération des prix.

De la même façon, les discussions qui ont conduit les participants à la réunion professionnelle du 16 janvier 1979 à déterminer des pourcentages d'augmentation relatifs à des groupes de produits avaient, elles aussi, à tout le moins pour objet d'inciter les participants à adopter de tels pourcentages d'augmentation. Elles ne pouvaient donc que favoriser un alignement des comportements en matière d'augmentation des prix. Elles furent partiellement suivies d'effets. De tels faits sont visés par les dispositions de l'article 50.

Les échanges d'informations, relatifs aux intentions d'augmentations des prix de spécialités de marques différentes qui se sont déroulés lors des quatre réunions évoquées ci-dessus avaient pour objet, ainsi que l'a reconnu dans son mémoire en réponse la Société Agrishell de faciliter le « positionnement commercial » de chacun des participants vis-à-vis de ses concurrents. De telles informations étaient de nature, même si cela ne fut pas toujours le cas, à favoriser des hausses de prix auxquelles telle ou telle entreprise n'eût pas procédé individuellement et aux mêmes dates si elle n'avait reçu l'assurance que ses concurrents procéderaient également à des hausses d'un montant annoncé ou convenu. Certaines sociétés ne sauraient se disculper en alléguant qu'elles ont sciemment fourni au cours des réunions des indications de prix ou de taux qui devaient se révéler erronées. Ces sociétés ont soit aligné totalement ou partiellement leur attitude sur celle de leurs concurrents, soit intentionnellement fourni à ces concurrents de fausses informations de manière à ce que le taux moyen d'augmentation soit plus élevé.

Ainsi, les échanges répétés d'informations relatives aux prix futurs de spécialités, échanges auxquels se sont livrées les sociétés qui ont participé à ces quatre réunions, même s'ils n'ont eu qu'une portée pratique limitée, ont eu pour objet et ont pu avoir partiellement pour effet de restreindre la concurrence. Ils sont dès lors visés par les dispositions de l'article 50.

Il y a toutefois lieu de tenir compte de diverses circonstances pour apprécier la gravité de cette infraction.

Il est constant que certaines formes de concurrence se sont manifestées sur le marché des produits phytosanitaires. Ainsi, les entreprises concernées se sont efforcées de développer leur part de marché au détriment des autres entreprises en octroyant à leurs clients sur les prix de tarif des ristournes importantes et dont l'instruction n'a pas démontré l'uniformité. Il est fréquent dans ce secteur d'accorder à certains clients des ristournes supplémentaires destinées à compenser a posteriori un écart de prix par rapport à un concurrent; les fabricants ont mené une politique active de promotion de leurs produits tant auprès des distributeurs que des agriculteurs et de leurs conseillers.

En outre, les échanges d'informations en cause ont le plus souvent été effectués peu de temps avant que les sociétés qui avaient participé aux réunions éditent et diffusent leurs barèmes de prix; ces sociétés n'ont donc pas toujours disposé du temps nécessaire à l'utilisation optimale des informations ainsi obtenues. En tout état de cause, elles auraient disposé des mêmes informations concernant les spécialités de marques différentes un ou deux mois plus tard, ce qui d'ailleurs est suffisant pour adapter le niveau des ristournes.

Enfin, de nombreuses sociétés ont fait valoir dans leur mémoire en défense que ces pratiques n'étaient que la persistance d'habitudes antérieures engendrées par la longue période de contrôle des prix auquel fut soumis le secteur des produits phytosanitaires, ce système de contrôle nécessitant la tenue de réunions professionnelles destinées à préparer les négociations avec l'administration.

Deux considérations doivent être opposées à ce moyen. En premier lieu, la liberté des prix doit être exclusive de toute concertation sur les prix, y compris d'échanges d'informations sur les prix à pratiquer.

En second lieu, l'attention des responsables professionnels, et notamment du président de la chambre syndicale avait, en temps utile, été appelée par l'administration sur la nécessité de mettre fin à l'existence de concertations postérieurement à la libération des prix.

L'application de l'article 51, alinéa 2 :

Aux termes des dispositions de l'article 51 (2°) de l'ordonnance du 30 juin 1945, « ne sont pas visées par les dispositions de l'article précédent les actions concertées, conventions ou ententes... »

1° Dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité. »

Pour autant qu'elles aient entendu se prévaloir de ces dispositions les sociétés en cause ainsi que la chambre syndicale de la phyto-pharmacie n'ont pas démontré que les conditions d'application de ce texte fussent réunies. La circonstance que le prix moyen des produits phytosanitaires a, pendant les années couvertes par l'instruction, augmenté moins rapidement que l'inflation ne saurait être regardée comme ayant un lien de cause à effet avec les pratiques restrictives dont il s'agit.

B. — Les discussions dans les clubs par produit et la concertation entre Bayer et B. A. S. F. :

La concertation à laquelle se sont livrées les sociétés Ciba-Geigy, Procida, Agrishell et Pepero lors des réunions des 28 novembre 1978 et 29 juin 1979 qui ont eu pour objet de relever le prix de vente des triazines ou à tout le moins de freiner leur baisse, même si elle a été dépourvue d'effet en raison de la concurrence exercée par d'autres sociétés n'ayant pas participé à cette concertation, tombe sous le coup des dispositions de l'article 50.

Même si elle n'a pas été suivie de l'effet escompté, cette concertation revêt un caractère particulier de gravité dans la mesure où elle concerne un produit qui avait cessé depuis peu de temps d'être couvert par un brevet. La Société Ciba-Geigy qui fut titulaire de ce brevet jusqu'en 1975 et qui, jusqu'à cette date, a bénéficié,

en ce qui concerne les triazines, d'une protection légale qui lui a permis d'occuper pendant dix-sept ans un marché important, a ainsi tenté, par le biais d'une concertation, de faire obstacle à la concurrence qui devait s'instaurer après la chute du brevet.

Cette circonstance aggravante ne peut être retenue à l'encontre des sociétés Pepero, Procida et Agrishell, bien qu'elles aient participé à cette concertation, dans la mesure où elles n'ont eu qu'une attitude passive, s'approvisionnant en triazines auprès de la société Ciba-Geigy.

Si, ainsi que le soutient la société Ciba-Geigy, la production et la vente de spécialités à base de triazines ont représenté un apport important pour le développement de l'agriculture, cette contribution au progrès économique a trouvé une contrepartie dans la protection légale dont cette société a bénéficié pendant la durée de validité du brevet. Ce moyen ne peut donc être utilement invoqué pour solliciter le bénéfice de l'article 51 (2°) de l'ordonnance n° 45-1483 en ce qui concerne les faits litigieux.

De même, en admettant que, comme le soutient la société Ciba-Geigy, le prix de vente des spécialités à base de triazine ait été, lors des faits litigieux, à un niveau tel qu'elle a envisagé l'abandon de la fabrication de ces produits, rien n'interdit de penser que cette fabrication aurait pu être poursuivie par d'autres sociétés concurrentes plus compétitives ou désireuses de compléter leur gamme de spécialités. Ainsi il n'est nullement établi que le progrès économique impliquait l'existence de la concertation litigieuse concernant les spécialités à base de triazine.

Parallèlement la concertation entre les sociétés Bayer et C. F. B. (B. A. S. F.) tendant à un alignement du comportement de ces deux sociétés pour remonter les prix du goltix et de la pyramine, entre dans le champ des dispositions de l'article 50.

Toutefois cette infraction s'est déroulée le 4 août 1978, très peu de temps après la libération des prix à propos de produits importés encore soumis à la réglementation des marges. Par ailleurs, l'évolution des prix du goltix et de la pyramine a rapidement cessé d'être convergente. Ces circonstances sont de nature à atténuer la portée de l'infraction.

La concertation entre la Société Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri) et les sociétés Procida et Ciba-Geigy tendant à ce que les spécialités à base d'isoproturon pur, vendues par ces trois sociétés, ne soient plus mises en marché, avait pour objet de diminuer ou de supprimer la concurrence et constitue donc une infraction aux dispositions de l'article 50. Cependant cette concertation est restée sans effets : les sociétés Procida et Ciba-Geigy ont continué à mettre en marché des produits à base d'isoproturon pur et face à cette attitude, la Société Rhône-Poulenc a, elle aussi, continué de vendre des produits à base d'isoproturon pur.

C. — Les concertations entre sociétés qui codistribuent un produit couvert par un brevet :

La circonstance qu'une spécialité soit couverte par un brevet n'exclut pas que les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 puissent trouver application, si les comportements entre entreprises à propos de cette spécialité, quand bien même ils se rattacheront à l'exécution d'un accord de brevet, s'analysent en des actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit et remplissent les autres conditions d'application de l'article 50.

Ainsi les concertations qui se sont déroulées entre les sociétés Agrishell, Ciba-Geigy et Procida tendant à la détermination d'un prix commun et de politiques commerciales identiques en ce qui concerne le bellater et le primagarde entrent dans le champ d'application de l'article 50.

Il en est de même des échanges d'informations relatifs aux prix de l'avadex auxquels se sont livrées les sociétés Rhodiagri et C. F. B. (B. A. S. F.), codistributeurs de cette spécialité.

Les conventions de distribution conclues, d'une part, entre la Société Agrishell et les sociétés Ciba-Geigy et Procida, d'autre part, entre la Société Monsanto et les sociétés Rhodiagri et C. F. B. (B. A. S. F.) ne sauraient en tout état de cause, être regardées comme licites dès lors qu'elles auraient pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix et les conditions de vente de la spécialité.

Dans le même esprit, les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ne comportent pas, notamment en ce qui concerne les produits couverts par un brevet, de dérogations à l'interdiction d'imposer des prix ou des marges. Au contraire, selon l'article 37-4 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 : « est assimilé à un prix illicite le fait : ... 4° : Par toute personne de conférer, maintenir ou imposer un caractère minimum aux prix des produits et prestations de services ou aux marges commerciales, soit au moyen de tarifs ou barèmes, soit en vertu d'ententes qu'elle qu'en soit la nature ou la forme ».

Si le second alinéa de cette disposition prévoit la possibilité de déroger à cette interdiction pour un temps déterminé par arrêté interministériel, notamment s'agissant de produits nouveaux aussi que des produits couverts par l'exclusivité d'un brevet d'invention ou d'une licence d'exploitation, en l'absence de tels arrêtés relatifs aux spécialités concernées, l'interdiction formulée au premier alinéa est applicable à ces produits.

Ainsi, bien que les concertations de ce type entre codistributeurs ou entre le concédant et les codistributeurs de produits phytosanitaires couverts par un brevet soient d'usage courant et communément regardées comme un corollaire de la détention du monopole conféré par le brevet, elles entrent dans le champ d'application de l'article 50, pour autant que soient remplies toutes les conditions de cette application.

Toutefois, s'agissant de produits couverts par un brevet et sur lesquels les sociétés détentrices des brevets disposent d'un monopole de fabrication et de distribution, la codistribution est de nature à accroître la diffusion et la production de ces spécialités et à concourir au progrès économique dans la mesure où la concertation entre codistributeurs ne produit pas d'effets sensibles sur les prix desdites spécialités.

Tel fut le cas en ce qui concerne le Bellater, le Primagardé et les Avadex, spécialités soumises à la concurrence d'autres produits substituables dans des marchés où la structure de la distribution garantissait à l'époque des faits litigieux l'exercice d'une concurrence suffisante non démentie par les comportements observés. Ainsi, lors des concertations litigieuses, le prix de ces spécialités n'a pu être fixé à un niveau trop élevé sans risquer de voir freiner la pénétration de ces produits sur le marché, sauf à s'entendre avec les autres producteurs de produits substituables, ce qui n'est ni établi ni même allégué. Ces concertations ont donc produit des effets très peu sensibles sur le niveau des prix de ces deux spécialités.

En définitive, les deux concertations dont il s'agit, qui se sont déroulées dans le cadre d'accords de codistribution de produits protégés par un brevet, n'ont que faiblement restreint une concurrence rendue plus ouverte par la codistribution. Pour ces motifs, ces concertations peuvent être regardées comme couvertes par les dispositions de l'article 51, 2°, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

#### IV. — Sur les relations de certains fournisseurs avec la Société Phyto-Service :

##### 1. Les faits soumis à l'examen de la commission :

Au début de la campagne 1978-1979, la S. A. Phyto-Service, distributrice de produits phytosanitaires, implantée dans la région de Blois depuis 1953, a modifié ses méthodes de distribution. Elle a accentué sensiblement sa publicité, notamment dans des journaux professionnels agricoles en mettant l'accent sur certains produits phytosanitaires banalisés vendus moins cher ; elle a réduit ses marges commerciales et mis en place des journées promotionnelles ; conjointement elle a diminué le nombre de ses employés technico-commerciaux et le démarchage des agriculteurs au siège de leur exploitation. L'apparition de nouvelles méthodes de vente et du « discount » dans la distribution des produits phytosanitaires, qui s'est traduite par l'accroissement substantiel du nombre des clients, a suscité des inquiétudes et des réactions tant de la part des coopératives agricoles concurrentes de la S. A. Phyto-Service que des fabricants de produits phytosanitaires.

Les coopératives agricoles La Franciade, membre de l'U. N. C. A. A., et L'Union, membre de l'U. G. C. A. F., situées dans le même département que la S. A. Phyto-Service et qui lors de la campagne dont il s'agit détenaient respectivement 53 p. 100 et 27 p. 100 du marché départemental des produits phytosanitaires, durent s'aligner en baisse sur certains prix pratiqués par la S. A. Phyto-Service et accorder rétroactivement des remises spécifiques à leurs adhérents. Vouloir conserver leurs marges commerciales, ces deux coopératives agricoles ont sollicité et obtenu de nombreux fabricants (Pepero, Agrishell, Sandoz, Sopra) des compensations financières.

A la même époque l'U. N. C. A. A. demandait à la société C. F. B. (E. A. S. F.) de sanctionner Phyto-Service. Elle entraînait en relation avec la chambre syndicale de la phytopharmacie et cherchant à jeter un doute sur la situation financière de la S. A. Phyto-Service, l'informait du récent changement de régime matrimonial du directeur général de cette société.

Les difficultés rencontrées auprès de distributeurs situés dans la région Centre, les problèmes nouveaux posés par la commercialisation de produits phytosanitaires banalisés, la vente de spécialités à des prix inférieurs à ceux regardés comme normaux par les fabricants ainsi que certaines erreurs commises par la S. A. Phyto-Service, notamment dans le contenu de ses publicités, ont conduit les fabricants à se concerter au sein de la chambre syndicale de la phytopharmacie.

C'est ainsi que les problèmes causés aux fabricants par la S. A. Phyto-Service furent évoqués dans cette instance professionnelle dès le mois d'octobre 1979, notamment lors d'une réunion du comité du président, ainsi que l'atteste une lettre du secrétaire général de cette chambre syndicale datée du 26 octobre 1979 relative « au cas Phyto-Service ».

« Nous avons eu l'occasion d'en parler tout récemment à une réunion du comité du président, mais il semble bien en définitive que la seule parade consiste à ne pas fournir de marchandises à une telle entreprise, mais comme vous le soulignez très justement, cela peut comporter certains risques.

« La question est à l'étude en particulier au sein de notre commission des études économiques et je ne manquerai pas de vous tenir au courant des résultats de cette consultation. »

L'étude des moyens juridiques susceptibles d'être mis en œuvre pour contrecarrer le développement de la politique commerciale nouvelle de la S. A. Phyto-Service fut faite à l'occasion de deux réunions de la commission des études économiques de la chambre syndicale tenues les 18 décembre 1979 et 22 janvier 1980 et surtout lors de la réunion d'un groupe de travail réuni spécialement à ce sujet, le 21 janvier 1980. Il est avéré que les sociétés Ciba-Geigy, Sandoz, Pepero, Rhodiagri, Procida et Bayer participaient à ce groupe de travail.

Lors de cette réunion, dont les conclusions furent relatées le lendemain aux membres de la commission des études économiques, les sociétés Procida, Bayer et Ciba-Geigy ont annoncé qu'elles opposaient des refus de vente aux commandes de la S. A. Phyto-Service en raison, pour la première, d'erreurs de préconisation, pour la seconde, de vente à perte et, pour la troisième, de contrefaçon.

Selon le compte rendu de cette réunion qu'a fait le représentant de la Société Procida :

« Pour trois sociétés, Procida, Bayer et Ciba-Geigy, les choses sont claires, elles refusent la vente (...). Pour les autres sociétés, Pepero, Rhodiagri, B. A. S. F., Sandoz, Schering, La Littorale, il n'y a pas de faits à retenir contre Gosseau, elles sont condamnées à répondre aux commandes de Gosseau, en assurant la ristourne morte-saison, et en appliquant le barème « discriminatoire » pour chaque produit demandé. Il est à noter que les demandes portent sur de très petites quantités ; le client ne peut donc pas prétendre être « très bien placé ».

« La chambre syndicale va saisir la répression des fraudes pour enquêter : en effet, Gosseau offre des produits qui n'existent pas aux consommateurs (les matières actives ne sont pas autorisées à la vente). D'autre part, cette publicité devrait être accompagnée du numéro A. F. V., des composants et du classement des produits. Certains emballages ont les numéros de lots grattés. »

A la fin de l'année 1979 et au début de l'année 1980, trois sociétés, Bayer, Procida, qui antérieurement approvisionnaient la S. A. Phyto-Service, et Ciba-Geigy, ont refusé d'honorer totalement ou partiellement des commandes passées par ce distributeur.

De même de nombreuses sociétés ont, en décembre 1979 et au début 1980, consenti à la S. A. Phyto-Service des conditions de vente sensiblement différentes de celles accordées à d'autres distributeurs.

Ainsi la Société Bayer, qui au titre de la campagne 1978-1979 avait consenti à la S. A. Phyto-Service d'importantes remises de fin de campagne, a, à la fin de la campagne 1979-1980, refusé d'accorder à ce distributeur aucune remise complémentaire, alors que de telles remises furent généralement attribuées aux autres distributeurs.

La Société Agrishell, en ce qui concerne le Suffix 425 et le Derosal, a accordé à la S. A. Phyto-Service en 1979-1980 des conditions de vente à la fois moins favorables que celles qui lui avaient été attribuées en 1978-1979 et inférieures à celles accordées aux autres distributeurs.

Pareillement, les conditions de vente consenties à la S. A. Phyto-Service en décembre 1979 ou au début de l'année 1980 par les sociétés Sandoz en ce qui concerne le sandomil, Procida pour le cycocel C 5, B. A. S. F. pour la bavistine et le cycocel, La Quinoline pour le dithane M 45, Schering en ce qui concerne le betamal, le tramat, le fervin, le saturnal et le niomil, comportent des écarts sensibles par rapport à celles consenties à d'autres distributeurs.

A la même époque les sociétés Pepero et Agrishell ont exercé des pressions à l'endroit des établissements Beraut, grossistes, afin que ceux-ci cessent d'approvisionner Phyto-Service ; un autre grossiste, Somagri, a subi des pressions de même nature de la part des sociétés Pepero, Ciba-Geigy et Procida.

##### 2. L'application de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 :

Il correspond à la vocation naturelle des syndicats professionnels, dans la défense des intérêts collectifs de leurs ressortissants, d'informer ceux-ci des innovations qui peuvent affecter leur activité, notamment en ce qui concerne la distribution de leurs produits ; de même il entre dans leurs attributions légales de procéder à l'examen juridique de problèmes généraux tels que ceux afférents à l'application des législations sur le refus de vente ou les pratiques discriminatoires ; il leur est possible d'apporter à chacun de leurs adhérents des conseils individualisés. Toutefois de tels conseils ou informations peuvent changer de nature lorsqu'ils s'analysent en des incitations à des mesures de rétorsion visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets.

Lors des réunions de la chambre syndicale, les participants ne se sont pas bornés à procéder à l'examen juridique des notions de refus de vente et de pratiques discriminatoires. Ces réunions, et plus particulièrement celle du 21 janvier 1980, avaient notamment pour objet d'étudier les actions individuelles de rétorsion susceptibles d'être « légalement » mises en œuvre par chacun des participants à l'égard d'une société donnée, la S. A. Phyto-Service.

Les informations alors fournies par les sociétés Bayer, Ciba-Geigy et Procida quant à leurs relations avec ce distributeur étaient de nature à conforter l'opposition d'autres sociétés vis-à-vis de la S. A. Phyto-Service.

Sans exclure l'hypothèse selon laquelle certains des comportements des sociétés à l'égard de la S. A. Phyto-Service aient pu trouver leur origine dans les relations bilatérales entretenues avec ce distributeur et sans préjuger du bien-fondé de tels comportements au regard des dispositions relatives au refus de vente et aux pratiques discriminatoires, ces discussions, commencées dès le mois d'octobre 1979, ont contribué à cristalliser le comportement des adhérents à la chambre syndicale et ont accentué la convergence des attitudes individuelles de rétorsion à l'égard de la S. A. Phyto-Service.

Ainsi ces faits ont eu pour objet et ont pu avoir pour effet d'entraver le développement d'une forme nouvelle de distribution de produits phytosanitaires ; ils ont limité l'exercice de la concurrence sur le marché de ces produits et fait obstacle à l'abaissement de leurs prix de vente. Dès lors, ces faits sont visés par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

La chambre syndicale de la phytopharmacie et les sociétés en cause estimant n'avoir pas commis d'infraction aux dispositions de l'article 50 de l'ordonnance, n'ont pas invoqué le bénéfice de celles de son article 51. En tout état de cause elles n'ont pas apporté des éléments de nature à démontrer que leurs agissements avaient pu avoir pour effet d'assurer le développement du progrès économique ; elles ne peuvent donc bénéficier de l'application des dispositions de l'article 51 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

Il y a lieu, pour apprécier la gravité des pratiques examinées, de tenir compte de certaines circonstances particulières.

Les comportements des sociétés en cause et de la chambre syndicale ont, en partie, résulté des pressions exercées par les coopératives agricoles L'Union, La Franciade et l'U. N. C. A. A., cette dernière étant intervenue directement auprès de la chambre syndicale et de la Société C. F. B. (B. A. S. F.).

Les attitudes de la S. A. Phyto-Service à laquelle des sociétés reprochent le contenu erroné de certaines publicités, des ventes à perte et, pour l'une d'entre elles, une contrefaçon ainsi que, pour une autre, un différend pécuniaire, peuvent expliquer certains de ces comportements.

En outre, l'innovation résultant de la mise en place d'une forme nouvelle de distribution de produits phytosanitaires sous forme de « discount » et de « vente à emporter », alors que les fabricants considèrent que ces produits ne peuvent être vendus qu'avec des conseils relatifs à leur emploi, a pu amener les fabricants à s'intéresser sur le niveau des remises qui devaient correspondre aux services rendus par les distributeurs traditionnels.

De même, la présence des sociétés membres de la commission des études économiques aux réunions de cette instance tenues les 18 décembre 1979 et 22 janvier 1980 se justifie dans la mesure où l'ordre du jour de ces réunions comportait des objets autres et ne tombant pas dans le champ de l'article 50.

A l'inverse, l'absence de documents écrits relatant les conditions de vente de la majorité des sociétés concernées a conduit celles-ci à ne pas répondre ou à répondre imparfaitement aux demandes de communication de ces conditions de vente formulées par S. A. Phyto-Service. La volonté de cette société d'obtenir une transparence accrue des conditions de vente, dans un secteur où les usages commerciaux privilégiaient les remises personnalisées et où l'on s'efforçait d'imposer des prix, a largement contribué au déclenchement des actions concertées de rétorsion.

#### V. — Sur les suites à donner :

A. — En ce qui concerne les ententes de prix et les relations de certains fournisseurs avec la Société Phyto-Service :

Compte tenu de la modicité des effets des concertations en cause et des circonstances dans lesquelles certaines d'entre elles se sont déroulées, il n'y a pas lieu de transmettre le dossier au Parquet. Il convient, par contre, d'appliquer des sanctions pécuniaires et de les évaluer en tenant compte des critères définis à l'article 53, 3<sup>e</sup> alinéa, de l'ordonnance n° 45-1483.

De telles sanctions devraient être appliquées aux sociétés Agrishell, C. F. B. (B. A. S. F.), Bayer, Ciba-Geigy, La Littorale, La Quinoléine, Peppo, Procida, Raffineries du soufre réunies, Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri) (1), Sandoz, Schering, Seppic et Sopra en raison de leur participation à une ou plusieurs des quatre réunions relatives ci-dessus au cours desquelles furent échangées des informations sur les prix de diverses spécialités et discutés des objectifs d'augmentation des prix pour des familles de produits. La chambre syndicale de la phytopharmacie, devenue depuis lors l'U. I. P. P., organisatrice de trois de ces réunions, devrait de même se voir appliquer une sanction pécuniaire.

Il convient également de faire supporter des sanctions pécuniaires à la Société Ciba-Geigy en tant qu'instigatrice de la concertation portant sur les triazines, ainsi que — avec des responsabilités moindres — aux sociétés Procida, Peppo et Agrishell qui ont participé à cette concertation.

Parallèlement des sanctions pécuniaires devraient être prononcées à l'encontre de la Société Rhône-Poulenc Agrochimie qui a pris l'initiative de la concertation visant à retirer du marché l'isoproturon pur, ainsi que — avec des responsabilités moindres — des sociétés Procida et Ciba-Geigy qui ont participé à cette concertation.

Enfin, il convient d'appliquer une sanction de principe pour la concertation entre les sociétés Bayer et C. F. B. (B. A. S. F.) relative aux prix du goltix et de la pyramine.

En ce qui concerne l'action concertée, mais qui n'a été que partiellement suivie d'effet, tendant à contrecarrer la politique commerciale de la Société Phyto-Service, des sanctions pécuniaires devraient être appliquées aux sociétés Bayer, Ciba-Geigy, Procida, Sandoz, Peppo et Agrishell. Pour ce qui est de cette dernière société, il doit être tenu compte de son absence volontaire à la réunion du 21 janvier motivée par le souci de ne pas exposer à ses concurrents la politique qu'elle entendait mener à l'égard de la Société Phyto-Service. En raison, tout à la fois, de leur non-participation à la réunion spécifique du 21 janvier 1980, du caractère limité des mesures de rétorsion prises par elles à l'égard de la S. A. Phyto-Service ou du fait que ces mesures apparaissent comme étant détachables de l'action concertée, il n'y a pas lieu de prononcer, à ce titre, de sanctions pécuniaires à l'égard des autres sociétés.

Il convient de recommander aux coopératives agricoles La Franciade, L'Union et l'U. N. C. A. A. d'éviter à l'avenir d'abuser de leur puissance d'achat, notamment pour susciter de la part des fabricants des mesures de rétorsion à l'égard de concurrents.

Eu égard à l'importance respective des infractions ainsi commises et compte tenu des autres critères énoncés à l'article 53 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, ces sanctions pécuniaires devraient s'élever à :

Deux millions de francs pour la Société Ciba-Geigy ;  
Un million trois cent mille francs pour la Société Rhône-Poulenc Agrochimie ;  
Un million trois cent mille francs pour la Société Procida ;  
Huit cent mille francs pour la Société Peppo ;

(1) Rhodiagri qui, à l'époque des faits, était une filiale de Rhône-Poulenc Agrochimie, a depuis lors perdu sa personnalité juridique, étant devenue un département de cette société.

Sept cent mille francs pour la Société Bayer ;  
Cinq cent mille francs pour la Société Agrishell ;  
Cinq cent mille francs pour la Société Sandoz ;  
Deux cent mille francs pour la Société C. F. B. (B. A. S. F.) ;  
Cent mille francs pour les sociétés Schering, La Quinoléine, La Littorale, Seppic, Raffineries de soufre réunies, Sopra et pour la chambre syndicale de la phytopharmacie, devenue U. I. P. P.

Il convient enfin, conformément aux dispositions de l'article 53, alinéa 4, de l'ordonnance n° 45-1483, de proposer que la décision ministérielle prononçant une sanction pécuniaire ainsi que les extraits de l'avis de la commission relatifs aux relations des sociétés en cause avec la Société Phyto-Service qui en constituent la motivation fassent l'objet d'une publicité dans cinq publications agricoles nationales ou diffusées dans la région Centre ; les sociétés Bayer, Ciba-Geigy, Procida, Sandoz et Peppo devraient supporter chacune les frais de l'une de ces publications.

#### B. — En ce qui concerne les tarifs et les conditions de vente :

L'examen des pièces versées au dossier, notamment celles qui se rapportent aux relations entre les fabricants et, d'une part, la Société Phyto-Service, d'autre part, les grossistes Somagri et Bérault, fait apparaître l'insuffisance de la transparence des tarifs et des conditions de vente appliqués sur le marché des produits phytosanitaires.

Cette situation s'est révélée être préjudiciable au développement de la concurrence sur ce marché : elle a permis à certains fabricants d'imposer aux grossistes des prix de revente ; elle a rendu plus facile l'exercice de pressions auprès de distributeurs afin que ceux-ci respectent les prix conseillés par le fabricant ; elle a contribué à la mise en œuvre de pratiques discriminatoires et de mesures de rétorsion à l'égard de formes nouvelles de distribution.

L'instruction ne révèle pas, en ce qui concerne ces pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'actions concertées visées par l'article 50 susceptibles de fonder des injonctions à l'égard des sociétés concernées. Il apparaît cependant souhaitable de recommander aux sociétés qui fabriquent des produits phytosanitaires de mieux se conformer aux dispositions légales et réglementaires en vigueur telles qu'elles ont été explicitées par la circulaire du 10 janvier 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises.

Le jeu de la concurrence sur le marché des produits phytosanitaires serait plus satisfaisant si les sociétés s'attachaient particulièrement à :

Veiller à ce que leurs tarifs de vente ne puissent être compris comme des tarifs de prix minima devant être appliqués aux utilisateurs. Dans cette perspective il est souhaitable que ces tarifs comportent pour prix de base les prix les moins favorables effectivement pratiqués après attribution des remises de distribution et de morte saison et non des prix théoriques qui ne sont facturés à aucun distributeur ;

Communiquer à tout acquéreur qui en fait la demande dans des délais normaux un document récapitulant leurs conditions de vente. Ce document doit comporter l'ensemble des remises et ristournes susceptibles d'être accordées aux distributeurs et expliciter les critères d'attribution retenus en pondérant chacun d'entre eux (quantités commandées, progression du chiffre d'affaires, nombre de produits de la gamme vendus, etc.), en évitant d'utiliser des critères anticoncurrentiels ;

Etablir une répartition différente entre les remises quantitatives et qualitatives, étant rappelé que la principale justification qui peut être donnée à une discrimination de prix est l'importance des quantités vendues. S'il peut être tenu compte des services particuliers effectivement rendus par le client au fournisseur, résultant, notamment dans le secteur des produits phytosanitaires, de l'intervention de spécialistes, ce correctif ne peut être que d'incidence limitée. Il doit correspondre non à l'économie réalisée par le distributeur lorsqu'il supprime un certain nombre de services rendus, mais à l'allègement des charges de conseil et de préconisation que, sans ce conseil du distributeur, le fournisseur aurait dû mettre en place dans la région concernée ;

Annoncer et définir clairement les conditions d'attribution des remises dites de fin de campagne qui ne se justifient que par l'adaptation des remises au chiffre d'affaires effectivement réalisé par le distributeur pendant une campagne donnée ; l'existence de remises importantes attribuées selon des critères flous tels que le degré de « concertation » avec la société, permet en pratique au fabricant d'imposer ses prix.

#### C. — En ce qui concerne la répartition de marchés dont ceux de l'ancien S. E. I. T. A. :

En raison de ses particularités et de l'absence de connexité avec les comportements qui font l'objet du présent avis, cet aspect de la saisine donnera lieu à une instruction distincte.

#### D. — En ce qui concerne les accords de distribution et les comportements anticoncurrentiels :

Les accords de distribution, exclusifs ou non, et les accords de fabrication et de distribution contiennent souvent des clauses qui peuvent engendrer des comportements anticoncurrentiels. Ils sont dès lors susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 50.

En effet, comme cela a été indiqué précédemment, de telles clauses figurant dans ces conventions et les comportements qui en découlent, bien que se fondant sur des droits de propriété industriels, ne sauraient échapper à l'application des dispositions d'ordre public de l'article 50 dès lors qu'elles aboutissent à créer une ou des situations visées par l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article et entraînent des restrictions de la concurrence qui ne sont pas indispensables pour obtenir les avantages économiques que les brevets tendent à assurer.

Cependant, ces clauses et comportements ne peuvent être qualifiés, au regard de l'article 50, que cas par cas, en fonction des caractéristiques des produits ou spécialités et des marchés concernés. Les informations actuellement recueillies ne permettant pas de procéder à cet examen, il y a lieu de différer l'avis sollicité sur ce point par le ministre de l'économie et des finances.

E. — En ce qui concerne la procédure d'homologation des spécialités antiparasitaires à usage agricole :

L'effet de certaines des restrictions de la concurrence examinées ci-dessus est d'autant plus sensible qu'il peut exister du fait du cadre législatif et réglementaire propre à ce secteur d'activités des limitations à la liberté d'accès au marché.

Il est de l'intérêt de la concurrence, tout spécialement dans les marchés où les brevets occupent une place aussi importante que celle qu'ils détiennent dans le secteur des produits phytosanitaires, que la mise sur le marché de spécialités substituables à celles existant rencontre, dans le cadre des indispensables contrôles d'innocuité et d'efficacité, le moins d'obstacles possible. Les règles relatives à la procédure d'homologation doivent comporter toutes les garanties relatives au contrôle de l'innocuité et de l'efficacité des produits concernés, mais ne sauraient, lorsque cela n'est pas indispensable, retarder de quelques années, notamment après l'expiration de la validité du brevet, la mise sur le marché de formulations concurrentes.

Dans cette perspective, on doit admettre que la fabrication de spécialités ayant une formulation différente de celles déjà homologuées entraîne pour le fabricant l'obligation de procéder à de nouvelles expérimentations, sous la réserve, actuellement admise par le comité d'homologation, d'apprécier s'il est possible d'extrapoler les résultats d'une formulation à l'autre.

Par contre, lorsqu'une spécialité a une formulation strictement identique à celle d'une spécialité fabriquée par une autre société et déjà homologuée, son homologation semble pouvoir être accordée sans qu'il soit besoin de recourir à nouveau aux expérimentations déjà effectuées. Le dossier exigé du demandeur doit pouvoir comporter des éléments empruntés au dossier toxicologique déposé antérieurement devant la commission compétente. L'accès par le nouveau demandeur au dossier antérieurement déposé par une société qu'il entend concurrencer doit cependant se faire dans des conditions sauvegardant les secrets des formulations et des fabrications.

Emet l'avis :

1) Que, globalement considéré, le marché des produits et spécialités phytosanitaires se caractérise par une vive concurrence, mais que certaines sociétés ont, entre 1977 et 1981, mis en œuvre certaines pratiques destinées à modérer cette concurrence, surtout s'agissant de la commercialisation de produits banalisés ;

2) Que les sociétés Agrishell, C.F.B. (B.A.S.F.), Bayer, Ciba-Geigy, La Litorale, La Quinoléine, Pépro, Procida, Raffineries de Soufre Reunies, Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri), Sandoz, Schering, Seppic et Sopra, en se concertant à plusieurs reprises sur des augmentations de tarifs et en échangeant des informations concernant de nombreuses spécialités phytosanitaires, lors de la campagne 1979-1980 ainsi que la chambre syndicale de la phytopharmacie, devenue l'U.I.P.P. depuis lors, en organisant trois réunions, au cours desquelles ces faits se sont déroulés, ont mis en œuvre des actions concertées visées par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, sans pouvoir bénéficier de l'application des dispositions de son article 51 ;

3) Que les sociétés Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri), Procida et Ciba-Geigy, en se concertant lors de la campagne 1978-1979 pour que ne soient plus mises en marché des spécialités à base d'isoprotron pur ont contrevenu aux dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sans pouvoir se prévaloir des dispositions de son article 51 ;

4) Que les sociétés Ciba-Geigy, Procida, Pépro et Agrishell, afin de freiner la baisse des prix des spécialités à base de triazines, ont mis en œuvre des actions concertées interdites par l'article 50 et non couvertes par l'article 51 ;

5) Que les sociétés Bayer et C.F.B. (B.A.S.F.) en se concertant sur les prix du goltix et de la pyramine ont contrevenu aux dispositions de l'article 50 sans pouvoir se prévaloir des dispositions de l'article 51 ;

6) Que les sociétés Agrishell, Ciba-Geigy et Procida, en se concertant lors de la campagne 1977-1978 sur les prix des bellater et du primagard, spécialités codistribuées par elles, ainsi que les sociétés Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri) et C.F.B. (B.A.S.F.) en informant sur les prix des avadex, codistribués par elles ont contrevenu aux dispositions de l'article 50 ; que toutefois les conditions d'application de l'article 51-2 sont réunies en ce qui concerne ces faits ;

7) Que les sociétés Bayer, Ciba-Geigy, Procida, Sandoz, Pépro et Agrishell, en s'entendant pour contrecarrer la politique commerciale de la société de négoce Phyto-Service, ont contrevenu aux dispositions de l'article 50 sans être en mesure de se prévaloir des dispositions de l'article 51 ;

8) Qu'il y a lieu de recommander aux coopératives agricoles La Franciade, L'Union et l'U.N.C.A.A. d'éviter à l'avenir d'abuser de leur puissance d'achat notamment pour susciter de la part des fabricants des mesures de rétorsion à l'égard de concurrents ;

9) Qu'il y a lieu de recommander aux sociétés de fabrication de produits ou spécialités phytosanitaires d'aménager leurs tarifs et conditions de vente pour les rendre plus conformes aux orientations définies au paragraphe VB du présent avis et par là aux exigences d'un meilleur fonctionnement de la concurrence ;

10) Qu'il y aurait avantage, de ce dernier point de vue, à ce que les conditions d'homologation des spécialités antiparasitaires à usage agricole facilitent l'accès au marché de nouveaux fabricants de produits banalisés ;

11) Que les infractions constatées aux points 1 à 5 et 7 ci-dessus justifient l'application d'une sanction pécuniaire de :

Deux millions de francs pour la Société Ciba-Geigy ;  
Un million trois cent mille francs pour la Société Rhône-Poulenc Agrochimie (Rhodiagri) ;  
Un million trois cent mille francs pour la Société Procida ;  
Huit cent mille francs pour la Société Pépro ;  
Sept cent mille francs pour la Société Bayer ;  
Cinq cent mille francs pour la Société Agrishell ;  
Cinq cent mille francs pour la Société Sandoz ;  
Deux cent mille francs pour la Société C.F.B. (B.A.S.F.) ;  
Cent mille francs pour les sociétés Schering, La Quinoléine, La Litorale, Seppic, les Raffineries de soufre réunies et Sopra, ainsi que pour la chambre syndicale de la phytopharmacie, devenue U.I.P.P. ;

12) Que la décision du ministre de l'économie et des finances prononçant ces sanctions pécuniaires, ainsi que les extraits de l'avis de la commission se rapportant aux relations entre les sociétés susvisées et la S.A. Phyto-Service, qui constituent la motivation de cette décision, soient publiés dans cinq publications agricoles nationales ou diffusés dans la région Centre, les sociétés Bayer, Ciba-Geigy, Procida, Sandoz et Pépro supportant chacune les frais de l'une de ces publications.

Délibéré en formation plénière sur le rapport de M. Guy Pichard et sous la présidence de M. Donnedieu de Vabres, dans sa séance du 26 mai 1983.

ANNEXE N° 6

Avis relatif à la situation de la concurrence sur le marché  
des médicaments et spécialités pharmaceutiques à base de  
DIPYRIDAMOLE

La Commission de la Concurrence, siégeant en section,

Vu les ordonnances modifiées n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 respectivement relatives aux prix et à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique ;

Vu la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, ensemble le décret n° 77-1189 du 25 octobre 1977 ;

Vu le Code de la Santé ;

Vu l'article 40 de la loi n° 73-1193 d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 ;

Vu la lettre en date du 19 mai 1982 par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi la Commission de la Concurrence des pratiques anticoncurrentielles exercées par le groupe BOEHRINGER-INGELHEIM sur le marché de la PERSANTINE et de son principe actif, le DIPYRIDAMOLE ;

Vu les observations présentées par les parties intéressées sur le rapport qui leur a été communiqué le 9 février 1983 ;  
Après avoir entendu les parties qui en avaient fait la demande.

I. — Sur la saisine et la procédure

A) Sur le champ de la saisine :

1. La Commission de la Concurrence a été saisie par le Ministre de l'Économie et des Finances d'un dossier relatif aux pratiques suivantes, relevées au cours des années 1976 à 1981 : l'utilisation par le groupe BOEHRINGER-INGELHEIM du monopole d'exploitation conféré par le brevet relatif au dipyridamole pour fixer le prix du produit à un niveau artificiellement élevé ; les actions de toute nature menées par le groupe pour empêcher la mise sur le marché de spécialités pharmaceutiques concurrentes fabriquées à partir du même principe actif, après que le brevet soit tombé dans le domaine public ; les perturbations apportées au fonctionnement normal du marché hospitalier du dipyridamole, par une surenchère à la baisse des prix, suivie de la généralisation d'une politique de dons du médicament aux hôpitaux, mise en œuvre par le groupe précité et par les laboratoires BOTTU.

2. Entrent également dans le champ de compétence de la Commission certaines pratiques constatées par le rapporteur, pratiques dont la lettre de saisine ne faisait pas mention mais qui affectent le marché et les relations entre entreprises dont certains aspects ont fait l'objet de la saisine.

B) Sur la régularité de la procédure :

3. Certaines des parties intéressées ont contesté la régularité de la procédure en observant :

— qu'elles n'ont pas reçu communication de l'ensemble du dossier administratif constitué avant l'établissement du rapport qui leur a été transmis pour observations ;

— qu'en supposant que la lettre de saisine emporte un caractère interruptif de la prescription triennale applicable en la matière, les faits à examiner ne sauraient remonter à une date antérieure au 19 mai 1979.

4. Sur le premier point, il convient de se référer aux prescriptions de l'article 52, 3<sup>e</sup> alinéa, de l'ordonnance n° 45-1483 susvisée, aux termes desquelles les rapports de la Commission « doivent contenir l'exposé des faits et griefs relevés à la charge des entreprises, ainsi que les éléments d'information et les documents ou leurs extraits sur lesquels se fonde le rapporteur. Ils sont communiqués aux parties intéressées qui sont mises en mesure de présenter leurs observations ».

5. Cette disposition, qui organise la procédure contradictoire, implique que la Commission ne puisse retenir aucun grief qui n'ait été exposé par le rapporteur dans son rapport et les pièces annexes et qui, dès lors, n'ait pu être discuté par les parties ou qui ne ressorte des observations présentées par les parties ou des pièces qui y sont jointes. Mais cette disposition n'exige nullement, comme l'a précisé la décision du Conseil d'Etat du 13 mars 1981, que soit communiqué aux parties l'ensemble des pièces correspondant à l'enquête administrative, notamment les rapports administratifs.

6. Sur le second point, l'article 58 de l'ordonnance n° 45-1483 susvisée indique que « la prescription de l'action publique est interrompue dans les conditions du droit commun, y compris par la rédaction des procès-verbaux visés au 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 52, ainsi que par la saisine de la Commission de la Concurrence » ; doivent être également considérés comme interruptifs de la prescription, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence (Cour d'Appel de Versailles, 8<sup>e</sup> Chambre, 6 mars 1981), les rapports visés au même article 52, en tant qu'ils ont le même objet que les procès-verbaux et sont également établis par les agents habilités à constater les infractions en vertu de l'article 6 de l'ordonnance 45-1484 du 30 juin 1945. Le premier rapport d'enquête annexé à la lettre de saisine, dont les éléments de fait ont été repris dans le rapport communiqué aux parties, datant de novembre 1979, c'est à bon droit que la Commission a retenu des faits et griefs relevés depuis novembre 1976.

## II. — Sur les caractéristiques du marché

### A) Définitions :

7. La spécialité pharmaceutique est définie comme tout médicament préparé à l'avance, présenté sous un conditionnement particulier et caractérisé par une dénomination spéciale.

Les médicaments sont composés d'un principe actif, naturel ou synthétique, et d'excipients. Ils sont ensuite mis sous forme galénique (comprimés, gélules, ampoules...) et, éventuellement, conditionnés.

Les médicaments dits « génériques » (ou « copiés », « imités » ou « bis ») correspondent à la fabrication d'un médicament, dont le brevet est tombé dans le domaine public, par d'autres entreprises que l'inventeur du médicament (ou de son principe actif).

### B) Caractéristiques générales du marché des produits pharmaceutiques.

8. Le marché thérapeutique, considéré dans son ensemble, ne répond guère aux mécanismes traditionnels de la concurrence, au niveau de la demande. Le consommateur final doit, la plupart du temps, passer par l'intermédiaire d'un prescripteur, le praticien libéral ou hospitalier. L'un et l'autre sont peu sensibles au prix du produit, soit du fait des mécanismes de prise en charge des coûts de la santé par la Sécurité Sociale et les organismes mutualistes, soit du fait de la priorité accordée à l'efficacité thérapeutique, réelle ou supposée, du médicament prescrit.

9. En outre, les possibilités de substitution entre médicaments sont limitées par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives, ainsi que par leurs diverses propriétés pharmacologiques.

10. Toutefois, une substituabilité quasi totale est possible entre médicaments et spécialités pharmaceutiques ayant, à dose égale, un même principe actif. Lorsqu'elle émane des établissements hospitaliers, publics ou privés, la demande est particulièrement sensible au niveau des prix de produits substituables, tels que ci-dessus définis.

### C) Caractéristiques du marché des médicaments et spécialités pharmaceutiques à base de dipyridamole.

11. Le dipyridamole est un principe actif mis au point par la société de droit allemand Docteur Karl THOMAE à partir d'un produit intermédiaire couramment appelé D. D. H. (dipéridino-dichlorohomopurine). Il a fait l'objet d'un dépôt de brevet qui, en France, est tombé dans le domaine public le 14 mars 1976.

12. Jusqu'à cette date, la PERSANTINE, des Laboratoires BOEHRINGER-INGELHEIM, a été la seule spécialité à base de dipyridamole mise sur le marché. Par la suite, ont successivement été commercialisés, notamment, le PERIDAMOL des Laboratoires Français de Thérapeutique ; deux médicaments fournis aux seuls hôpitaux par les sociétés SOBIO et RIKER ; le PRANDIOL des Laboratoires BOTTU ; le NATYL des Laboratoires NATIONELLE ; la CORONARINE des Laboratoires NEGMA et le PROTANGIX des Laboratoires LEFRANCO. Le PRANDIOL est la seule spécialité dont la quasi-totalité des phases de production, y compris celle du D. D. H., est, depuis 1980, assurée sur le territoire national ; les autres spécialités sont fabriquées à partir de D. D. H. ou de dipyridamole importé.

13. Ces médicaments sont proposés comme traitement adjuvant de la maladie coronarienne, en raison de leurs effets vaso-dilatateurs. A l'époque des faits examinés, ils ont été perçus par les prescripteurs comme les seuls disponibles présentant à la fois cette fonction vaso-dilatatrice et des propriétés antiagrégantes plaquettaires alors même que ces dernières n'étaient pas médicalement reconnues, aucune autorisation de mise sur le marché (A. M. M.) n'ayant été accordée à ce titre. Cette perception d'une double propriété, qui a notablement contribué au développement des ventes, a conféré une certaine spécificité au marché des médicaments et spécialités à base de dipyridamole.

### III. — Sur l'existence d'une position dominante du groupe BOEHRINGER-INGELHEIM

14. Le groupe BOEHRINGER-INGELHEIM, ci-après dénommé le groupe, comprend une dizaine d'entreprises allemandes et une cinquantaine d'entreprises étrangères. Il est organisé autour de la société de droit allemand CH BOEHRINGER Sohn qui contrôle deux sociétés de portefeuille, PHARMA INVESTMENT GROUP, de droit canadien, et BOEHRINGER INGELHEIM INTERNATIONAL-GmbH, de droit allemand. Cette dernière contrôle notamment la société financière FRANCE INGELHEIM (SOFFIN) qui possède la majorité du capital des sociétés françaises du groupe dont Laboratoires du Sud-Ouest (LABSO) qui transforme le D. D. H. en principe actif, Laboratoires BOEHRINGER INGELHEIM (L. B. I.), producteur du médicament commercialisé, pour partie, sous l'appellation PERSANTINE, et Laboratoires FRANÇAIS DE THÉRAPEUTIQUE (L. F. T.), dont l'activité se limite à conditionner et commercialiser, sous l'appellation PERIDAMOL, une partie de la production de L. B. I.

15. Le chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe s'est élevé en 1981 à 3360 millions de D.M., dont 2716 millions de produits pharmaceutiques. Le groupe occupe la 11<sup>e</sup> place mondiale des sociétés pharmaceutiques. En France, avec un chiffre d'affaires total « pharmacie à usage humain » de 522 millions de francs, il détient le 10<sup>e</sup> rang national.

16. Sur le marché spécifique des médicaments à base de dipyridamole, le groupe, après avoir détenu le monopole absolu jusqu'en 1976, a vu sa part de marché décroître progressivement, mais tout en restant prépondérante, avec encore près de 76 % des quantités vendues et plus de 82 % du chiffre d'affaires réalisé en 1981.

17. Son principal concurrent, les laboratoires BOTTU, ont pour leur part, réalisé 16 % des ventes en quantité et moins de 12 % du chiffre d'affaires global pour l'année 1981.

18. En outre, la majorité des prescripteurs associent encore, jusqu'à les confondre, la dénomination spéciale du produit d'origine, la PERSANTINE, et la dénomination commune internationale, le DIPYRIDAMOLE.

19. Enfin, le groupe BOEHRINGER a indirectement bénéficié, pour conserver sa position sur le marché, des réglementations spécifiques au marché pharmaceutique, relatives notamment à la mise sur le marché de nouveaux produits et de produits importés et à la réglementation de leurs prix, en particulier des pratiques administratives décrites ci-dessous en matière de fixation des prix des produits génériques.

20. Si l'on considère la part du groupe sur le marché, plus largement défini, de la sous-classe des médicaments destinés à la vaso-dilatation, elle apparaît encore comme prépondérante, du moins à l'époque des faits, puisqu'elle est passée de 57 % en 1976 et 1979, à 47 % en 1980 et 34 % en 1981.

21. En revanche il n'y a pas lieu de déterminer la part de marché détenue par le groupe sur l'ensemble des produits nécessaires à la thérapie du myocarde dans la mesure où de nombreux médicaments rangés dans cette classe sont destinés à traiter des pathologies sensiblement différentes.

22. Ainsi, le groupe BOEHRINGER occupe sur le marché intérieur des médicaments et spécialités pharmaceutiques à base de dipyridamole et sur celui des médicaments vaso-dilatateurs une position dominante caractérisée par une concentration manifeste de la puissance économique.

#### IV. — Sur l'existence éventuelle d'une entente entre les groupes BOEHRINGER et BOTTU.

23. Au cours des interventions administratives, une entente tacite a pu être présumée entre le groupe BOEHRINGER et le groupe BOTTU en raison notamment de l'existence d'un document interne au groupe BOEHRINGER, et daté du 17 octobre 1977, indiquant que les laboratoires BOTTU ne souhaitaient pas engager avec le groupe BOEHRINGER une lutte sur les prix des médicaments à base de dipyridamole ; du fait que les laboratoires BOTTU se sont approvisionnés en principe actif auprès de la société LABSO pour une partie de leurs besoins ; de la constatation qu'au terme d'une « guerre des prix » engagée sur le seul marché hospitalier — qui représente, seulement en quantité environ 5 % du marché total des dipyridamoles mais exerce une action directrice sur les prescriptions des praticiens libéraux — seules les sociétés des groupes BOEHRINGER et BOTTU détenaient une place significative sur ce marché.

24. Toutefois, il résulte de l'instruction que la déclaration d'intention relatée par le document du 17 octobre 1977 ne s'est pas confirmée dans les faits : au contraire, les manifestations évidentes de concurrence relevées, en particulier sur les prix, ont permis au groupe BOTTU d'accroître sa part de marché au détriment du groupe dominant : que les approvisionnements en dipyridamole auprès de LABSO ont pu être justifiés par l'insuffisance des capacités d'auto-production, qui, par la suite, ont pu être augmentées au point que les achats de principe actif à l'extérieur n'ont plus représenté pour les huit premiers mois de 1982 que 4,5 % des quantités totales utilisées ; que le moindre développement des autres producteurs de dipyridamole tient à une moindre agressivité commerciale, notamment dans leurs propositions de prix aux hôpitaux.

25. En définitive aucun élément du dossier ne permet de retenir l'existence d'une entente, fût-elle tacite, entre les groupes BOEHRINGER et BOTTU.

#### V. — Sur les comportements du groupe dominant.

##### A) Sur les prix de revient du D. D. H. et du dipyridamole.

26. Se référant à l'arrêt rendu le 24 avril 1980 par la Cour de Justice des Communautés européennes, les parties intéressées objectent que la remise en cause par les autorités d'un État membre du prix d'importation intra-communautaire d'une marchandise facturée et payée à des exportateurs relevant de deux autres pays membres et sa qualification comme majoration artificielle de prix seraient de nature à violer les dispositions de la directive du 11 avril 1967 et des articles 30 et 36 du Traité de Rome : elles constitueraient un traitement discriminatoire entre les opérations intracommunautaires et les opérations nationales, des restrictions quantitatives à l'importation par une contestation unilatérale, autoritaire et artificielle de la valeur transactionnelle et, plus généralement, une entrave à la libre circulation des marchandises au sein de la Communauté.

27. En réalité cet arrêt précise seulement que l'établissement de la valeur en douane en fonction des textes communautaires applicables ne saurait avoir pour effet d'obliger les administrations fiscales et financières des États membres à reconnaître cette valeur à des fins autres que l'application du tarif douanier commun.

28. Au cas d'espèce, l'appréciation que porte la Commission sur le prix de revient d'une matière première importée par l'une des firmes françaises du groupe concerné n'implique nullement la remise en cause de la valeur en douane de cette matière. Il relève par contre de la compétence de la Commission, dans le cadre d'une procédure

contradictoire et à partir d'éléments fournis par le groupe lui-même, d'apprécier l'importance de la marge prélevée et le niveau de prix des produits finals qu'elle met sur le marché. Cette appréciation peut, en effet, éclairer les comportements du groupe dominant, en particulier pour ce qui concerne l'accès au marché.

29. Il résulte des éléments du dossier soumis à la Commission que les firmes françaises ont été et sont encore liées aux sociétés allemandes du groupe par des contrats de concession de droits exclusifs de production de divers médicaments et spécialités pharmaceutiques, dont celles à base de dipyridamole. Ces contrats prévoyaient le versement d'une redevance de 4 % du montant des ventes des produits concernés, destinée normalement à rémunérer la licence du brevet et celle d'exploitation de la marque.

30. Or, ce taux n'a pas été modifié après la chute dans le domaine public du brevet de fabrication du dipyridamole alors qu'il ne devait plus rémunérer, à partir du 14 mars 1976, que la licence d'exploitation de la marque et que le prix de cession du D. D. H. comprenait déjà une part destinée à rémunérer la recherche faite en Allemagne.

31. En outre, il est apparu un écart substantiel entre le prix d'acquisition du D. D. H. par LABSO et celui offert par d'autres fournisseurs extérieurs au groupe.

32. Cet écart résulterait d'un prix de revient élevé, selon les responsables du groupe, qui en ont fourni la décomposition pour les années 1978 et 1981 : le prix de revient industriel du D. D. H. produit par l'unité allemande représenterait moins de 13 % de son prix de vente, la différence étant composée essentiellement d'une part de frais généraux et des frais de recherche du groupe. Ces derniers sont déterminés par application du pourcentage que ces postes représentent dans le chiffre d'affaires consolidé du groupe au montant des ventes en France des spécialités pharmaceutiques concernées.

33. Cette méthode de calcul aboutit à majorer artificiellement le prix de revient réel dans la mesure où elle conduit à prendre deux fois en compte la part des frais généraux et des frais de recherche et développement supportés par les filiales françaises du groupe et entrant dans les comptes consolidés de ce dernier.

##### B) Sur les prix de cession interne :

34. Les prix de cession interne au groupe BOEHRINGER, tant pour le D. D. H. que pour le dipyridamole se sont révélés constamment supérieurs, dans des proportions souvent très importantes, aux prix des produits similaires mis sur le marché par des entreprises extérieures à ce groupe. Ainsi, en 1978, le prix du D. D. H. vendu à LABSO était supérieur de 125 à 170 % à celui des produits offerts par d'autres fournisseurs ; de même, le prix de vente du principe actif a été, de 1978 à 1981 au moins, supérieur de 22 à plus de 200 % à celui pratiqué par les autres entreprises opérant sur le marché.

35. De tels écarts n'ont pu être justifiés ni par la circonstance que les producteurs extérieurs au groupe BOEHRINGER n'avaient pas eu à supporter les frais de mise au point du principe actif, ni par une qualité chimique ou pharmaceutique inférieure à celle des produits issus du groupe en cause. Dans certains cas, la qualité chimique du D. D. H. fourni par l'unité espagnole du groupe a suscité certaines réserves, y compris de la part d'entreprises du groupe.

##### C) Sur les prix pratiqués sur le marché hospitalier.

36. En 1977, les prix proposés par les filiales françaises du groupe se sont révélés supérieurs de plus de 30 % à ceux pratiqués par la société SOBIO, seule firme extérieure opérant sur ce marché pour les médicaments qu'elle fournissait aux seuls hôpitaux, publics ou privés.

37. En 1978, l'apparition de concurrents supplémentaires, offrant des prix sensiblement inférieurs à ceux des sociétés L. B. I. et L. F. T., n'a pas incité celles-ci à revoir en baisse le niveau de leurs propositions alors même que l'un de ces concurrents, la société BOTTU, par des baisses successives des prix unitaires des conditionnements solides, a pu formuler des propositions inférieures de 70 % environ à celles des entreprises du groupe dominant. La société L. B. I. devait affirmer par diverses circulaires adressées à ses clients hospitaliers en novembre et décembre 1978 qu'elle ne pouvait réagir aux « pratiques de dumping » auxquelles se livraient ses nouveaux concurrents, pour ne pas mettre en péril la qualité de la recherche et de l'information scientifique que dispensait le groupe.

38. Au cours du dernier trimestre 1979 le groupe a cessé de refuser la concurrence par les prix : à partir de cette époque, la société L. B. I. a systématiquement surenchéri à la baisse sur les prix proposés par la société BOTTU sur les conditionnements solides.

seuls concurrencés, allant jusqu'à vendre ceux-ci à des prix très sensiblement inférieurs à leurs prix de revient. Cette « guerre des prix », à laquelle n'a pas participé la société L. F. T., a conduit la société L. B. I., puis les laboratoires BOTTU, à remettre des échantillons médicaux gratuits (E. M. G.) aux acheteurs hospitaliers. Cette remise a été pratiquée dans des quantités et des conditions telles qu'elle était susceptible de tomber sous le coup des prohibitions spécifiques prévues au Code de la Santé et à l'article 40 de la loi susvisée n° 73-1193 d'orientation du commerce et de l'artisanat, du 27 décembre 1973.

39. En 1980, et dans une moindre mesure en 1981, ces pratiques se sont poursuivies en ce qui concerne tant les prix des conditionnements solides concurrencés que les remises d'E. M. G. dont le nombre devait même largement dépasser en 1981, pour la société L. B. I., celui des unités effectivement vendues.

40. Enfin, il s'est avéré que malgré ces rabais les prix moyens de l'ensemble des produits proposés par la société L. B. I. aux hôpitaux se sont situés, sauf en 1980, à un niveau supérieur de 8 à 14 % à celui des prix pratiqués envers les grossistes répartiteurs et ont été sensiblement plus élevés — 25 à 35 % — que ceux de tous les autres fournisseurs du marché.

#### D) Sur les prix pratiqués sur le marché des livraisons aux officines pharmaceutiques.

41. Au cours de la période 1978-1981 la marge brute prélevée par L. B. I. sur le prix de vente de la PERSANTINE, par rapport au prix d'achat du DIPYRIDAMOLE, est passée de 120 à 133 %. Simultanément, les prix moyens de cession aux grossistes répartiteurs ont enregistré des hausses de 5,6 à 13,5 % sur les conditionnements solides alors que les autres entreprises majoraient leurs prix de moins de 3 %, voire les diminuaient. Ces majorations n'ont pas été justifiées par une évolution correspondante des prix de revient. Les hausses pratiquées par L. B. I. ont même été de plus de 250 % sur les présentations en ampoules, monopole du groupe mais s'appliquant, il est vrai, à un très faible pourcentage des ventes.

42. Seul le groupe dominant a pu compenser, au moins partiellement, les baisses sélectives de prix qu'il consentait sur les fournitures aux hôpitaux, du fait qu'il produisait seul la gamme entière des conditionnements utilisés, qu'il intervenait par l'intermédiaire de deux sociétés, enfin que le produit bénéficiait, de par l'ancienneté de sa présence sur le marché, d'une implantation plus large que celle de ses concurrents.

#### E) Sur l'accès d'autres entreprises au marché.

43. Les éléments du dossier soumis à la Commission ont permis de relever que des pressions ont été exercées par la société L. B. I., au cours du second semestre 1977 et du premier semestre 1978, sur deux entreprises concurrentes pour les inciter à se retirer du marché des médicaments à base de dipyridamole.

44. A la fin de l'année 1977, les responsables français du groupe sont intervenus auprès de la société SOBIO pour l'inciter à retirer du marché son dipyridamole, sous prétexte d'une qualité insuffisante de la matière première utilisée et sous menaces d'interventions tant auprès de la société-mère britannique de cette entreprise que des autorités administratives.

45. En mars 1978, des interventions de même nature ont été effectuées auprès de la société RIKER, à l'encontre de laquelle étaient envisagées des mesures de retorsion économique, sous forme de l'interruption d'un contrat de façonnage qui liait les deux groupes.

46. Il n'a toutefois pas été établi que ces pressions aient eu les effets escomptés par leurs auteurs, notamment qu'elles aient été à l'origine du retrait des sociétés SOBIO et RIKER du marché des dipyridamoles.

47. En outre, les responsables français du groupe sont intervenus, en 1977 et 1978, auprès des autorités administratives compétentes pour faire retirer du marché des produits concurrents présentés comme non conformes à une qualité minimale du médicament, ainsi que pour faire édicter des normes qualitatives du dipyridamole qui auraient contraint d'autres concurrents à cesser leur fabrication. Ces interventions n'ont cependant pas atteint les objectifs poursuivis.

#### F) Sur la simulation de concurrence entre deux sociétés du groupe BOEHRINGER

48. Dès 1976, la première entreprise à obtenir une A. M. M. pour un dipyridamole « générique » a été la société L. F. T., du groupe BOEHRINGER, qui a diffusé à partir de 1977, sa spécialité sous l'appellation de PERIDAMOL. Or, d'une part, la société L. F. T. ne

fait que conditionner, sous la marque PERIDAMOL, une partie des quantités du médicament produit par L. B. I. ; d'autre part, l'appartenance au même groupe et l'indication de la fongibilité parfaite des deux spécialités des sociétés L. B. I. et L. F. T. n'a jamais été portée à la connaissance des acheteurs, notamment du secteur hospitalier ; enfin il est avéré que la marge brute prélevée par la société L. F. T., destinée à couvrir les seuls frais de conditionnement et de démarrage, s'est élevée à quelque 50 % de son prix de vente.

#### VI. — Sur l'application de l'article 50, dernier alinéa

Aux termes de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, les coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment :

« En faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente :

En favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix :

En entravant le progrès technique :

En limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises,

sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant.

Ces dispositions s'appliquent à tous les biens, produits ou services nonobstant toutes dispositions contraires »...

« Sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché. »

49. Les sociétés LABSO, L. B. I. et L. F. T. font partie du même groupe qui, après avoir détenu jusqu'en 1976 le monopole des médicaments et spécialités pharmaceutiques à base de dipyridamole et de leur matière intermédiaire, le D. D. H., détient depuis cette date, une position dominante caractérisée par une concentration manifeste de la puissance économique.

50. Ce groupe d'entreprises a mis en œuvre des pratiques qui ont eu pour objet et qui ont pu avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché : il s'est efforcé, par différents moyens, d'empêcher, de limiter ou de restreindre l'accès à ce marché de nouvelles entreprises en vue de maintenir le prix de vente de ces spécialités pharmaceutiques à niveau élevé.

51. En exploitant sa position privilégiée sur le marché, le groupe dominant a, par trois séries d'actions, entrepris d'entraver la venue ou le maintien sur le marché de nouveaux concurrents.

52. Sachant que, depuis plusieurs années, l'Administration fixait le prix de tout nouveau médicament générique en procédant à un abattement d'un minimum de 10 % sur le prix de la spécialité d'origine ou du générique antérieurement autorisé, le groupe, en demandant une autorisation pour un produit strictement identique à l'original, a eu pour objectif de faire obstacle à la multiplication de nouveaux concurrents pouvant intervenir dans des conditions satisfaisantes de rentabilité. C'est donc artificiellement et en vue de protéger les positions qu'il avait acquises que le groupe a, en 1977, mis sur le marché un produit qui n'était pas nouveau.

53. Cette intention anticoncurrentielle est d'ailleurs attestée par le soin qu'ont eu les sociétés L. B. I. et L. F. T. de ne pas informer leur clientèle de la parfaite identité des produits PERSANTINE et PERIDAMOL.

54. Par la suite, le groupe a exercé sur certains de ses concurrents des pressions pour les inciter à se retirer du marché.

55. Enfin, le groupe a procédé, sur le marché des hôpitaux, à de fortes baisses sélectives de prix, pratiquées sur un seul des deux produits commercialisés, la PERSANTINE et sur les seuls conditionnements de PERSANTINE concurrencés qui donnaient lieu à des appels à la concurrence, à savoir les comprimés dosés à 75 mg de principe actif. La position dominante du groupe lui a permis de compenser, au moins partiellement, les baisses ainsi consenties, par le maintien à un niveau artificiellement élevé des prix du PERIDAMOL et de l'ensemble des produits destinés aux pharmacies d'officine ainsi que par de fortes majorations des prix de vente des conditionnements non concurrencés (notamment les ampoules de PERSANTINE).

56. A la faveur de sa position dominante ainsi protégée et par les actions ci-dessus décrites, le groupe dominant a pu, malgré l'apparition de produits concurrents, maintenir artificiellement le niveau des prix de ses spécialités pharmaceutiques par rapport à celui qui aurait résulté du fonctionnement normal du marché. Il s'est attaché à le justifier en arguant, notamment auprès des autorités chargées de la réglementation des prix, d'un prix de revient élevé, mais qui résultait de calculs erronés.

VII — *Sur l'application des dispositions de l'article 51 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945*

Aux termes de l'article 51 de l'ordonnance du 30 juin 1945, « ne sont pas visées par les dispositions de l'article précédent... les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante :

1° Lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire... ;

2° Dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité ».

57. Le bénéfice de ces dispositions n'a pas été invoqué par les parties intéressées et l'instruction du dossier a permis d'établir que les activités des sociétés du groupe en cause, en tant qu'elles ont eu pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché, ne résultaient pas de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Le fait que les prix de remboursement de ces médicaments aient été fixés par l'Administration ne permet pas, en particulier, de faire application de ces dispositions, les prix ainsi fixés étant des prix limites en deçà desquels devaient pouvoir être établis des prix réels de transaction résultant du libre jeu de la concurrence.

58. De même, il n'a pas été établi que des progrès économiques imputables à la mise en œuvre des pratiques en cause aient été réalisés.

VIII — *Sur les circonstances particulières et les suites à donner*

59. Les activités dénoncées ci-dessus revêtent une gravité certaine, eu égard aux produits dont il s'agit, à l'importance du groupe en cause et au développement très grand du marché de la Persantine en France, qui représentait encore en 1981, le cinquième des quantités vendues dans le Monde. Les pratiques constatées ont ainsi entraîné des surcoûts importants pour la Sécurité Sociale.

60. Toutefois, la portée réelle des pratiques en cause a été, dans une certaine mesure, limitée : sans doute l'accès au marché a-t-il été effectivement restreint, mais la Persantine est vendue en France à des prix publics moins élevés que dans la plupart des autres pays et ces prix publics ont baissé en francs constants au cours de la période examinée.

D'autres circonstances doivent également être prises en considération.

61. En raison des délais nécessaires à l'obtention des autorisations de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique, la durée effective de protection juridique et économique d'un brevet portant sur un principe actif est sensiblement écourtée. Au cas d'espèce, cette durée a été, au maximum, de 14 ans.

62. En outre, si l'existence d'une réglementation des prix des produits concernés ne peut être invoquée au titre de l'article 51, 1° précité, elle a pu avoir pour effet de dissuader le groupe dominant de se livrer à une concurrence effective et générale par les prix.

63. Enfin la circonstance que certaines des pratiques critiquables aient été abandonnées (notamment, à partir de 1982, la remise d'E.M.G.) doit être prise en considération.

64. Compte tenu de cette relative modicité des effets et de ces circonstances, il n'y a pas lieu de transmettre le dossier au Parquet, mais d'appliquer des sanctions pécuniaires, conformément aux critères définis à l'article 53, 3° alinéa, de l'ordonnance n° 45-1483. Ces sanctions devraient s'élever à :

1 million de francs pour la société Laboratoires BOEHRINGER-INGELHEIM (L. B. I.) ;

deux cent mille francs pour la société Laboratoires FRANÇAIS DE THÉRAPEUTIQUE (L. F. T.) ;

1 million trois cent mille francs pour la société Laboratoires du SUD OUEST (LABSO).

65. Afin de conformer pour l'avenir aux exigences de la loi le comportement des sociétés L. B. I. et L. F. T., il y a lieu de leur enjoindre de faire connaître de façon explicite aux acheteurs, leur appartenance au même groupe.

66. Il y a lieu enfin d'inciter les pouvoirs publics :

— d'une part, à réexaminer le niveau de prix des spécialités dénommées PERSANTINE et PERIDAMOLE.

— d'autre part, à étudier de nouvelles modalités de fixation des prix de remboursement des spécialités pharmaceutiques dites « génériques » qui laissent de meilleures possibilités au jeu de la concurrence.

*Emet l'avis :*

1° Que les sociétés L. B. I., L. F. T. et LABSO, du groupe pharmaceutique BOEHRINGER-INGELHEIM, qui disposaient ensemble d'une position dominante sur le marché intérieur des médicaments à base de dipyridamole et, de manière plus générale, des médicaments vaso-dilatateurs, ont, entre 1977 et 1981, contrevenu aux dispositions de l'article 50, dernier alinéa, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 en s'efforçant d'empêcher, de limiter ou de restreindre l'accès à ce marché de nouvelles entreprises, en vue de maintenir artificiellement le niveau des prix de vente de leurs spécialités.

2° Que les dispositions de l'article 51 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 ne sont pas applicables à ces faits.

3° Que l'infraction ainsi commise justifie l'application d'une sanction pécuniaire de :

1 000 000 de francs à la société L. B. I.

200 000 francs à la société L. F. T.

1 300 000 francs à la société LABSO.

Délibéré en section sur le rapport de M. Bertrand LE BOHEC dans sa séance du 28 avril 1983 où siégeaient :

MM. DONNEDIEU de VABRES, Président  
KERINEC, PACLOT, membres.

— Avis relatif à des pratiques concertées de pharmaciens d'officine pour s'opposer à la commercialisation de médicaments génériques

La Commission de la Concurrence siégeant en formation plénière;

Vu les ordonnances n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945, modifiées, respectivement relatives aux prix et à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique;

Vu la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, ensemble le décret n° 77-1189 du 25 octobre 1977;

Vu le Code de la Santé Publique;

Vu la lettre du 12 septembre 1980 par laquelle la Fédération Nationale des Coopératives de Consommateurs a saisi la Commission de la Concurrence d'un dossier relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la production et de la distribution des médicaments dits génériques et lui a demandé d'émettre un avis sur des pratiques concertées mises en œuvre par des pharmaciens d'officine, avec l'appui d'au moins l'un de leurs organismes syndicaux, la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France, pour s'opposer à la diffusion de spécialités pharmaceutiques mises sur le marché par les Laboratoires Français de Produits Génériques (L.F.P.G.);

Vu la décision de recevabilité de cette saisine prise par la Commission de la Concurrence le 18 septembre 1980;

Vu la lettre en date du 17 septembre 1980 par laquelle le Ministre de l'Économie a demandé à la Commission de la Concurrence de rendre un avis sur des pratiques de syndicats départementaux de pharmaciens d'officine pour s'opposer à la commercialisation des spécialités des L.F.P.G., opposition qui se serait notamment manifestée par le boycottage de certains produits du groupe Clin Midy, société qui contrôlait les L.F.P.G.;

Vu les observations présentées à la Commission de la Concurrence par les parties intéressées sur le rapport qui leur a été adressé le 24 mars 1981:

1. — *Sur les caractéristiques des produits et l'organisation du secteur:*

1. Considérant que l'on entend par médicaments génériques toutes copies d'un médicament original, dit aussi médicament « leader »; que leur production et leur commercialisation sont rendues possibles notamment par la chute de brevets dans le domaine public, une fois écoulée la période légale de protection; que peuvent être considérés comme génériques aussi bien des médicaments vendus sous nom de marque ou appellation de fantaisie que des médicaments vendus sous leur dénomination scientifique usuelle ou sous la dénomination commune internationale (D.C.I.) du ou des principes actifs qu'ils renferment, dénomination qui doit être assortie d'une marque ou du nom du fabricant; que les premiers sont parfois qualifiés de « faux » génériques et les seconds de « vrais » génériques; que les spécialités pharmaceutiques ainsi dites génériques sont soumises, comme l'ensemble des spécialités pharmaceutiques, à l'agrément de la Commission d'Autorisation des Mises sur le Marché des Médicaments (A.M.M.) dont le rôle est d'assurer à la collectivité toutes les garanties requises en ce qui concerne la sécurité et l'efficacité des médicaments; qu'il n'existe pas un marché spécifique des médicaments génériques, ceux-ci étant, par définition, substituables à d'autres spécialités pharmaceutiques; qu'il convient, en conséquence, d'apprécier l'activité des entreprises et des organisations concernées dans le cadre réglementaire et l'environnement qui sont ceux de la pharmacie dans son ensemble;

2. Considérant que le nombre de médicaments contenant une ou plusieurs substances de base et vendus sous une même dénomination qui existent sur le marché français, est d'environ 4 500; que 500 d'entre eux seulement, soit 11 %, contribuent à 75,4 % du chiffre d'affaires réalisé par les laboratoires avec les pharmacies d'officine; que l'analyse du marché selon l'âge des produits révèle que ceux de moins de 10 ans d'âge représentaient 73 % du marché en valeur en 1965, 68 % en 1970 et 54 % en 1971; que ce fait, ajouté à la constatation que nombre de médicaments parmi les plus vendus vont perdre dans un proche avenir leur protection par des brevets, peut apparaître comme révélateur de la place croissante que sont appelés à prendre les

produits génériques; que d'ores et déjà, il apparait que parmi les 50 spécialités les plus vendues sur le marché français, 25 ont fait l'objet de copies qui sont commercialisées ou sont en voie de l'être ou encore sont en instance d'obtention d'une A.M.M.; que le chiffre d'affaires cumulé des produits « leaders » correspondants s'élevait en 1979 à 2,25 milliards de francs, correspondant à 15,4 % du chiffre d'affaires de l'industrie pharmaceutique; qu'ainsi la mise sur le marché français de copies de médicaments n'est pas un phénomène nouveau;

3. Considérant que l'industrie pharmaceutique fait distribuer ses produits à raison de 81 % de son chiffre d'affaires par des grossistes-répartiteurs contre 9 % directement aux pharmaciens d'officine et 10 % aux établissements d'hospitalisation; qu'à de minimes exceptions près, la vente au détail des produits pharmaceutiques est réservée aux pharmaciens, conformément à l'article L. 512 du Code de la Santé Publique; que l'on dénombrait en fin 1979 19441 officines; que l'exercice de la profession est conditionné par la détention du diplôme de pharmacien et l'inscription à l'Ordre des pharmaciens; que la profession de pharmacien d'officine est organisée et son accès limité; que la nature particulière des produits en cause ainsi que des exigences de service public propres au secteur de la santé ont conduit à doter cette profession d'un statut exceptionnel qui la protège de certains aléas économiques par une limitation de la concurrence;

4. Considérant que, malgré ces particularités, le pharmacien effectue pour l'essentiel des actes de commerce, achetant pour revendre en l'état; que ces actes sont rémunérés principalement sur la base d'un taux de marque ad valorem donnant naissance à un bénéfice, la part des honoraires perçus étant minime; que le caractère commercial de la profession s'est accentué avec le recul de la préparation magistrale et la vente de produits qui sont offerts également dans des circuits de distribution concurrents;

5. Considérant que la principale organisation professionnelle de la pharmacie d'officine, la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France (F.S.P.F.), comptait, en 1979, 16293 adhérents; qu'elle regroupe des syndicats départementaux, eux-mêmes fédérés par 15 organismes régionaux;

6. Considérant que l'utilisateur final des médicaments n'est pas, dans la plupart des cas, celui qui en effectue le choix et que le plus souvent, le paiement ne lui incombe qu'en partie; que les produits de prescription médicale représentent environ 80 % des ventes des pharmacies d'officine; que les spécialités dites « grand public », dont la part est estimée à 8 % du chiffre d'affaires des médicaments dans les officines, ne sont pas remboursables par la Sécurité Sociale; que certaines d'entre elles font l'objet d'une publicité ou d'une promotion auprès du public et sont en quelque sorte « pré-vendues »; que pour d'autres la demande du public et son choix entre produits concurrents peuvent être influencés par le pharmacien; que c'est le cas des produits dits « conseils »;

7. Considérant que la réglementation impose à la distribution l'application de taux de marque fixés en pourcentage des prix publics de vente; qu'elle n'établit que des taux de marque limites, dont résultent des prix limites de vente (au pharmacien d'officine ou au public), mais que la profession considère en réalité qu'il s'agit de taux ou de prix fixes; que les niveaux de prix de détail et, partant, les revenus des pharmaciens sont donc étroitement dépendants des niveaux des prix à la production; que les prix des produits non remboursables aux assurés sociaux ont été remis en liberté en août 1978; que les spécialités pharmaceutiques remboursables aux assurés sociaux sont soumises à un régime de prix spécifique; que celui-ci a été libéralisé en octobre 1980;

II. — Sur les faits constatés et les pratiques relevées:

8. Considérant que, le 19 avril 1977, sont créés par M. Stéphane Desjonquères les Laboratoires de France E.S.; que cette société, dans laquelle le groupe pharmaceutique Clin Midy Industries (C.M.I.) acquiert ensuite les deux tiers du capital, prend alors le nom de « Laboratoires Français de Produits Génériques (L.F.P.G.) »; qu'elle obtient en 1979 sept autorisations de mise sur le marché pour des spécialités pharmaceutiques de grande diffusion remboursables aux assurés sociaux; que les prix publics de ces spécialités, acceptés par la commission chargée de l'inscription sur la liste des spécialités remboursables, sont fixés à un niveau inférieur (selon les cas, de près de 24 % à près de 43 %) à celui appliqué aux spécialités « leaders », d'origine étrangère, dont ces spécialités sont des copies; que ces écarts de prix proviennent pour l'essentiel de l'absence de dépenses de recherche-développement et de la réduction des frais commerciaux et publicitaires; que la société

ne dispose en propre d'aucun centre de fabrication mais achète produits et services auprès d'autres laboratoires français considérés comme de bonne réputation; que les produits «leaders» correspondants comptent parmi les plus vendues des spécialités remboursables aux assurés sociaux; que le marché de ces produits était globalement évalué à 608 millions de francs en 1979, soit 4,2 % du chiffre d'affaires de l'industrie pharmaceutique; que les produits dont les L.F.P.G. envisagent alors la commercialisation ne représentent qu'une étape dans le développement d'une gamme de génériques; qu'ils sont présentés sous la marque ES (Economie Santé), suivie de la dénomination commune internationale (D.C.I.);

9. Considérant qu'au début d'octobre 1979, M. Desjonquères rencontre M. Frénot, secrétaire général de la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France (F.S.P.F.), dans le dessein de l'informer du lancement de ses produits; que le 17 octobre 1979, M. Frénot fait allusion au développement des produits génériques lors d'une réunion du Bureau National de la Fédération et indique que «cette évolution s'ajoute aux facteurs qui mettent en cause l'économie de l'officine»; qu'à l'occasion d'une réunion de la Commission Economique de la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France, le 8 novembre 1979, l'attention est, en particulier, appelée sur la situation «dangereuse pour l'économie de l'officine» qui résulte de la mise sur le marché des produits génériques; que sont représentées à la commission l'ensemble des fédérations régionales affiliées à la Fédération; qu'en sont notamment membres, outre son Président, M. Peckre, et M. Frénot, le rapporteur, M. Laurent, président du Syndicat des pharmaciens du Rhône et président de la Commission économique de la région Rhône-Alpes, M. Costa, président de la Fédération méditerranéenne et du Syndicat général des Pharmaciens des Bouches-du-Rhône et M. Bonhomme, président du Syndicat des pharmaciens de la Loire Atlantique; que participe également à cette réunion M. Marzin, président de la Chambre Syndicale des Pharmaciens du Finistère;

10. Considérant que les négociations avec les principaux grossistes-répartiteurs ont commencé dès le début du mois de janvier 1980, de sorte que les premières mises en place ont été effectuées à la fin de ce mois;

11. Considérant que le 30 janvier 1980, lors d'une rencontre «officine-industrie» de la région Rhône-Alpes, le problème des génériques est qualifié de «très grave»;

12. Considérant qu'ainsi il ne fait pas de doute qu'avant même la commercialisation de ces produits, l'opération était connue des instances de la F.S.P.F.;

13. Considérant qu'en février 1980 les dangers que l'opération représente pour les officines aux yeux de la F.S.P.F. sont dénoncés dans des articles de la presse économique et spécialisée;

14. Considérant que la prospection auprès du corps médical débute, selon les secteurs géographiques, entre le 12 et le 17 février; qu'elle s'accompagne de visites d'information auprès de pharmaciens, l'équipe de visiteurs médicaux devant couvrir approximativement 70 % du territoire métropolitain, en termes de population;

15. Considérant que la Chambre Syndicale des Pharmaciens des Deux-Sèvres, dans une circulaire datée du 13 février 1980, qualifiée d'urgente, demande à ses adhérents de rompre toutes leurs relations commerciales avec le groupe Clin Midy, en ce qui concerne les spécialités et produits-conseils de ce groupe, distribués par la société Diphac;

16. Considérant que la Commission Economique de la F.S.P.F. à laquelle participe aussi M. Marzin, président de la Chambre Syndicale des Pharmaciens du Finistère, prend position sur le sujet le 14 février; que le texte mis au point par la Commission rappelle les dangers que fait courir à la profession la commercialisation des produits génériques; que la Commission «trouve inopportune la publicité de ces produits dans Le Pharmacien de France», publication de la Fédération, «et les autres revues professionnelles»; qu'elle «demande que les confrères soient clairement informés et que l'on cite les fabricants concernés»;

17. Considérant que le 20 février, le Syndicat des pharmaciens de l'Allier diffuse une circulaire de mise en garde contre les produits génériques se terminant par: «soyez donc sans complaisance pour ces laboratoires nuisibles à la profession»;

18. Considérant qu'une recommandation du même ordre est adressée par une circulaire du 21 février à ses adhérents par le Syndicat des pharmaciens de la Charente-Maritime demandant «qu'il ne soit pas donné de suite aux démarches des L.F.P.G., tant de la part des médecins que des pharmaciens»;

19. Considérant que le 21 février, le Syndicat des pharmaciens d'Ille-et-Vilaine donne une consigne de boycottage des spécialités-conseils des laboratoires Clin Midy;

20. Considérant que le 22 février, encouragée par l'efficacité d'un boycottage opposé au début de l'année à des fabricants de ouates et pansements, la Chambre Syndicale des pharmaciens du Finistère que préside M. Marzin, adresse à son tour à ses adhérents une circulaire comportant des consignes de boycottage des produits-conseils du groupe Clin Midy et les appelant à «refuser l'implantation» des produits génériques; qu'elle insiste «sur la nécessité impérieuse de suivre ces consignes»; que ce syndicat adresse également une lettre aux médecins pour les dissuader de prescrire les médicaments des L.F.P.G.; qu'il est ainsi écrit: «cependant, pour nous aider à faire le ménage dans la pharmacie, nous vous demandons, à thérapeutique semblable, d'éliminer de vos prescriptions toutes copies conformes ou approchées»; que suit la liste des spécialités pharmaceutiques commercialisées par les L.F.P.G., avec l'indication des produits «leaders» correspondants;

21. Considérant que le 25 février 1980, le Syndicat des pharmaciens de la Loire-Atlantique recommande à chacun de ses adhérents «d'être très vigilant et très dur et de boycotter jusqu'à nouvel ordre, les spécialités-conseils des laboratoires Clin-Midy»;

22. Considérant que, par une circulaire datée du 27 février, la Chambre Syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire recommande une attitude ferme à ses adhérents pour parer «à la nouvelle atteinte» à l'économie de l'officine que représente à ses yeux l'arrivée des produits des L.F.P.G.; que cette circulaire fait mention d'une lettre envoyée aux médecins et pharmaciens de l'ouest de la France par la Fédération-Ouest des Syndicats pharmaceutiques; que cette lettre est rédigée dans les mêmes termes que la lettre aux médecins diffusée par la Chambre Syndicale des pharmaciens du Finistère;

23. Considérant qu'à la même date du 27 février, le Syndicat des pharmaciens de la Vienne diffuse une recommandation de même nature que les précédentes; que sa circulaire invoque l'autorité de la Fédération Centre-Ouest des Syndicats pharmaceutiques;

24. Considérant que le 28 février, le Syndicat des pharmaciens du Morbihan édicte une consigne d'arrêt total des commandes directes pour les spécialités dépendant du groupe Clin Midy;

25. Considérant qu'alerté par les visiteurs médicaux des réactions hostiles des pharmaciens d'officine, M. Desjonquères rencontre M. Peckre le 27 février au siège de la Fédération des Syndicats pharmaceutiques de France; qu'il lui demande de faire cesser ce qu'il considère comme une «campagne de boycott» de la part des pharmaciens d'officine; que le même jour M. Peckre fait parvenir aux présidents départementaux le texte d'une circulaire qui sera adressée directement à tous les adhérents de la Fédération le 29 février; que le texte de cette circulaire présente en termes dénigrants l'opération de lancement des produits génériques des L.F.P.G. et en termes alarmistes les répercussions qu'elle peut avoir sur l'économie de l'officine; qu'il demande, en outre, aux pharmaciens destinataires de « manifester la plus grande prudence vis-à-vis des démarches commerciales » dont ils pourraient être l'objet; que le texte précise encore: «les graves perturbations que ne manquerait pas d'entraîner l'arrivée de ces produits dans le circuit pharmaceutique nous conduisent à la plus grande réserve à l'égard des fabricants qui tentent de les diffuser», mention qui ne peut viser que les laboratoires Clin Midy et les L.F.P.G.;

26. Considérant que les responsables de la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de la région Rhône-Alpes, qui disposent dès le 28 février, du texte de la circulaire nationale, mettent au point une circulaire à distribuer d'urgence aux pharmaciens de base par les chefs de secteur; que cette circulaire, confirmant les craintes des pharmaciens quant aux répercussions de la commercialisation des produits génériques sur la rentabilité de l'officine, mentionne les L.F.P.G. et les laboratoires Clin Midy, et exhorte ses destinataires dans les termes suivants: «surtout ne pas rester indifférents et passifs, ce serait de l'inconscience; prenez contact avec votre responsable syndical et économique le plus proche; c'est urgent et vital»;

27. Considérant que la Commission économique du Grand Delta, commune aux fédérations de la région Rhône-Alpes et de la région méditerranéenne, diffuse un texte rigoureusement identique à la précédente circulaire, texte repris notamment dans le bulletin Pharmacie Méditerranéenne du mois de mars 1980, et concluant par les mêmes exhortations;

28. Considérant que le 3 mars 1980, le Syndicat des pharmaciens du Var diffuse une circulaire qui se réfère à la circulaire nationale des 27-29 février, laquelle est alors qualifiée de «première mise en garde»; que dans son procès-verbal d'audition, M. Meyer, président du Syndicat du Var, déclare que la circulaire directement adressée par la Fédération à chaque pharmacien d'officine français a été l'un des éléments qui l'ont déterminé à faire connaître la position de son syndicat; que la

circulaire départementale demande « la suppression » des produits-conseils du groupe Clin Midy;

- 53 -

29. Considérant que le 4 mars 1980, M. Costa, agissant en tant que Président du Syndicat Général des Bouches-du-Rhône, fait parvenir à ses adhérents une circulaire demandant de « suivre scrupuleusement les conseils » donnés au sujet des produits génériques dans la circulaire nationale des 27-29 février et notamment, pour ne pas surcharger les stocks, « d'observer la plus grande réserve » devant les sollicitations des agents commerciaux qui proposent des produits génériques; que cette recommandation, présentée comme répondant aux exigences d'une bonne gestion, est en réalité discriminatoire vis-à-vis des produits en cause; qu'une circulaire aux chefs de secteur réitère cette recommandation et, faisant mention du groupe Clin Midy, rappelle: « en matière de produits-conseils le pharmacien peut détenir ceux de son choix »; que dans la situation décrite et compte tenu des réactions passionnées des intéressés, ce rappel peut être compris comme une suggestion de boycottage des produits-conseils du groupe Clin Midy;

30. Considérant que, le 11 mars 1980, le Syndicat départemental des pharmaciens du Nord reprend à son compte la circulaire fédérale des 27-29 février et demande à ses adhérents d'être extrêmement vigilants, « car il est bien évident que l'économie de l'officine pourrait se trouver gravement compromise si une telle pratique devait s'étendre »; que ce texte suggère une réaction hostile aux laboratoires intéressés;

31. Considérant que le 12 mars 1980 une nouvelle rencontre a lieu entre M. Comar, président directeur général des laboratoires Clin Midy, M. Desjonquères, et M. Peckre entouré des membres du bureau national de la Fédération, au siège de celle-ci; que l'objet en est de trouver un terrain d'entente sur les conditions financières de l'opération; que M. Desjonquères fait une proposition de marge supplémentaire aux deux branches intéressées par la distribution, officine et répartition; que cette tentative de conciliation se solde par un échec; qu'en tout état de cause une revalorisation des taux de marque n'aurait pu être réalisée que par une modification de la réglementation;

32. Considérant que lors d'une séance du conseil d'administration du Syndicat général des pharmaciens des Bouches-du-Rhône, tenue le 17 mars, il est fait référence à « l'action nationale menée à l'heure actuelle » en ce qui concerne les produits génériques; qu'il est précisé au procès-verbal de cette réunion que cette action « inquiète très sérieusement les responsables des laboratoires producteurs »; que le 18 mars M. Peckre est convoqué au Ministère de la Santé et de la Sécurité Sociale où lui est remise une lettre du Ministre mettant en garde la Fédération contre cette action;

33. Considérant que le Secrétaire général de la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France précise lors de l'assemblée générale des 19 et 10 mars, que les confrères ont été « alertés » par la circulaire fédérale du 29 février et que « celle-ci n'a pas manqué d'avoir un certain retentissement au Ministère de la Santé »; que selon le compte rendu des débats de l'assemblée générale, M. Peckre « pense néanmoins que la pression doit être maintenue vis-à-vis de ce problème des génériques »; que, dans le contexte du moment, cette recommandation, adressée aux présidents des syndicats départementaux présents à l'assemblée générale, peut avoir pour effet d'encourager à la poursuite du boycottage;

34. Considérant que le 24 mars les dirigeants du groupe Clin Midy font part à M. Peckre de leur décision de suspendre la fabrication des génériques alors que le 17 mars les L.F.P.G. manifestaient encore leur volonté de commercialiser ces produits par l'envoi postal d'une lettre de présentation à chaque pharmacien; que dans la circulaire adressée par M. Peckre le 27 mars aux présidents départementaux, les informant de la décision du groupe Clin Midy, il leur demande de confirmer la nouvelle à leurs confrères; qu'il compte sur leur diligence pour ce faire, car « il y va de la crédibilité de la Fédération et du maintien de la force qu'elle représente dans l'union par l'unité »;

35. Considérant que les réactions ultérieures, telles qu'elles ont été établies par l'instruction, traduisent la satisfaction de la profession à l'annonce de la suspension de la commercialisation des produits génériques; que, selon les termes d'une lettre que M. Lance, président de la Fédération des Syndicats pharmaceutiques de Bourgogne-Franche-Comté, adresse à ses confrères: « on peut penser que ce résultat vient à la suite de l'entrevue du Bureau National et du Conseil d'Administration avec le responsable de ce laboratoire ainsi que de la fermeté des présidents à ce sujet lors de leur dernière assemblée générale »; que cette déclaration d'un responsable régional, de surcroît membre du Conseil d'Administration de la F.S.P.F., renforce la conviction qu'il existe un lien de cause à effet entre l'action de ladite Fédération et la suspension de la commercialisation des produits génériques des L.F.P.G.;

36. Considérant que M. Lorcy, président du Syndicat des Pharmaciens du Morbihan, annonçant également l'arrêt de la fabrication des médicaments génériques, déclare que la consigne syndicale diffusée dans la circulaire du 28 février devient désormais sans objet; qu'il remercie ses confrères «de la stricte discipline observée avec unanimité dans cette action syndicale»;

37. Considérant que, le 28 mars, la Commission Economique de la Fédération Rhône Alpes diffuse une lettre signée du président de la Fédération, M. Alteirac, et de M. Laurent, président de la Commission Economique; qu'il y est notamment écrit: «votre action a été couronnée de succès; néanmoins votre vigilance ne doit pas se relâcher, car les produits génériques ne sont pas enterrés pour autant»; que cette lettre appelle donc les pharmaciens à poursuivre l'action et leur demande «de rester très attentifs»;

38. Considérant que, le 31 mars 1980, le Syndicat des pharmaciens de la Loire-Atlantique, dans une circulaire annonçant l'arrêt de la commercialisation des produits génériques, précise: «en conclusion, je pense qu'à réception de cette circulaire il n'y a plus de problème pour votre réapprovisionnement en produits du laboratoire Clin Midy»;

39. Considérant qu'à cette même date du 31 mars 1980, le Syndicat des pharmaciens de la Charente-Martime commente l'événement en ces termes: «c'est un succès éclatant qui vient couronner l'action que nous avons menée tous ensemble, et en particulier, je tiens à remercier tous les confrères de ce département qui, par leur détermination ont contribué à ce résultat; ... en conséquence dès à présent nous pourrions rétablir nos relations avec le groupe Clin Midy-Diphac»;

### III. — Sur la qualification des faits:

#### A) Sur l'application de l'article 50

Considérant qu'aux termes de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont prohibées, sous réserves des dispositions de l'article 51,

«les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment:

- en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente;
- en favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix;
- en entravant le progrès technique;
- en limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises»;

a) En ce qui concerne les organisations syndicales départementales et régionales.

40. Considérant que les organisations syndicales suivantes:

- Chambre Syndicale des pharmaciens des Deux-Sèvres;
- Syndicat des pharmaciens de l'Allier;
- Syndicat des pharmaciens de la Charente-Maritime;
- Syndicat des pharmaciens d'Ille-et-Vilaine;
- Chambre syndicale des pharmaciens du Finistère;
- Syndicat des pharmaciens de la Loire-Atlantique;
- Chambre Syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire;
- Syndicat des pharmaciens de la Vienne;
  
- Syndicat des pharmaciens du Morbihan;
- Syndicat des pharmaciens du Var;
- Syndicat général des Pharmaciens des Bouches-du-Rhône;
- Syndicat départemental des pharmaciens du Nord;
- Fédération Rhône-Alpes des Syndicats pharmaceutiques;
- Fédération Centre-Ouest des Syndicats pharmaceutiques;
- Fédération Méditerranéenne des Syndicats pharmaceutiques;

ont, sous des formes diverses, soit adressé à leurs adhérents des consignes claires et précises de boycottage des produits-conseils du groupe Clin Midy ou des commandes directes des spécialités des laboratoires de ce groupe, soit édicté des consignes ou des recommandations en termes moins explicites mais visant ou ne pouvant que viser ces laboratoires; que l'objet de ces consignes, mots d'ordre ou recommandations était de faire pression sur les entreprises du groupe Clin Midy pour que cesse la commercialisation des spécialités génériques des L.F.P.G.; que ces interventions s'analysent en des actions concertées prohibées par l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945; qu'en effet elles avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix et de limiter l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises;

41. Considérant que le président du Syndicat des pharmaciens de la Vienne mentionne dans sa circulaire du 27 février que la consigne, qui ne peut viser que les L.F.P.G. et les laboratoires Clin Midy, «de réserver un accueil courtois mais fermement négatif aux novateurs et à leurs alliés pressés» émane également de la Fédération Centre-Ouest; que M. Bonnefous, président de cette Fédération, ne le nie pas, mais conteste que cette seule mention puisse être suffisante pour caractériser une pratique limitant l'exercice de la concurrence; que, selon lui, il eût fallu pour cela constater que les pharmaciens d'officine n'avaient ni détenu, ni délivré des produits génériques prescrits;

42. Considérant cependant que l'objet de cette consigne a bien été de faire obstacle à l'activité commerciale des laboratoires Clin Midy et des L.F.P.G. et qu'elle pouvait avoir un tel effet; qu'il n'y a pas lieu dans ces conditions de rechercher si des pharmaciens ont ou non substitué d'autres spécialités aux médicaments génériques prescrits;

43. Considérant qu'en outre, trois organisations syndicales, la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de l'Ouest, la Chambre Syndicale des pharmaciens du Finistère et le Syndicat des Pharmaciens de la Charente-Maritime, ont exercé, directement ou indirectement des pressions sur les médecins pour les dissuader de prescrire les spécialités des L.F.P.G.; que cette action sur les prescripteurs a été motivée par l'obligation légale faite aux pharmaciens de délivrer les spécialités prescrites, dès lors qu'elles ne sont délivrables que sur ordonnance, et par l'interdiction qui leur est faite par l'article R. 5015-45 du Code de la pharmacie de modifier une prescription sans l'accord exprès et préalable de son auteur; que les pressions ainsi exercées qui avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet de faire obstacle à la prescription des produits génériques constituent des actions concertées au sens de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945;

**b) En ce qui concerne la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France:**

44. Considérant qu'à diverses reprises, avant la circulaire des 27-29 février 1979, à la suite de débats internes à des instances de la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France, les syndicats affiliés ont été alertés sur les dangers que, selon elle, comportait la mise sur le marché des produits génériques;

45. Considérant, que la Fédération ne saurait prétendre s'être bornée à informer ses adhérents des risques liés à la commercialisation de nouveaux produits, dès lors que sa Commission Economique a demandé le 14 février 1980 «que les confrères soient clairement informés et que l'on cite les fabricants concernés»; que les comportements incriminés des organisations syndicales affiliées et mentionnées plus haut, à l'exception de ceux de la chambre syndicale des pharmaciens des Deux-Sèvres dont la circulaire est intervenue un jour avant la réunion de la commission économique, ont effectivement correspondu à l'attente de celle-ci; que les membres de cette commission ou des participants à la réunion du 14 février figurent parmi les responsables des organisations qui ont enfreint les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945;

46. Considérant que d'après son président, M. Peckre, la circulaire de la F.S.P.F. ne donnait aucune consigne de boycottage; qu'il n'approuvait pas ce type de réaction; qu'il a, au contraire, été un élément modérateur;

47. Considérant qu'à plusieurs reprises en 1978 le président de la Fédération avait, dans le cadre de débats internes à ses instances dirigeantes, suggéré des mesures de «boycott» vis-à-vis de spécialités «non rentables» ou «à trop bas prix»; que ces propositions, même si elles n'ont pas été retenues à l'époque et ne sauraient, en toute hypothèse, suffire à fonder une incrimination, indiquent en tous cas que leur auteur ne concevait pas une hostilité de principe à l'égard de ce type de mesure; que le ton employé dans la circulaire des 27-29 février ne traduit nullement un souci d'apaisement mais vise au contraire à mobiliser la profession contre les initiatives des L.F.P.G.; que l'on comprend mal la signification d'un appel à la «prudence» face à la

commercialisation de produits que les pharmaciens sont tenus de délivrer lorsqu'ils sont prescrits; que si l'intention de la Fédération avait été de canaliser des initiatives locales désapprouvées par elle, la diffusion de la circulaire eût été circonscrite aux régions dans lesquelles la commercialisation des spécialités des L.F.P.G. avait été engagée et où elle avait suscité des oppositions de la part des pharmaciens; qu'au contraire la Fédération a, par un texte diffusé directement à l'ensemble des pharmaciens, alerté toute la profession;

48. Considérant que la Fédération n'a pas exprimé sa désapprobation à l'égard de l'action de certains de ses adhérents alors qu'elle ne pouvait en ignorer le caractère illicite; qu'au contraire elle en a tiré avantage pour affermir sa position de négociation vis-à-vis des laboratoires intéressés; que de fait elle a été engagée à deux reprises, les 27 février et 12 mars 1980, dans des négociations avec les L.F.P.G. et Clin Midy, au cours desquelles a été évoquée une revalorisation des

taux de marque; que dans ces conditions elle ne peut prétendre qu'elle n'a pas été, pour le moins, solidaire des actions délictueuses entreprises;

49. Considérant, enfin, qu'un membre du Conseil d'Administration de la Fédération nationale, président de la fédération régionale de Bourgogne Franche-Comté, a, de lui-même, considéré que la décision de suspendre la commercialisation des produits génériques a été le résultat de l'entrevue, le 12 mars 1980, de M. Desjonquères et du Bureau National de la Fédération des Syndicats pharmaceutiques de France et «de la fermeté des présidents à ce sujets lors de leur dernière assemblée générale»; que ce témoignage montre l'efficacité de la pression exercée par la Fédération sur les laboratoires Clin Midy et les L.F.P.G.;

50. Considérant, dans ces conditions, que la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France a enfreint les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945;

B) Sur l'application de l'article 51 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945

Considérant qu'aux termes de cet article:

«Ne sont pas visées par les dispositions de l'article précédent les actions concertées, conventions ou ententes ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant une position dominante:

1°) lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire:

2°) dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité».

51. Considérant que les dispositions de l'article 51 1°) ne peuvent trouver application que s'il existe un lien de causalité directe et inéluctable entre un texte législatif ou réglementaire intervenu après le 31 octobre 1967 — date des textes au-delà de laquelle la loi exclut qu'ils puissent être invoqués —, d'une part, et les pratiques visées, d'autre part; que les parties en cause n'ont pas invoqué un tel texte;

52. Considérant, en ce qui concerne l'article 51 2°), que la loi fait explicitement incomber aux parties intéressées la charge de démontrer que leur action anticoncurrentielle comporte des avantages économiques et que ceux-ci sont suffisants pour compenser les incidences de cette action sur la concurrence; que les parties intéressées contestent que les faits relevés tombent sous le coup de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945; qu'elles ne se prévalent pas, fût-ce à titre subsidiaire, du bénéfice de ces dispositions;

IV. — Sur les circonstances particulières:

53. Considérant que si des pratiques d'exclusion et de boycottage sont en elles-mêmes d'une particulière gravité, la circonstance qu'elles sont mises en œuvre par une profession fermée, protégée et détentrice d'un monopole de commercialisation ne peut qu'accuser cette gravité;

54. Considérant que pour apprécier exactement celle-ci, il y a lieu, en outre, d'évaluer les effets que la mise en œuvre de ces pratiques a comportés ainsi que la pertinence de justifications alléguées par leurs auteurs;

55. Considérant que les interventions des organisations professionnelles en cause ont eu des effets gravement préjudiciables aux utilisateurs, à leurs mutuelles et aux organismes de sécurité sociale, en faisant obstacle à l'abaissement des prix de spécialités pharmaceutiques; qu'en outre la décision prise par Clin Midy de suspendre la commercialisation de la gamme de produits génériques proposée par les L.F.P.G. manifeste clairement l'efficacité de ces interventions syndicales; que cela ressort notamment des termes d'une circulaire du Syndicat des pharmaciens de la Charente-Maritime, datée du 31 mars 1980, selon lesquels le groupe Clin Midy-Diphac a «directement et durement subi les conséquences des erreurs commises» par lui; qu'en ce qui concerne les L.F.P.G., sur un chiffre d'affaires annuel prévu de l'ordre de 23,3 millions de francs, la première année, pour les produits en cause, correspondant à des parts de marché comprises entre 3 et 5 % des ventes des produits-leaders équivalents, les ventes ont été de 235 000 francs, seulement, soit 1 % des prévisions; que ce résultat a été enregistré bien que, selon les constatations faites au cours de l'instruction, les grossistes-répartiteurs, y compris ceux du secteur coopératif d'assise officinale, n'aient pas fait obstacle à la commercialisation des produits en cause;

56. Considérant que, selon certaines des parties intéressées, on ne peut appliquer «sans discernement» aux pharmaciens les règles générales du commerce, compte tenu de la nature spécifique des produits pharmaceutiques; que les L.F.P.G. auraient «usé de procédés peu orthodoxes en matière de prospection commerciale et de relations avec les pharmaciens» et mis en œuvre une politique commerciale «provocante et inhabituelle», comme on le ferait «pour un quelconque produit de consommation», usant d'un «argument de vente exclusivement tarifaire»; que les pharmaciens ont été choqués par une «publicité basée exclusivement sur un cassage de prix»;

57. Considérant que les dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 s'appliquent «à tous les biens, produits ou services, nonobstant toutes dispositions contraires»; que s'il est vrai que les particularités de produits pharmaceutiques et la déontologie des professions intéressées interdisent de recourir à certaines techniques de promotion commerciale, c'est abusivement qu'un tel moyen est invoqué pour s'opposer à des baisses de prix qui ne sont pas de nature à compromettre la santé publique; que l'instruction n'a pas révélé que les L.F.P.G. aient usé de méthodes commerciales et de promotion sensiblement différentes de celles de leurs concurrents, si ce n'est pour faire valoir un prix avantageux pour les utilisateurs, argument effectivement avancé par ces laboratoires et leur visiteurs médicaux pour encourager la prescription médicale; que les médecins — prescripteurs pouvaient, de fait, être sensibles à ce facteur susceptible d'améliorer leur «profil médical»; qu'il est de l'essence même du processus concurrentiel de faire valoir ce type d'avantages, tout autant que la qualité des produits destinés aux malades; que, de surcroît, ceux-ci, avec leurs mutuelles et les organismes de Sécurité Sociale sont susceptibles d'en tirer avantage;

58. Considérant que certaines organisations professionnelles ont émis des doutes sur les qualités thérapeutiques des spécialités commercialisées par les L.F.P.G.; que, pour certaines, elles vont jusqu'à revendiquer le droit pour le pharmacien de refuser la délivrance de «médicaments inadaptés et douteux»; que, selon elles, «la responsabilité de la délivrance des médicaments qui incombe au pharmacien l'oblige à connaître et à critiquer la valeur même des produits délivrés»; que le pharmacien «a le devoir de garantir aux malades la délivrance d'un produit fiable»; que les produits en cause auraient bénéficié d'une «délivrance anormalement rapide» de l'A.M.M.;

59. Considérant que s'agissant, en l'espèce, de médicaments qui sont prescrits par le corps médical et qui, ayant fait l'objet d'une A.M.M., présentent les garanties de sécurité et d'efficacité requises, il n'appartenait pas à des pharmaciens ni à certaines de leurs organisations professionnelles de se substituer aux autorités compétentes pour juger de ces garanties;

60. Considérant que certaines des organisations en cause font valoir les craintes des pharmaciens devant «la multiplication anarchique des génériques de fantaisie», «la prolifération des copies». «l'avalanche de nouvelles spécialités»; que, selon ces organisations, les génériques «aggravent les problèmes de stockage des médicaments au niveau de l'officine»;

61. Considérant qu'en réalité la fonction de stockage de produits dispensés en officine incombe principalement aux grossistes-répartiteurs; que ces inconvénients, qui ne sont pas spécifiques aux manipulations de produits génériques, ne sauraient à la rigueur être invoqués que pour les ventes en direct, lesquelles ne représentent qu'une très faible part des ventes de spécialités pharmaceutiques; que cette formule de vente avait été écartée par les L.F.P.G.;

62. Considérant que des parties croient trouver une justification à leur attitude négative vis-à-vis des produits génériques dans les conclusions d'un rapport intitulé « Pour un meilleur usage des médicaments », demandé par le ministre de la Santé et de la Famille en février 1979; qu'elles invoquent une prise de position des auteurs de ce rapport selon laquelle les produits génériques seraient un facteur de surconsommation médicale et de gaspillage des médicaments;

63. Considérant que, s'il est vrai que des réserves ont été émises dans ce rapport quant à la multiplication de spécialités médicales identiques, ces réserves visaient plus spécialement les génériques dits de fantaisie;

64. Considérant que les parties ne sauraient davantage tenter de justifier leurs comportements en prétendant avoir vocation à sauvegarder la recherche; que, selon certaines organisations, la fabrication de produits génériques mettrait en danger les efforts réalisés dans ce domaine par l'industrie pharmaceutique en France;

65. Considérant que l'essence même du monopole attaché par la loi au brevet est la divulgation de l'invention au public qui doit permettre sa reproduction par d'autres, sous le contrôle du détenteur ou de ses licenciés durant la vie du brevet, puis librement dès sa chute dans le domaine public; qu'il est donc dans la vocation du brevet d'être utilisé par qui le désire et « copié » dès l'extinction de sa durée de vie; que s'il

est dans une certaine mesure fatal qu'en l'absence d'autres barrières à l'entrée le nombre de producteurs s'accroisse après la période de protection du brevet et qu'une concurrence par les prix s'instaure, il peut en résulter pour les laboratoires les plus avancés une stimulation supplémentaire à innover; qu'en outre, l'utilisation de marques de fantaisie par les laboratoires préserve dans une certaine mesure la rente qui était celle des produits — leaders avant la chute des brevets dans le domaine public; que de surcroît, en l'espèce, les produits copiés correspondent à des principes actifs découverts par des firmes étrangères et, pour la plupart, importés; qu'enfin, compte tenu de l'appartenance des L.F.P.G. à l'un des groupes pharmaceutiques qui consacrent le plus d'efforts à la recherche, rien n'autorisait en l'espèce à redouter de telles conséquences;

66. Considérant que si individuellement chaque pharmacien est libre de détenir ou non des produits — conseils d'une marque déterminée et de ne pas en conseiller l'achat, fût-ce sur la base de critères étrangers à toute considération thérapeutique, les organisations syndicales de pharmaciens ne pouvaient, sans contrevenir aux dispositions de l'article 50, appeler leurs adhérents à des mesures de rétorsion collective;

#### V. — Sur les suites à donner :

67. Considérant que les faits ainsi caractérisés constituent une violation particulièrement grave des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945; qu'il y a lieu non seulement de rétablir dans les délais les plus brefs les conditions d'un fonctionnement normal du marché mais aussi d'appliquer des sanctions pécuniaires, déterminées notamment en fonction de la gravité des infractions commises et de la portée des consignes données, eu égard au nombre de leurs destinataires; qu'il convient également de tenir compte du degré de responsabilité incombant aux différents échelons de l'organisation syndicale en cause, singulièrement à la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France; que de telles sanctions doivent être appliquées aux organisations syndicales suivantes :

- Chambre Syndicale des pharmaciens des Deux-Sèvres
- Syndicat des pharmaciens de l'Allier
- Syndicat des pharmaciens d'Ille-et-Vilaine
- Syndicat des pharmaciens de la Loire-Atlantique
- Chambre Syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire
- Syndicat des pharmaciens de la Vienne
- Syndicat des pharmaciens du Morbihan
- Syndicat des pharmaciens du Var
- Syndicat des pharmaciens du Nord
- Syndicat général des pharmaciens des Bouches-du-Rhône
- Fédération Rhône-Alpes des Syndicats pharmaceutiques
- Fédération Centre-Ouest des Syndicats pharmaceutiques
- Fédération méditerranéenne des Syndicats pharmaceutiques
- Fédération des Syndicats pharmaceutiques de France;

à raison des consignes ou recommandations à leurs adhérents par lesquelles ces organisations ont fait pression sur les L.F.P.G. et leur société mère jusqu'à ce que celle-ci décide de suspendre la commercialisation des produits en cause;

68. Considérant qu'outre ces pratiques, la Chambre syndicale des pharmaciens du Finistère et le Syndicat des Pharmaciens de la Charente-Maritime ont la première par des lettres envoyées aux médecins et la seconde par des consignes qui ont eu pour objet et pouvaient avoir pour effet d'influencer la prescription médicale, fait pression sur les prescripteurs dans le but de contrarier la commercialisation des produits en cause; qu'il y a lieu de ce fait d'appliquer à ces deux organisations une sanction pécuniaire supplémentaire;

Considérant que la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de l'Ouest a adressé des lettres aux médecins pour les dissuader de prescrire les spécialités des L.F.P.G.; qu'il y a lieu de lui appliquer de ce fait une sanction pécuniaire;

69. Considérant que dans un but d'information des pharmaciens et des médecins ainsi que, de prévention à l'égard du renouvellement de pratiques analogues, il y a lieu de prescrire, en application de l'article 53, avant-dernier alinéa, de l'ordonnance du 30 juin 1945, la publication intégrale du présent avis et de la décision du Ministre de l'Economie dans les revues professionnelles *Le Pharmacien de France*, *Le Moniteur des Pharmacies et des Laboratoires*, *Le Généraliste* et *Le Quotidien du Médecin*; qu'à défaut pour la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France, à laquelle incombera cette charge, de justifier de ces publications dans un délai de trois mois après la décision du Ministre, celui-ci pourrait lui appliquer une sanction pécuniaire de 100 000 francs par mois de retard pour chacune des revues mentionnées ci-dessus;

*Emet l'avis:*

1° que tombent sous le coup des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée, sans pouvoir bénéficier de celles de l'article 51, les agissements par lesquels certaines organisations professionnelles de la pharmacie d'officine ont fait obstacle à la commercialisation de certaines spécialités pharmaceutiques.

2° qu'il y a lieu d'appliquer les sanctions pécuniaires suivantes:

— Chambre Syndicale des pharmaciens des Deux-Sèvres: vingt mille francs.

— Syndicat des pharmaciens de l'Allier: trente mille francs.

— Syndicat des pharmaciens de la Charente-Maritime: soixante mille francs.

— Syndicat des pharmaciens d'Ille-et-Vilaine: quarante mille francs.

— Chambre syndicale des pharmaciens du Finistère: cent mille francs.

— Syndicat des pharmaciens de la Loire-Atlantique: cinquante mille francs.

— Chambre syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire: trente mille francs.

— Syndicat des pharmaciens de la Vienne: vingt mille francs.

— Syndicat des pharmaciens du Morbihan: trente mille francs.

— Syndicat des pharmaciens du Var: cinquante mille francs.

— Syndicat Général des pharmaciens des Bouches-du-Rhône: cent vingt mille francs.

— Syndicat des pharmaciens du Nord: cent quarante mille francs.

— Fédération des syndicats pharmaceutiques de l'Ouest: cinquante mille francs.

— Fédération Centre-Ouest des syndicats pharmaceutiques: vingt cinq mille francs.

— Fédération des syndicats pharmaceutiques de la région Rhône-Alpes: soixante mille francs.

— Fédération méditerranéenne des syndicats pharmaceutiques: trente cinq mille francs.

— Fédération des syndicats pharmaceutiques de France: deux millions de francs.

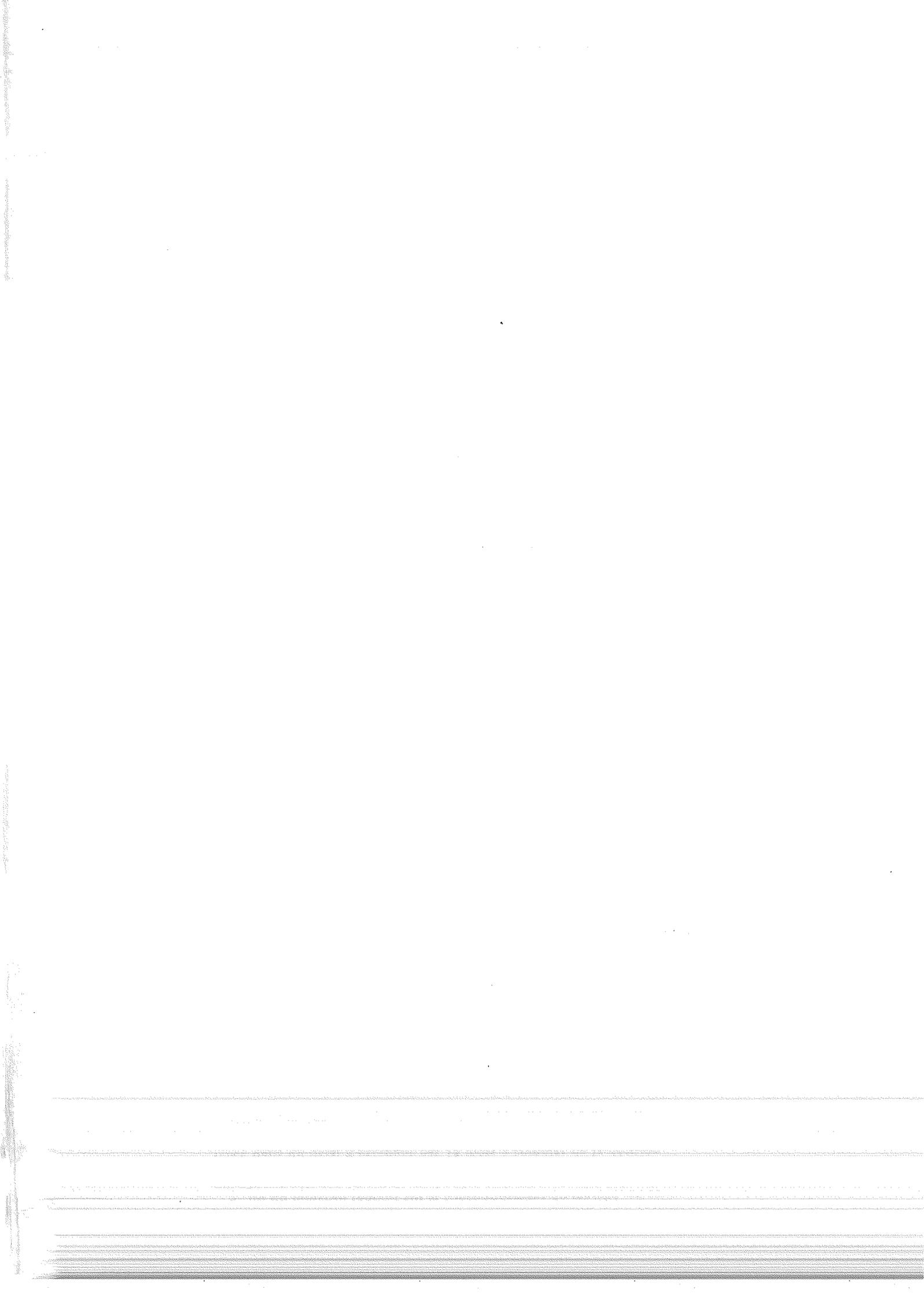
3° qu'en outre soit enjointe à la Fédération des Syndicats Pharmaceutiques de France la publication à ses frais du présent avis et de la décision du ministre de l'Economie dans les revues professionnelles *Le Pharmacien de France*, *Le Moniteur des Pharmaciens et des Laboratoires*, *Le Généraliste* et *Le Quotidien du Médecin*; que faute d'une telle publication dans le délai de trois mois après la décision du ministre, il y aurait lieu d'appliquer une sanction pécuniaire de cent mille francs par mois de retard et pour chacune de ces revues;

4° qu'un nouveau rapport sur le fonctionnement du marché, en ce qui concerne les conditions de production et de commercialisation des médicaments génériques, soit présenté à la Commission de la Concurrence dans un délai n'excédant pas 18 mois à compter de la décision ministérielle faisant suite au présent avis.

- 60 -

Délibéré en formation plénière, sur le rapport de M. Jacques Louis dans sa séance du 21 mai 1981.

---



# OUVRAGES DIFFUSES PAR LE CENTRE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

## DANS LA COLLECTION

### ● Actualités de Droit de l'Entreprise :

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial (1969) .....	39,00 franco
2 - Actualités de droit de l'entreprise 1968 (1970) .....	47,00 franco
3 - Nouvelles techniques contractuelles (1971) .....	épuisé
4 - Nouvelles techniques de concentration (1972) .....	épuisé
5 - Les services communs de l'entreprise (1974) .....	91,00 franco
6 - L'exercice en groupe des professions libérales (1975) .....	91,00 franco
7 - Le know-how (1976) .....	91,00 franco
8 - L'avenir de la publicité et le droit (1977) .....	91,00 franco
9 - Garanties de résultat et transfert des techniques (1978) .....	110,00 franco
10 - Droit social et modifications des structures de l'entreprise (1979) .....	100,00 franco
11 - Les inventions d'employés (1981) .....	100,00 franco
12 - La clause de réserve de propriété (1981) .....	195,00 franco
13 - Le nouveau droit du crédit immobilier (1981) .....	132,00 franco
14 - Concurrence et distribution (janvier 1982) .....	171,00 franco

### ● Bibliothèque du Droit de l'Entreprise

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (1972) .....	épuisé
- La responsabilité du banquier en droit privé français, par J. Vézian (1977 2 <sup>e</sup> éd.) .....	épuisé
- Un nouveau statut de la profession libérale : la société civile professionnelle, par A. Lamboley (1973) .....	épuisé
Le droit de la distribution par J.M. Mousseron, J.J. Burst, N. Chollet, C. Lavabre, J.M. Leloup et A. Seube .....	en réédition
Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin (1976) .....	158,00 franco
Les réserves latentes, par R. Abelard (1977) .....	140,00 franco
Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages) publié avec le concours du CNRS (1976) .....	238,00 franco
Le contrat de sous-traitance, par G. Valentin (1978) .....	172,00 franco
L'entente prohibée (1953 - 1967 - 1977) à travers les avis de la Commission des ententes, par V. Selinsky (1979) .....	160,00 franco
Les causes d'extinction du cautionnement, par C. Mouly (1980) .....	160,00 franco
L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble (1981) .....	160,00 franco
Le régime fiscal des transferts indirects de bénéfices à l'étranger, par J.L. Bilon (1981) .....	160,00 franco
Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, par J.P. Haehl (1981) .....	162,00 franco
Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, par D. Ohi (1982) .....	168,00 franco
La profession libérale en droit fiscal, par F. Alcade (1984) .....	208,00 franco
Les pratiques discriminatoires, par A. Benard (1984) .....	208,00 franco

### ● Bibliothèque de Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.)

- L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, par J. Schmidt (1970) .....	épuisé
L'épuisement du droit du breveté (1971) .....	62,00 franco
- La copropriété des brevets d'invention (1973) .....	62,00 franco
- Le know-how : sa réservation en droit commun, par R. Fabre (1976) .....	110,00 franco
- L'acte de contrefaçon, par Ch. Le Stanc (1977) .....	112,00 franco
- Juge et loi du brevet, par M. Vivant (1977) .....	148,00 franco
- Le Droit français nouveau des brevets d'invention, par J.M. Mousseron et A. Sonnier (1978) .....	épuisé
- Les contrats de recherche par Y. Reboul (1978) .....	178,00 franco
- Traité des brevets : régime nationaux, européen, communautaire, international (tome 1 : l'obtention du brevet) par J.M. Mousseron, avec le concours de J. Schmidt et P. Vigand, 1200 p. (1983) .....	550,00 franco

### ● Bibliothèque L.G.D.J.

- Les groupes de contrats, par B. Teysse (1975) .....	148,00 franco
- L'affrètement aérien, par J.P. Tosi (1977) .....	88,00 franco

### ● Dossiers Brevets

- Six livraisons par an, regroupant études, documents et dossiers de jurisprudence (Décisions, Brevets, Guides de lecture) .....	600,00 franco
--	---------------

### ● La lettre de la Distribution

- Chaque mois les informations les plus récentes. (ADH à Droit et Distribution) .....	350,00 franco
---	---------------

### ● Cahiers de Droit de l'Entreprise

- Supplément bimestriel à la Semaine Juridique (Editions E.I.)	
--	--