

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 01-D-07 du 11 avril 2001 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre, enregistrée le 31 décembre 1999 sous le numéro F 1201, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, d'un dossier relatif à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la répartition pharmaceutique ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés OCP Répartition SAS, CERP Rouen, Alliance Santé et CERP Bretagne Nord, par la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés OCP Répartition SAS, CERP Rouen, Alliance Santé et CERP Bretagne Nord et de la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique entendus au cours de la séance du 16 janvier 2001 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A – LE SECTEUR CONCERNÉ

La distribution des spécialités médicales

a) Les spécificités de la distribution des médicaments

Il y a en France 320 laboratoires-fabricants auxquels s'ajoutent environ 280 fabricants d'accessoires ou de dispositifs paramédicaux. 23 600 officines distribuent ces produits en métropole. 75 % des 7 300 spécialités pharmaceutiques se vendent, en moyenne, à moins d'une unité par mois et par officine et seuls 2 % des médicaments se vendent à plus de dix unités par mois.

Une pharmacie ne peut avoir en stock que les spécialités les plus courantes mais elle doit être en mesure de délivrer rapidement (dans la journée) les médicaments prescrits. D'où le rôle joué par les grossistes-répartiteurs pharmaceutiques, organisés pour livrer en quelques heures, et quel que soit l'endroit, les médicaments qui leur sont commandés.

b) Les circuits de distribution

Les répartiteurs traitent 90 % des flux à destination des officines (99 % de leur CA). En revanche, ils ne traitent que 10 % des flux à destination des hôpitaux (1 % de leur CA.), les laboratoires et les dépositaires prenant le reste du marché hospitalier. Les ventes directes aux officines portent sur 10 % des spécialités remboursables (vignettées) et 50 % des spécialités non remboursables. Ces ventes (hebdomadaires ou mensuelles) ne concernent que les produits à forte rotation.

Le répartiteur joue donc un rôle essentiel dans la distribution des spécialités pharmaceutiques. Dans la pratique, les pharmaciens d'officine s'adressent, en général, à deux répartiteurs, l'un, à titre principal, qui assure la plus grande partie de leurs commandes et le second, à titre accessoire, pour les activités de " *dépannage* " .

2. La réglementation

Les grossistes-répartiteurs sont soumis à la tutelle du ministère chargé de la santé. Leur marge est fixée par les pouvoirs publics ; l'article 2 de l'arrêté du 28 avril 1999 relatif aux marges des médicaments remboursables dispose en effet que " *pour les spécialités pharmaceutiques inscrites sur la liste prévue à l'article L. 162-17 du code de la sécurité sociale, le montant limite de marge brute hors taxe (des grossistes répartiteurs), calculé par rapport au prix fabricant hors taxe, est fixé, hors ristournes* " à 10,74 % du prix fabricant HT entre 0 et 150 F et 6 % au-delà.

Les répartiteurs n'ont pas le choix de leurs fournisseurs (collection imposée, pas de possibilité de substituer un produit à un autre), ni de leurs clients (obligation de livraison).

Toute entreprise exerçant l'activité de grossiste-répartiteur doit, pour chacun de ses établissements, déclarer au ministre chargé de la santé le territoire sur lequel elle exerce son activité de répartition. Toute commune dans laquelle l'établissement dessert habituellement au moins une officine fait partie de ce territoire. Sur son territoire de répartition, l'établissement est tenu aux obligations de service public suivantes :

- fournir tout médicament à tout pharmacien de son secteur géographique d'activité dans les 24 heures suivant la réception de la commande ;
- livrer, à la demande ou en cas d'urgence ou sous réquisition du ministre chargé de la santé, une officine en dehors de sa clientèle habituelle, voire en dehors de la zone d'activité qu'il a déclarée ;
- disposer en permanence d'un stock correspondant à quinze jours de vente et d'au moins 90 % des préparations effectivement exploitées en France (article R. 5115-13 du code de la sécurité sociale).

L'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale limite respectivement à 2,50 % et 10,74 % le taux des remises, ristournes et avantages commerciaux et financiers assimilés de toute nature consentis par les

fournisseurs des officines en spécialités pharmaceutiques remboursables et en spécialités génériques. Ce texte précise que :

" Toutefois, ce plafonnement ne s'applique pas pendant la durée de validité d'un accord de bonnes pratiques commerciales, agréé par le ministre chargé de la sécurité sociale, conclu entre les organisations représentatives des établissements de vente en gros de spécialités pharmaceutiques et celles des pharmaciens d'officine ".

Cependant, les professionnels n'ont pas pu s'entendre sur les termes d'un tel accord.

3. Les offreurs

Au cours des dernières années, la distribution des médicaments s'est considérablement concentrée, le nombre de grossistes-répartiteurs passant de 60 en 1960 à sept en 1999. Trois d'entre eux, OCP Répartition SAS (ci-après OCP), Alliance Santé et CERP Rouen détiennent 83 % du marché.

Le reste du marché est partagé entre un petit nombre d'entreprises : CERP Bretagne Nord, Dapharm, ORP et Phoenix Pharma.

Tous les répartiteurs, excepté Dapharm, sont adhérents à la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP).

B. – LES PRATIQUES CONSTATÉES

1. Les accords concernant le gel des parts de marché et les conditions commerciales

1.1. Dans la région Nord

Un document, daté du 18 avril 1995 et signé par M. Godon, directeur de la région Nord du CERP Rouen, fait état d'une " *réunion concurrence* ", tenue le 7 avril 1995, au cours de laquelle, notamment, les parts de marché auraient été figées à $\pm 0,20$ % à fin décembre 1994. Il aurait également été décidé de réduire les conditions commerciales.

Dans un compte rendu de réunion du 8 novembre 1996 entre des responsables de CERP Rouen, OCP, Alliance Santé et des représentants de la Chambre syndicale (CSRP), M. Desprez, directeur général de CERP Rouen, mentionne : " *rappel est fait de l'accord de PERONNE, qui fonctionne depuis 5 ans, en tolérant un glissement de 0,10 de part de marché avant de réagir* ".

M. Godon a confirmé que les trois grossistes-répartiteurs présents sur la région Nord (OCP, Alliance Santé et CERP Rouen) ont bien passé un accord en 1991 visant à geler leurs parts de marché respectives. La réunion du 7 avril 1995 avait, selon lui, pour but de prolonger cet accord.

Lorsque les limites des fourchettes d'évolution maximum de part de marché étaient dépassées, les

répartiteurs se restituèrent des clients (généralement à l'occasion d'une succession), afin de revenir dans les limites fixées. Ainsi sur un cahier de notes appartenant à M. Billiaud, ancien directeur régional des ventes OCP pour la région Nord-Normandie, on peut lire la mention suivante (à la date du 8 janvier 1997) :

" OCP : - 0,4
ALLIANCE SANTE : + 0,15) à rendre pour
CERP : + 0,25) compenser les 0,4 % OCP "

Un document du 26 février 1999, rédigé par M. Billiaud, faisant état des " gains " et " pertes " d'OCP par rapport à CERP Rouen, porte la mention, en face de deux clients pharmaciens : " à rendre, à valider avec GODON " ; la page suivante de ce document porte la mention " dans le réservoir " avec le nom de cinq pharmaciens.

Un rapport d'activité de juin 1998 de CERP St-Quentin porte la mention suivante :

" Commercial

- réalisation de deux cessions ;
- celle de Melle VANHOLEBEKE officine reprise à l'OCP pour régularisation de CA. "

Selon M. Godon " régularisation signifie récupération d'une perte de C.A. précédente au profit de l'OCP ".

1.2. En Seine-Maritime

1.2.1. Les déclarations de pharmaciens

Plusieurs pharmaciens de Seine-Maritime ont fait état de la difficulté de changer de fournisseur suite à une détérioration de leurs conditions commerciales.

1.2.1.1. Pharmacie Branowski (Epouville - 76)

En mars 1996 cette pharmacie bénéficiait, chez CERP Rouen, d'une remise de 2,5 % sur le " vignetté " et 10 % sur la parapharmacie.

En septembre, le taux de la remise est réduit à 2,20 % sur le " vignetté " et 2,69 % sur la parapharmacie, alors que, en cumul annuel, le chiffre d'affaires a progressé de 34,2 %. Même si l'on se borne à comparer les achats de septembre 1996 à ceux de septembre 1995, on observe une progression (4 %).

Alliance Santé, contactée pour faire des contre-propositions, n'a pas répondu à la demande.

1.2.1.2. Pharmacie Gayon (Le Havre - 76)

M. Gayon a fait état d'une baisse des remises pondérées de son fournisseur exclusif, OCP, début 1996. Devant le refus explicite ou implicite d'Alliance Santé, OCP et CERP Rouen de le livrer, il a été contraint de maintenir OCP comme fournisseur quasi-exclusif.

1.2.1.3. Pharmacie Leclercq (Le Havre - 76)

La remise globale pondérée octroyée par CERP Rouen à M. Leclercq passe de 3,44 à 2,21 % de novembre 1995 à juin 1996 pour un CA pratiquement équivalent (ce qui équivaut à une perte de l'ordre de 6 000 F/mois).

M. Leclercq a essayé de remplacer CERP Rouen par OCP ou Alliance Santé, mais sans succès.

1.2.1.4. Pharmacie Goulay (Fontaine-Le-Dun – 76)

Début 1996, M. Goulay, client de CERP Rouen, a voulu changer de fournisseur au profit d'Alliance Santé. Après avoir donné son accord, ce dernier a finalement refusé de livrer.

1.2.1.5. Pharmacie Dick (Montivilliers – 76)

Peu satisfait des conditions que lui consentait CERP Rouen, M. Dick a pris contact, en décembre 1995, avec OCP et Alliance Santé. Celle-ci n'a jamais répondu et OCP a proposé des conditions moins favorables que celles consenties par CERP Rouen.

1.2.2. Les autres éléments recueillis :

- un document, saisi chez OCP, porte la mention manuscrite suivante :
- " Le 26 mars 98, Le Havre CERP doit 450 KF à OCP → succession JOURNAL " ;
- un autre document, également saisi chez OCP, porte la mention manuscrite suivante : " *Le 19.05.98, Le Havre CERP doit 200 KF, récupération au 1^{er} juin* " ;
- un fax en date du 29 juin 1998, envoyé à M. Billiaud, précise : " rachat pharmacie WINSBACK à FECAMP, 650 KF par mois par M. et Mme VASNIER client à l'OCP ROUEN que j'ai été voir mercredi. Très bon contact. Pas fait énorme proposition normalement OCP en accord avec la CERP ; Aujourd'hui, il fait 1 mois OCP, 1 mois CERP : CA supplémentaire que je ne compte pas rendre à CERP ROUEN si possible !!! ".

2. La stratégie commerciale d'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé a l'égard d'ORP

OCP, CERP Rouen et Alliance Santé ont mis en place une stratégie concertée visant à faire échec à l'implantation d'ORP, sollicitée, d'une part par des pharmaciens du Nord adhérant au groupement de pharmaciens Chti'Pharm et, d'autre part, par certains pharmaciens de Seine-Maritime mécontents du traitement que leur imposaient leurs répartiteurs traditionnels.

Cette stratégie, désignée par CERP Rouen " *stratégie du mauvais joueur* ", a consisté à refuser de livrer, dans les conditions habituelles, en tant que grossiste secondaire, les pharmaciens ayant fait appel à l'ORP, en

escomptant que l'éloignement de ses bases ne permettrait pas à ce dernier d'assurer, à long terme, le service qu'il s'était engagé à rendre (une livraison tous les matins).

•dans la région Nord

La stratégie à l'égard d'ORP est décrite dans les termes suivants par M. Bernard, président de Chti'Pharm : " Le 19 décembre 1996 tous les pharmaciens du groupement ont été appelés par leurs grossistes respectifs pour connaître leur position par rapport à la collaboration avec ORP. En fonction de leur réponse il y a eu trois cas : ceux qui n'étaient pas ORP ont continué leur collaboration commerciale avec leurs grossistes. Ceux qui étaient exclusifs avec un seul grossiste (OCP, CERP ou IFP) et qui avaient décidé de travailler avec ORP (petit compte, moyen compte) se sont vu opposer les conditions générales de vente minima des grossistes répartiteurs (livraison sous 24 H à réception de la commande par fax). Le troisième cas était celui des pharmaciens qui avaient deux grossistes et qui voulaient travailler avec ORP. S'ils voulaient supprimer le grossiste principal, le grossiste secondaire refusait de livrer. S'ils voulaient supprimer le grossiste secondaire le grossiste principal imposait une seule livraison le matin. Ces comportements résultaient d'une action concertée entre les trois grossistes. En ce qui concerne les 10 responsables achat de CHTI'PHARM, il n'y a pas eu de contact téléphonique, nous avons simplement constaté que les livraisons n'étaient pas effectuées ce qui nous a conduit à devenir exclusif ORP. Le comportement des grossistes locaux a également conduit à ce que la très large majorité des pharmaciens CHTI'PHARM clients ORP deviennent exclusifs avec ce fournisseur. Voyant le peu de résultats de leur comportement la deuxième étape a consisté pour les grossistes locaux à faire de la " surenchère commerciale " (notamment remises commerciales, chèque, mise à disposition de véhicules, travaux dans les officines, cadeaux divers) " .

M. Godon, directeur régional à CERP Rouen, a confirmé les déclarations de M. Bernard : " Vous me présentez un document OCP (...) intitulé " CERP ne joue pas le jeu " . Il s'agit selon moi de ce que décrit M. BERNARD dans son audition du 22 février 1999 " .

Plusieurs documents d'origine OCP corroborent la version de M. Bernard en ce qui concerne l'existence d'une coalition Alliance Santé–OCP–CERP Rouen pour contrer le développement d'ORP :

- une note manuscrite extraite d'un cahier appartenant à M. Leday, directeur régional d'OCP, précise :

" CERP/IFP = Accord

lutte contre ORP et direct "

- un document rédigé par M. Billiaud, daté du 28 septembre 1998, expose " *la stratégie commerciale face à l'implantation d'ORP dans le Nord* " :

" 1) Analyse de la situation

a)Contexte

Janv. 96 début des négociations avec le groupement giropharm " chti'pharm " 16 MF/mois 50 clients.

Fév/Mars/Avril/Mai 96 enchaînements de négociations.

Juin 96 : rupture des négociations

Juillet 96 : départ des 1ers clients chez ORP → 1 livraison par jour depuis Auray

Février 98 : ouverture du site ORP à Flers (35 km Lille)

Août 98 : pertes OCP cumulées depuis le 07/96 = 8 MF/mois (= 30 clients) + 1,5 MF/mois de clients contentieux (= 4 clts).

b)ORP à Flers

Le service collection = 18500 sur Flers et 22 000 sur Auray ? à J+2

1 livraison par jour le matin du lundi au samedi

Remises : 2,5 + 12 % sur facture complément jusqu'à 5,2 % par chèque m + 1 + 0,5

Groupement

Conditions financières : rémunération au comptant (sem) autour de 1 % ?

quelques découpages gratuits sur 12 ou 24 mois mais ce n'est pas une arme commerciale systématique réserver au membres comité de direction (à vérifier ?).

2) Synthèse de l'analyse

...Faiblesses/OCP

parts de marché élevées

- initiateur des " accords " dans le nord

.... Opportunités/OCP

- les " accords "/répartiteurs traditionnels

.... Menaces/OCP

.... Connaissance des " accords " par SANCHEZ

3) Les leviers d'action (les facteurs clé de succès) pour contrer ORP

- la cohésion avec les concurrents :

livrer les clients ayant choisis ORP uniquement le matin et les produits en collection sur le site OCP concerné. // n'accepter que de la télétrans // pas de retour // pas d'ADP et réassort.

4) Le plan d'action (moyens)

- " bloquer " les clients Giropharm toujours à l'OCP (moyens : cf. § anticiper les négos)

construction d'une COMMANDE Spéciale

objectif : proposer une forte rémunération sur les gros volumes puisque nous sommes incontournables sur les petites rotations.

les cibles : la totalité des clients OCP N°1

La totalité des clients Giropharm

Quelques clients N°2 dont les achats directs sont importants

le produit : liste de 130 produits leader/distriphar/dépolabo + (5 lignes vierges au choix)

1 commande par mois livraison sous 72 heures

le prix 1000 pdts x par lignes de 10 = 6 %

800 pdts x par lignes de 10 = 5 %

600 pdts x par lignes de 10 = 4,5 %

les conditions financières : 60 J fin de mois (Ⓓ attention prévoir une liste des CTX, R3, R2 et informer les personnes qui saisissent les CS de l'interdiction pour ces clients)

conclusion : expérience réussie que nous continuons sur Arras et Lille chaque mois de 98 et budgétée sur l'exercice 99. Nous avons gagné une bataille mais pas la guerre (nous venons de subir une opération commando d'ORP (pendant 15 jours, 5 commerciaux ORP ont visité nos clients). Certains sont intéressés,

d'autres sont déstabilisés, mais dans tous les cas d'après négociations s'ouvrent ! ! ! ! ".

- Une note manuscrite, d'origine OCP, et intitulée " *CERP ne joue pas le jeu* " comprend notamment les mentions suivantes :

" Mme Vasseur - Douai - Avant OCP 1^{er} CERP 2^{ème} - Aujourd'hui ORP 1^{er} CERP 2^{ème}" pas eu de changement de service. Attend réponse rapide de ma part, car si idem service CERP, vient à l'OCP en 2^{ème}. Si rien de fait, risque d'être définitivement perdue pour l'OCP ".

" Mme GILLOTS-Fournes - Avant OCP 1^{er} CERP 2^{ème} - Aujourd'hui ORP 1^{er} CERP 2^{ème} - OCP 2^{ème}

Mme Faget avait eu M. Godon à son sujet le 27/1/???. La CERP devait l'appeler tout de suite pour adapter service. J'ai appelé le 29/1/97, la CERP n'avait rien changé. J'attends qu'ils nous appellent pour dire qu'ils ont fait le changement, pour adapter le service à mon tour ".

" Bottazzini (Phie St. Brice) - Loos - Avant OCP 1^{er} CERP 2^{ème} - Aujourd'hui ORP 1^{er} - CERP 2^{ème}

CERP n'a pas changé son service, est toujours livré l'après-midi pour commander le matin et pour la totalité de la collection ".

- Une note manuscrite OCP au bas d'une liste de pharmaciens précise " ces clients là sont ou étaient 1^{er} CERP sont-ils partis de la CERP ?? Faut-il les boycotter ?? ".

M. Godon, directeur de la région Nord de CERP Rouen, reconnaît que la description des accords par M. Bernard est conforme à la réalité :

" Vous me présentez un document OCP scellé OCP Lille n°4 cotes 148 – 149 intitulé " *CERP ne joue pas le jeu* ". Il s'agit selon moi de ce que décrit M. BERNARD dans son audition du 22 février 1999 relatif au comportement des répartiteurs à la suite de l'arrivée d'ORP ".

- En Seine-Maritime
- Déclarations des pharmaciens

Plusieurs pharmaciens de la Seine-Maritime (Branowski, Gayon, Leclercq et Goulay), confrontés à une détérioration de leurs conditions commerciales et à l'impossibilité de changer de fournisseur, ont sollicité ORP pour devenir leur répartiteur. La réaction d'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé a été similaire à celle observée dans la région Nord.

- Déclarations de M. Sanchez-Suarez, PDG d'ORP, concernant les comportements d'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé et confirmant les comportements décrits ci-dessus :

" A chaque fois qu'un pharmacien, soit individuellement, soit dans le cadre d'un groupement, décidait de prendre ORP comme grossiste principal il était soumis à une suppression de service de ses précédents

fournisseurs. Par la suite, ces grossistes, précédemment fournisseurs, ont modulé leur réaction en effectuant une livraison le matin (qui est justement notre tranche de livraison), même si auparavant ils livraient l'après-midi. Nous avons constaté plus particulièrement ces comportements en Haute et Basse Normandie et dans le Nord Pas de Calais qui ont été nos deux premières zones de développement de notre activité ".

- Surenchères commerciales

Des documents saisis chez OCP font état des avantages octroyés à certains pharmaciens de Seine-Maritime par OCP pour empêcher l'implantation d'ORP ; les dossiers de ces pharmaciens portent la mention " *ORP* ", " *attaque ORP* " ou " *défense ORP* ".

C'est ainsi que, par exemple, M. Doizon a bénéficié des avantages suivants :

- un report d'échéance d'un an de 450 KF le 1^{er} décembre 1996 avec un taux d'intérêt de 0 % ;
- une remise, au titre de l'année 1998, d'un montant de 10 242 F, versée d'avance le 5 décembre 1997 ;
- un report d'échéance d'un an de 550 KF, le 10 novembre 1997, avec un taux d'intérêt de 3,60 % ;
- un report d'échéance d'un an de 461 KF, le 4 février 1999, avec un taux d'intérêt de 4,80 % ;
- différents cadeaux : un kit billard, le 13 octobre 1997 (3 300 F), des chaises en merisier, 13 octobre 1979 (9 137 F), du matériel audio-vidéo, le 11 décembre 1996 (9 535 F).

Un autre document montre que les intérêts dus en contrepartie du report d'échéance de 1998 ont été remboursés sous forme d'un chèque cadeau de 17 000 F le 30 mars 1998. Tout porte donc à croire que les avantages accordés à M. Doizon en 1997 ont été pérennisés par la suite.

M. Duhamel a bénéficié des avantages suivants :

- un report d'échéance d'un an de 600 KF le 1^{er} décembre 1996 au taux de 0 % ;

un report d'échéance d'un an pour 622 KF le 2 janvier 1998 au taux de 3,59 % ;

- un report d'échéance d'un an pour 600 KF le 4 janvier 1999 au taux de 4,80 % ;
- une remise sous forme de cadeaux en 1997 et 1998. Le document fait par ailleurs référence à un avantage " *intérêts sur facture : 21 685 F* " qui laisse à penser que, comme pour M. Doizon, les intérêts des reports d'échéance sont remboursés ;
- huit billets Paris-Tenerife le 17 décembre 1996 d'une valeur de 15 376 F ;
- une paire de bergères en bois doré le 13 décembre 1997 d'une valeur de 15 000 F ;
- un billet d'avion Paris-Orlando le 28 avril 1998 d'une valeur de 18 660 F.
- M. Bisson a bénéficié des avantages suivants : reports d'échéances de 550 KF sur un an à intérêt 0 % ou remboursés, 0,20 % de remises sous forme de cadeaux (43 241 F en 1997-1998).
- M. Journal et Mme Lesage Journal ont bénéficié des avantages suivants : reports d'échéance sur un an d'un mois de CA sans intérêts ; remises supplémentaires sous forme de cadeaux, ce qui représente, sur deux ans, 94 756 F. Parmi ces cadeaux, on relève des voyages, du vin, du mobilier, des locations de vacances, de la moquette, un bijou en or, une lampe, etc.
- Documents décrivant la stratégie des répartiteurs pour évincer ORP

Plusieurs documents décrivent la stratégie adoptée par OCP et CERP Rouen face à l'implantation d'ORP :

une étude d'OCP intitulée " *que faire face à l'installation de l'ORP, réunion anti-ORP du 30-10 à Rouen* ". Afin de contrer ORP, il est notamment envisagé une réduction du service et une augmentation substantielle des remises.

- un document de CERP Rouen, du 16 février 1998, suggère de passer de la stratégie du " mauvais joueur " (" représailles anti-commerciales qui consistent à diminuer le service en restant dans un contexte strictement légal sans aucune remise ") à la stratégie du " fair play ", qui consiste à conserver une attitude plus commerciale, comprenant notamment l'octroi d'avantages tarifaires plus importants, dans l'espoir, à terme, de récupérer le client. La stratégie du " mauvais joueur " avait trouvé ses limites au Havre et dans le Nord dans la mesure où elle avait accéléré le " basculement " de certains clients vers ORP, qui était devenu leur fournisseur exclusif.

3. Pressions exercées par OCP, CERP Rouen et Alliance Santé sur Schulze Pharma-GRP

a) Comportement de Schulze Pharma-GRP, devenu Phoenix Pharma

Au 1^{er} octobre 1996, Schulze Pharma est devenu le fournisseur de 71 pharmacies de la région parisienne précédemment livrées par OCP.

M. Grateau, directeur commercial de Schulze Pharma, a indiqué les conditions octroyées à cette date à 64 de ces nouveaux clients : 45 d'entre-eux bénéficient du plafond " *légal* " de remises : 2,50 % sur le " *vignetté* " + 14 % sur la parapharmacie et sur l'ensemble des produits non " *vignettés* ", 19 bénéficiaient de 2,50 % + 12 % ; 17 pharmaciens au plafond légal de remise bénéficiaient, en outre, soit de l'abonnement gratuit (neuf pharmacies), soit de retours sans abattements (trois pharmacies), soit de la reprise des périmés (cinq pharmacies). Un pharmacien bénéficiait à la fois de l'abonnement gratuit et des retours sans abattement. Par ailleurs, quelques pharmaciens, qui réglaient comptant, ont bénéficié d'un escompte de 1 % au lieu du 0,80 % habituel.

b) Déclarations des pharmaciens sur les comportements respectifs d'OCP et de Phoenix Pharma

Six pharmaciens ont confirmé que c'est la différence de la qualité du service qui les a amenés à rejoindre Phoenix Pharma. Leurs déclarations mettent l'accent principalement sur la désinvolture voire " *le mépris* " d'OCP vis-à-vis de ses clients. L'absence de relations humaines (ce critère est primordial pour bon nombre de pharmaciens) semble avoir joué un rôle important dans la désaffection des pharmaciens vis-à-vis de leur fournisseur.

En revanche, les conditions commerciales consenties par Phoenix Pharma n'ont pas été déterminantes. Phoenix Pharma a parfois été amené à consentir des services supplémentaires à des pharmaciens pour s'aligner sur OCP, dans des cas par exemple où celle-ci ne respectait pas le plafond légal de remise.

Si 71 pharmaciens ont décidé, en octobre 1996, de s'approvisionner auprès de Phoenix Pharma (date à laquelle Phoenix Pharma a mis en service un nouvel outil de production), c'est parce que leurs relations avec OCP s'étaient tellement dégradées qu'ils étaient prêts, à conditions commerciales équivalentes, à rejoindre le premier répartiteur qui acceptait de les accueillir. Le ressentiment était tel que les surenchères d'OCP n'ont eu que très peu d'effets.

c) Réaction d'OCP

- Démarchage des clients de Phoenix Pharma

Dans un premier temps, OCP a tenté de récupérer le chiffre d'affaires perdu auprès des clients Phoenix Pharma : dès fin septembre-début octobre 1996, OCP a démarché les clients Phoenix Pharma en leur proposant des remises d'un taux très supérieur au taux légal (même pour les petites pharmacies).

- Démarchage des clients de CERP Rouen et d'Alliance Santé

Devant le peu de résultats enregistrés auprès des clients de Phoenix Pharma, OCP a commencé à démarcher, fin octobre 1996, les clients d'Alliance Santé et de CERP Rouen. Le compte rendu d'une réunion entre répartiteurs, tenue le 8 novembre 1996, qui précise "*autre sujet de discorde : la non implication d'ALLIANCE SANTE et CERP dans la lutte menée par SCHULZE contre OCP*", laisse à penser que cette action d'OCP visait à faire pression sur Alliance Santé et CERP Rouen pour les amener à réagir contre Phoenix Pharma. Un document intitulé "*vite et fort*" expose la stratégie suivie par OCP. L'objectif est de récupérer 10 MF de chiffre d'affaires, à parts égales, sur CERP Rouen et Alliance Santé, OCP n'ayant pas réussi à reprendre le chiffre d'affaires détourné par Phoenix Pharma. En plus du plafond légal, des primes s'ajoutant aux reports d'échéance seront versées par chèque : 3 % pendant six mois et 2 % pendant un an : les termes utilisés donnent une idée de la violence de l'action entreprise par OCP : "*ne vous posez pas de question ! attaquez VITE et FORT ! one shot !*".

Un document d'origine CERP Rouen, daté du 21 octobre 1996, chiffre les propositions d'OCP à "*une avance d'un an ou deux de remises*".

Les fiches clients d'OCP Créteil ont confirmé l'existence de ces actions ; elles ont montré également qu'OCP a largement dépassé les plafonds légaux. Enfin, elles font apparaître qu'OCP a, à titre préventif, augmenté également les remises accordées à certains de ses propres clients, ce qui a contribué encore à une extension des surenchères.

d) Fin de la guerre commerciale dans la région parisienne

En trois semaines, du 1^{er} au 20 octobre 1996, les répartiteurs auraient perdu, à la suite de la guerre commerciale menée dans la région parisienne, un tiers de leur résultat et dégradé leur trésorerie de plusieurs dizaines de millions de francs. Un consensus s'instaure alors entre OCP, CERP Rouen et Alliance Santé pour cesser les hostilités et contraindre Phoenix Pharma à restituer le chiffre d'affaires alors pris à OCP (ce qui, de toute évidence, était le but recherché par OCP quand il s'en est pris à CERP Rouen et à Alliance Santé).

Lors de deux réunions tenues les 8 et 12 novembre 1996 (dont la première avec les instances syndicales), il est décidé de mettre fin à la guerre commerciale dans la région parisienne et d'étendre les accords de non concurrence à l'ensemble du territoire national.

Réunion du 8 novembre 1996

Le 8 novembre 1996, s'est tenue une réunion avec les responsables des principaux répartiteurs de la région parisienne et de la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique (CSRP) afin de faire le point sur la " guerre " commerciale en cours. M. Desprez (CERP Rouen) a rédigé un compte-rendu des débats. Après quelques récriminations sur le comportement des uns et des autres (OCP reproche notamment à Alliance Santé et CERP Rouen de ne pas s'être impliqués dans la lutte menée contre Phoenix Pharma) et après un rappel des accords précédents et des " quinze dernières années de confiance qui ont régi les relations des membres du CSRP " l'assemblée constate :

" 1.- notre désir de mettre fin à cette situation ubuesque

2.- l'agresseur est reconnu comme étant SCHULZE

3.- nous lui proposerons

a) souhaitez vous une trêve

b) êtes-vous d'accord pour restituer les chiffres d'affaires déviés ? "

Schulze Pharma, dont le responsable, M. Guardiola, fait antichambre dans l'attente des décisions prises au cours de la réunion, est en position d'accusé. M. Le Guisquet, secrétaire général du syndicat, ira " lui signifier " sa décision à savoir " aucune trêve n'est possible sans envisager la restitution des chiffres d'affaires ".

En cas de refus d'obtempérer, il est envisagé " la continuation de la guerre ". Un rendez-vous est pris pour le mardi 12 novembre " en fonction des décisions prises par le groupe SCHULZE ".

- Réunion du 12 novembre 1996
- •comptes rendus de CERP Rouen

Une note de M. Desprez, en date du 13 novembre 1996, montre que, le 12 au matin, Schulze Pharma refuse de restituer le chiffre d'affaires pris à OCP.

Le même jour, au cours de deux séances, il est décidé d'arrêter les hostilités dans la région parisienne et d'étendre les accords de non concurrence préexistants à l'ensemble du territoire, ainsi que le montre la note du 14 novembre 1996 rédigée par M. Desprez à l'intention du conseil d'administration de CERP Rouen.

La coalition d'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé contre Schulze Pharma, déjà affirmée lors de la réunion

du 8 novembre, est réexprimée explicitement : " *Nous continuerons à attaquer les clients SCHULZE en nous interdisant d'attaquer nos clients mutuels* ".

Les parts de marché nationales des principaux grossistes sont figées : 41 % pour OCP, 30,25 % pour Alliance Santé et 25,25 % pour l'ensemble des CERP.

- comptes rendus d'Alliance Santé

Trois pages manuscrites de M. Oudiz (ancien directeur commercial d'Alliance Santé) donnent également des précisions sur l'accord OCP–Alliance Santé–CERP Rouen.

On retrouve, sur ces documents, mention des mêmes parts de marché attribuées à chaque participant dans l'accord mentionné sur le compte rendu de M. Desprez ; il y est, par ailleurs, fait état de l'engagement pris d'arrêter " *toute action commerciale dès ce soir* " et de " *faire visiter les clients SCHULZE* ". Ces notes portent également les mentions suivantes :

" si dénonciation à partir du 1.1.98 avec 3 mois d'avance " ;

" accord vaut année pleine, préavis 3 mois " ;

" tout écart de 0,10 % doit amener 1 réduction du solde dans les 3 mois ".

4. Accord national concernant le gel de parts de marché

A la suite de la décision de mettre fin à la guerre commerciale dans la région parisienne, OCP, CERP Rouen, et Alliance Santé, à l'occasion de la réunion tenue le 12 novembre 1996 à la CSRP, ont pris l'engagement de stabiliser " *pour septembre 1997* " les parts de marché nationales des différents opérateurs (cf. supra, 3-d). L'objet de cette réunion a déjà été établi (cf. supra, 3-d) ; il n'est pas nécessaire d'y revenir. On ajoutera seulement, d'une part, qu'un compte rendu de réunion du comité directeur de CERP Rouen du 19 novembre 1996 précise que les propositions commerciales nouvelles seront faites sur la base de 2,5 % + 14 % et que " *SCHULZE s'engage à rendre une partie des clients qu'il a pris à l'OCP* " et, d'autre part, qu'une note manuscrite du 8 janvier 1997, extraite d'un cahier de notes appartenant à M. Billiaud, alors directeur régional d'OCP Lille, indique que CERP Lorraine et CERP Rhin Rhône n'acceptent pas de restituer les chiffres d'affaires au-delà de la part de marché qui leur a été attribuée :

" CERP

*Lorraine ne veut pas rendre
Rhin Rhône ne veut pas
rendre
Bretagne Nord 750 KF à rendre
Rouen OK on doit
rendre "*

Ces deux documents confirment l'existence d'une " *trêve* " assortie d'un engagement de " *restitution de chiffres d'affaires* ".

De nombreux documents font état de l'accord généralisé de partage du marché au plan national entre OCP,

Alliance Santé, certaines CERP et Phoenix Pharma, celle-ci étant contrainte de réintégrer les accords suite à l'action d'OCP, de CERP Rouen et d'Alliance Santé dans la région parisienne. Le fonctionnement de l'accord national dans le Nord, en Normandie et en région parisienne a été décrit précédemment puisque, sur ces régions, il ne constitue qu'un prolongement des accords précédents ; il n'est donc pas nécessaire d'y revenir. Les développements qui suivent seront donc limités aux autres régions ; les faits concernant la région parisienne seront par ailleurs complétés.

a) fonctionnement de l'accord dans la région Ouest et dans la Haute-Vienne

Divers documents d'origine CERP Rouen détaillent la gestion des avances-retards avec restitution de clientèle afin de stabiliser les parts de marché. Par ailleurs, l'un de ces documents fait apparaître la mention "*nous devons par ailleurs à OCP Nantes 100 KF de Pourieux Guerande, affaire gérée par Coudray qui avait mutualisé ce cas avec nos pertes du Mans et d'Herouville*". La mutualisation à laquelle il est fait référence signifie que la gestion des parts de marché, avec calcul des avances-retards et restitutions de clientèle, auparavant effectuée au niveau régional, s'effectue depuis le 2 avril 1997 au niveau national sous la responsabilité des directeurs commerciaux, ainsi que le précisent deux documents d'origine CERP Rouen Lille et les auditions de MM. Desprez et Coudray.

Enfin, deux documents non datés émanant de CERP Rouen font état du respect de la "*trêve*" dans le Finistère et la Haute-Vienne.

b) fonctionnement des accords dans le Sud-Ouest

Un rapport d'activité de CERP St-Gaudens de juin 1998 fait clairement état d'une "*entente (...) gelant (les) parts de marché*".

Une télécopie du 11 septembre 1998 confirme, par ailleurs, l'accord sur la région de Toulouse.

c) fonctionnement de l'accord dans le Sud-Est

Un document Alliance Santé du 2 février 1999 porte les mentions suivantes : "*Marseille. Rencontre OCP Marseille : accord sur les soldes de CA – écart significatif constaté*".

Deux documents, provenant respectivement de CERP Rouen et d'Alliance Santé, font référence au fonctionnement de l'accord dans la région lyonnaise.

d) fonctionnement de l'accord dans la région parisienne

Les messages suivants, transmis à l'attention de M. Gonfrier, directeur de la région parisienne d'OCP, décrivent le fonctionnement de l'accord dans la région parisienne. Ils montrent également que l'accord a produit des effets (fonctionnement effectif des systèmes des avances-retard) :

" 8.3.99 : pertes sur GRP Mureaux : NIGRON 300 KF

pertes sur CERP Coignières : MERCIER RAMBOUILLET 240 KF qui doivent être compensé par une succession prise à la CERP 280 KF le 10.01. ".

" 5.02.99 : à noter que nous avons pris 250 KF sur ERPI fin 98. Il s'agissait de 2 successions : M. et Mme BIDOLET partageaient leur chiffre dans chacune de leurs Phies. Les successeurs sont devenus majoritaires OCP dans les 2 cas, je n'avais pas déclaré ces gains : + 150 et + 100 dans la mesure ou ERPI ne savait pas où était parti ce chiffre ".

" 04.02.99 : Ai eu échange avec M. MOAL

Nous aurions un différentiel de 450 KF sur la région en faveur OCP.

Cela correspond il a votre consolidation ?

Il m'a parlé de basculer 800 KF de la pharmacie des FONTENELLES à NANTERRE (secteur ARGENTEUIL).

Je lui ai proposé deux autres noms pour environ 450 KF. "

5. Les griefs notifiés

Dans son rapport notifié le 21 août 2000, le rapporteur a définitivement retenu les griefs suivants :

a) A l'encontre d'OCP

Un accord concernant le gel des parts de marché et les conditions commerciales dans la région Nord et en Seine-Maritime,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement d'ORP,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement de Phoenix Pharma,

Un accord national concernant le gel des parts de marché.

b) A l'encontre d'Alliance Santé

Un accord concernant le gel des parts de marché et les conditions commerciales dans la région Nord et en Seine-Maritime,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement d'ORP,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement de Phoenix Pharma dans la région parisienne,

Un accord national concernant le gel des parts de marché.

c) A l'encontre de CERP Rouen

Un accord concernant le gel des parts de marché et les conditions commerciales dans la région Nord et en Seine-Maritime,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement d'ORP,

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement de Phoenix Pharma dans la région parisienne,

Un accord national concernant le gel des parts de marché.

d) A l'encontre de CERP Bretagne Nord

Un accord national concernant le gel des parts de marché.

e) A l'encontre de la CSRP

Des pratiques concertées visant à s'opposer au développement de Phoenix Pharma dans la région parisienne.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

A. - Sur la procédure

a) En ce qui concerne les opérations de visite et saisie

Sur la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant

Considérant que, s'appuyant sur des attestations de divers cadres de l'entreprise, OCP soutient que les visites de ses locaux n'ont pas été réalisées en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant :

- qu'à Saint-Ouen, les enquêteurs auraient notifié l'objet de leur enquête à M. Gonfrier, directeur régional, et procédé aux opérations de visite et de saisie en sa présence ou en présence, soit de M. Delouis, chargé de mission, soit de M. Houssin, directeur logistique ; que les cadres mentionnés ci-dessus n'auraient pas eu qualité pour recevoir notification de l'ordonnance autorisant les visites et saisies ou pour représenter OCP durant les opérations de visite et saisie ;
- qu'à Créteil, les enquêteurs auraient procédé aux opérations de visite et de saisie de 10 heures à 14 heures 35, en la seule présence de M. Emery, responsable d'exploitation, qui n'aurait reçu aucune délégation de pouvoir pour représenter l'entreprise à Créteil ; que Mme Passerotti, directrice de l'établissement de Créteil, ne serait arrivée qu'à 14 heures 30 et n'aurait donc pu remplacer le responsable d'exploitation qu'à partir de 14 heures 35 ;

- qu'au Havre, les enquêteurs auraient notifié l'objet de leur enquête à Mme Rey, conseillère en gestion financière, et auraient procédé aux opérations de visite et saisie en présence de Mme Le Stum, cadre commercial et responsable pharmaceutique ; que les deux cadres mentionnés ci-dessus n'auraient pas eu qualité pour recevoir notification de l'ordonnance autorisant les visites et saisies ou pour représenter OCP durant les opérations de visite et saisie ;
- qu'à Lille, les enquêteurs auraient procédé aux opérations de visite et saisie de 10 heures à 16 heures 15, en la seule présence de M. Billiaud, alors même que ce dernier leur aurait précisé qu'il n'était pas le responsable de l'établissement de Lille et qu'il n'avait reçu aucune délégation de pouvoir pour représenter l'entreprise à Lille ; qu'il aurait été refusé à M. Billiaud de téléphoner au directeur de l'établissement ; que celui-ci n'est arrivé qu'à 15 heures 45 et n'a pu assister aux opérations de visite et saisie qu'à partir de 16 heures 15 ;

Considérant que, dans les quatre cas visés ci-dessus, il est soutenu que les enquêteurs n'auraient pas cherché à savoir qui était le représentant légal de la société ou son délégataire, ni cherché à les joindre ; qu'OCP prétend que les enquêteurs auraient dû demander aux officiers de police judiciaire qui les accompagnaient de joindre le président d'OCP ;

Mais considérant que la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant est établie par les procès-verbaux de visite et de saisie eux-mêmes ; qu'en effet, ces documents, qui font foi jusqu'à preuve du contraire et dont le contenu ne peut être contesté par de simples attestations des personnes concernées, énoncent ce qui suit :

- à Saint-Ouen : les enquêteurs ont notifié l'objet de leur enquête à M. Gonfrier, directeur régional d'OCP Répartition, et ont procédé aux opérations de visite et saisie en sa présence ou en présence de M. Delouis, chargé de mission, ou de M. Houssin, directeur logistique, expressément désigné comme représentant de l'occupant des lieux par le directeur régional ;
- à Créteil : les opérations se sont déroulées, de 9 heures 30 à 14 heures 35, en présence de M. Emery, responsable d'exploitation, et, à partir de 14 heures 35, en présence de Mme Passerotti, directrice désignée expressément comme étant l'occupant des lieux ;
- au Havre : les enquêteurs se sont présentés à 9 heures 30 à Mme Rey, conseillère de gestion, qui a remis les ordonnances du juge à Mme Le Stum, responsable clientèle et faisant fonction de co-responsable de l'établissement, dès l'arrivée de celle-ci à 10 heures ; Mme Le Stum a expressément reconnu avoir assisté à l'ensemble des opérations de visite et de saisie ;
- à Villeneuve d'Ascq (" *OCP Lille* ") : les enquêteurs ont été reçus, à 9 heures 30, par Mlle Saguet, responsable des ressources humaines ; à la même heure, le procès-verbal a été notifié à M. Billiaud, directeur des ventes ; la visite s'est déroulée en présence de celui-ci, jusqu'à 16 heures 15 et, à sa demande, en présence de M. Leday, directeur régional, entre 16 heures 15 et 17 heures 10 ;

Considérant que les personnes visées ci-dessus étaient toutes des cadres de l'entreprise ; qu'elles étaient soit les responsables hiérarchiques les plus élevés présents dans l'entreprise lors de l'intervention des enquêteurs, soit expressément désignées comme représentants de l'occupant des lieux ; qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'impose, lors d'une opération de visite et de saisie, la présence d'un mandataire de la société désigné par son président ; qu'une telle exigence priverait d'ailleurs de toute efficacité cette opération, le temps nécessaire à l'arrivée sur les lieux d'un mandataire social pouvant être exploité pour faire disparaître

les indices ou les preuves recherchés par les enquêteurs ;

Considérant que CERP Rouen soutient que les enquêteurs auraient dû prendre contact eux-mêmes avec le dirigeant de son établissement situé au Havre, dès lors que celui-ci n'était pas présent sur les lieux ; que, cependant, dans la mesure où un responsable de l'entreprise était présent lors de l'intervention des enquêteurs, ceux-ci n'étaient pas tenus de prendre contact avec le dirigeant de l'établissement ; qu'au demeurant, ce dirigeant a été contacté sans délai par le responsable présent ;

b) Sur l'objet de l'enquête

Considérant qu'il est soutenu que les enquêteurs n'ont pas toujours informé leurs interlocuteurs de l'objet de l'enquête avant d'établir leurs procès-verbaux ou que ces interlocuteurs n'ont pas toujours compris l'objet exact de l'enquête ; que, cependant, toutes les personnes dont les déclarations ont été recueillies par procès-verbal ont été informées que l'enquête avait pour objet la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenus les titres II et IV du livre IV du code de commerce) dans le secteur de la répartition pharmaceutique ; qu'elles n'ont donc pas été conduites à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles auraient pu se méprendre et qui auraient ensuite été utilisées contre elles ;

Considérant qu'il est également avancé que, lors de l'intervention dans les locaux d'OCP à Saint-Ouen, à Créteil, au Havre et à Villeneuve d'Ascq, et dans ceux de CERP Rouen au Havre, aucun procès-verbal d'audition n'a été établi ;

Mais considérant que, dès lors que les enquêteurs n'ont pas recueilli de déclaration et qu'ils ont notifié l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie à l'occupant des lieux ou à son représentant, ordonnance qui mentionnait l'objet de leurs investigations, ils n'étaient pas tenus d'indiquer à nouveau l'objet de leur enquête lors de la rédaction du procès-verbal de visite et de saisie ;

Considérant, enfin, qu'aucune disposition ne faisait obligation aux enquêteurs de notifier les ordonnances de visite et de saisie à l'occupant des lieux ou à son représentant avant de pénétrer dans les locaux de l'entreprise ;

c) Sur la " visite " d'un porte-documents

Considérant que les enquêteurs qui sont intervenus dans les locaux d'OCP Lille ont saisi, dans le bureau de M. Leday, directeur régional, un cahier de notes manuscrites et un agenda professionnel appartenant à M. Leday ; qu'OCP soutient que ces documents se trouvaient dans un " *porte-documents* " (terme utilisé par une attestation établie par M. Leday le 15 avril 1999) et que la visite de cette " *sacoche personnelle* " (termes utilisés par OCP dans ses observations du 31 mai 2000) n'était pas autorisée ;

Mais considérant que les enquêteurs étaient autorisés à procéder à des visites et saisies dans les locaux d'OCP Lille ; que cette autorisation s'étendait aussi aux porte-documents ainsi qu'aux documents qui s'y trouvaient ;

d) Sur l'absence de l'officier de police judiciaire lors des opérations de visite et de saisie

Considérant que les procès-verbaux établis par les agents de la DGCCRF font foi jusqu'à preuve du contraire et que les énonciations qu'ils contiennent, notamment quant au déroulement de l'enquête, ne peuvent être combattues par la seule attestation de la personne concernée ; que le procès-verbal établi lors de la visite des locaux d'OCP à Toulon indique que les investigations se sont déroulées en présence de l'officier de police judiciaire ; qu'OCP ne démontre pas le contraire en se bornant à produire une attestation du directeur de l'établissement visité, selon laquelle l'officier de police judiciaire se serait absenté pendant le déroulement des investigations ;

e) Sur la saisie de documents d'une société non visée par l'ordonnance du juge

Considérant qu'OCP soutient que la saisie de documents de la société OCP France Répartition se situait en dehors du cadre de l'autorisation du juge ; que, cependant, les enquêteurs ont été autorisés à procéder à des opérations de visite et de saisie dans les locaux des entreprises désignées dans l'ordonnance du juge ; qu'il importe peu que les documents ainsi saisis aient été établis par une entreprise non visée dans l'ordonnance, dès lors qu'ils ont été saisis dans des locaux visés par cette ordonnance ; qu'ainsi, les enquêteurs ont pu, valablement, saisir dans les locaux de la société OCP Répartition, des documents établis par d'autres entreprises ;

f) Sur le caractère disproportionné des saisies

Considérant que CERP Rouen soutient que les saisies opérées par les enquêteurs dans ses locaux ont revêtu un caractère disproportionné, en violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; qu'il est, notamment, reproché aux enquêteurs de ne pas avoir indiqué la nature et l'objet précis des documents saisis ; que le bordereau descriptif de saisies montre, cependant, que les documents saisis ont tous fait l'objet d'une désignation ; que, par ailleurs, compte tenu des contraintes de temps, il ne saurait être exigé des enquêteurs qu'ils vérifient, avant d'opérer la saisie, que l'intitulé qu'ils retiennent pour établir le bordereau de saisie correspond très précisément au contenu de chacun des documents saisis ; que, concernant les anomalies de numérotation relevées sur les bordereaux de saisie (deux numéros ne correspondaient à aucun document ; un numéro a été utilisé deux fois), il n'est pas soutenu que cette circonstance a affecté les droits de la défense ;

En ce qui concerne la notification du rapport du rapporteur au ministre intéressé

Considérant que la CSRP s'est étonnée, en séance, que le rapport du rapporteur n'ait pas été notifié au ministre chargé de la santé ;

Mais considérant qu'il est de jurisprudence constante que le rapport n'a pas à être notifié à un ministre qui n'est pas "*intervenue à un quelconque moment pour apprécier, favoriser ou condamner les pratiques d'entente examinées par le conseil*" (Cass. com. 5 nov. 1991, n° 90-11.565) ; qu'une telle intervention n'est pas alléguée par les parties ; qu'au surplus, un représentant de la direction de la sécurité sociale au ministère des affaires sociales et de la santé a été interrogé lors de la séance par le Conseil en présence des parties ;

En ce qui concerne la procédure devant le Conseil

Considérant qu'OCP soutient que le bureau de la procédure du Conseil lui a transmis dans un délai d'un mois les documents qu'elle lui avait demandés, alors que ce bureau lui aurait affirmé qu'ils seraient transmis dans un délai de six jours ; que, cependant, OCP n'explique pas pourquoi, au terme du délai de six jours, elle n'a pas mieux mis à profit la possibilité, prévue par l'article 18 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, de consulter, pendant un délai de deux mois, le dossier au Conseil ; que, sur ce dernier point, OCP pouvait, dès le 10 avril 2000, demander à consulter à nouveau l'ensemble du dossier au Conseil et disposer encore ainsi d'un délai d'un mois et demi pour établir ses observations ; qu'OCP ne peut donc se prévaloir d'une violation des droits de la défense ;

B. - Sur la prescription

Considérant qu'il est soutenu que l'accord de Péronne serait prescrit puisqu'il a été conclu en 1991 ; que, cependant, s'il est exact, conformément à l'article L. 462-7 du code de commerce, que le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, cette règle n'interdit pas au Conseil d'apprécier, au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce, un accord conclu avant ce délai de trois ans, mais qui a continué à s'appliquer pendant ce délai ;

Considérant qu'en l'espèce, l'acte interruptif de prescription le plus ancien est le procès-verbal d'audition du 18 février 1997 de Mme Branowski ; qu'ainsi, la période non prescrite s'étend jusqu'au 18 février 1994 ; qu'au cours de la réunion tenue entre les représentants d'OCP, CERP Rouen, Alliance anté et de la CSRP, le 8 novembre 1996, soit au cours de la période non prescrite, il a été fait mention, selon le compte rendu rédigé par M. Desprez, directeur général de CERP Rouen, "*de l'accord de Peronne qui fonctionne depuis cinq ans, en tolérant un glissement de 0,10 de part de marché avant de réagir*" ; qu'ainsi, cet accord ayant continué à produire des effets au-delà du 18 février 1994, le Conseil est valablement saisi de son application à compter de cette date ;

Considérant que l'argument, invoqué par la CSRP, selon lequel aucun procès-verbal n'a interrompu la prescription à son égard, ne peut davantage être retenu ; qu'en effet, un procès-verbal constitue un acte interruptif de la prescription pour toutes les parties en cause, même si elles ne sont pas visées expressément dans ce document ;

C. – Sur le champ d'application de l'ordonnance

Considérant que les entreprises mises en cause soutiennent que le marché de la répartition pharmaceutique revêt un caractère administré et n'est, dès lors, pas visé par le livre IV du code de commerce et, notamment, par son article L. 410-1 ; qu'en pratique, la mise en œuvre du droit de la concurrence dans ce secteur serait impossible ; que, notamment, les dispositions législatives et réglementaires en vigueur plafonnent à la fois les marges et les ristournes des grossistes ainsi que les prix au détail pratiqués par les pharmaciens et fixent avec précision les caractéristiques du service rendu par les grossistes, notamment en ce qui concerne les délais de livraison ; qu'ainsi, aucune possibilité de concurrence ne subsisterait dans ce secteur ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'il est constant que les textes fixent des plafonds pour les marges à

appliquer par les grossistes aux médicaments remboursables et n'interdisent nullement de mettre en œuvre des marges plus faibles ; que, par ailleurs, la qualité du service rendu par les grossistes-répartiteurs peut varier d'un opérateur à un autre et laisse donc place à une concurrence par les mérites ; qu'ainsi, six pharmaciens ont indiqué aux enquêteurs que c'était la différence avec la qualité du service rendu par OCP qui les avait incités à se tourner vers Schulze Pharma, alors que les conditions commerciales n'avaient pas été déterminantes ; que, lorsqu'un pharmacien envisageait, en Seine-Maritime, de prendre ORP comme grossiste principal, il subissait des suppressions de service de la part d'OCP, ce qui montre que ce dernier disposait d'une marge de manœuvre en ce qui concerne la qualité du service rendu ; qu'à l'inverse, OCP, pour faire face à la concurrence, a consenti à certains de ses clients divers avantages, report d'échéance ou cadeaux divers, dont cet opérateur ne soutient pas qu'ils auraient été contraires à la réglementation ;

Considérant, en second lieu, que la répartition pharmaceutique constitue une activité de service ; qu'aux termes d'une jurisprudence constante, le fait qu'une réglementation restreigne le jeu de la concurrence ne fait pas obstacle à l'application du droit des ententes ; que, si l'article L. 420-4 du code de commerce dispose que les pratiques résultant de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ne sont pas soumises aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, il n'en résulte pas que le Conseil de la concurrence serait incompétent pour les examiner, mais seulement qu'il doit, le cas échéant, apprécier si les conditions prévues par cet article sont satisfaites ;

D - Sur le fond

1. En ce qui concerne l'accord et la concertation relatifs au gel de parts de marché et aux conditions commerciales dans la région Nord et en Seine-Maritime

Considérant qu'un document, daté du 18 avril 1995 et signé par M. Godon, directeur de la région Nord de CERP Rouen, fait état d'une " *réunion concurrence* " tenue le 7 avril 1995, à l'occasion de laquelle les parts de marché auraient été figées à $\pm 0,20$ % à fin décembre 1994 ; qu'outre le gel des parts de marché, les parties ont limité à 12 % les remises sur la parapharmacie et se sont engagées à ne pas accorder d'avantages financiers (tels que des reports d'échéance) ;

Considérant que le compte rendu de la réunion qui s'est tenue le 8 novembre 1996 entre les représentants d'OCP, CERP Rouen, Alliance Santé et de la CSRP, mentionne : " *rappel est fait de l'accord de PERONNE, qui fonctionne depuis 5 ans, en tolérant un glissement de 0,10 de part de marché avant de réagir* " ;

Considérant que M. Godon, directeur de la région Nord du CERP Rouen, a confirmé aux enquêteurs l'existence d'un accord de gel de parts de marché conclu en 1991 et prorogé en 1995 ;

Considérant que, lorsque les limites d'évolution maximum de parts de marché qui avaient été convenues étaient dépassées, les répartiteurs se restituaient des clients (généralement à l'occasion d'une succession), afin de revenir dans les limites fixées ; qu'ainsi, dans un cahier de notes appartenant à M. Billiaud, ancien directeur régional des ventes OCP pour la région Nord-Normandie, on peut lire la mention suivante (à la date du 8 janvier 1997) :

" OCP : - 0,4
ALLIANCE SANTE + 0,15) à rendre pour
CERP : :+ 0,25) compenser les 0,4 % OCP "

Considérant qu'un document du 26 février 1999, rédigé par M. Billiaud, faisant état des " gains " et " pertes " d'OCP par rapport à CERP Rouen, porte la mention suivante, en face du nom de deux clients pharmaciens : " à rendre, à valider avec GODON " ; que la page suivante de ce document, porte la mention : " dans le réservoir " avec le nom de six pharmaciens ;

Considérant qu'un rapport d'activité de juin 1998 de CERP Rouen (agence de St-Quentin), porte la mention suivante :

" Commercial

- Réalisation de deux cessions

celle de Melle VANHOLEBEKE officine reprise à l'OCP pour régularisation de CA "

Considérant que, selon M. Godon, " régularisation signifie récupération d'une perte de C.A. précédente au profit de l'OCP "

Considérant que CERP Rouen a également diminué sensiblement les remises consenties à la Pharmacie Branowski, alors que le chiffre d'affaires de cette officine avait progressé de 34,2 % en cumul annuel et de 4 % entre les mois de septembre 1995 et septembre 1996 ; que CERP Rouen justifie cette baisse des remises par l'augmentation du nombre de commandes passées par l'officine, mais qu'elle n'a pas établi l'augmentation alléguée ; qu'Alliance Santé, contactée par cette pharmacie pour faire des contre-propositions, n'a pas répondu à la demande, alors que dans le passé elle avait fait des propositions à l'officine ; qu'Alliance Santé soutient que le peu d'empressement dont elle a fait preuve pour démarcher la pharmacie Branowski s'explique par le redressement judiciaire dont avait fait l'objet cette officine plusieurs mois auparavant ; que, cependant, si Alliance Santé pouvait légitimement douter de la solvabilité de la pharmacie Branowski, elle avait la faculté d'exiger le paiement comptant des marchandises livrées ou de faire usage de son droit d'interrompre les approvisionnements en cas de non paiement des factures ; que le souci de préserver ses intérêts ne peut donc suffire à justifier un refus total de nouer des relations commerciales avec cette pharmacie ;

Considérant que, n'étant pas satisfait des avantages tarifaires octroyés par OCP, M. Gayon, pharmacien, avait souhaité changer de fournisseur ; que, devant le refus explicite ou implicite des concurrents de le livrer, il a été contraint de conserver OCP comme fournisseur quasi-exclusif ; que, si Alliance Santé soutient qu'un responsable de l'entreprise a rendu visite à M. Gayon, que cette visite est intervenue onze mois après la demande de M. Gayon et qu'aucun rendez-vous préalable n'avait été pris ; que, si Alliance Santé invoque le redressement judiciaire dont la pharmacie avait fait l'objet, il a déjà été répondu à cette argumentation à propos de la pharmacie Branowski ; qu'Alliance Santé observe, par ailleurs, qu'ORP, non visée par la notification de griefs, n'a pas non plus noué des relations commerciales avec M. Gayon, ce qui, selon elle,

prouve que le peu d'empressement manifesté à l'égard de M. Gayon s'explique par la situation financière de cette pharmacie et non par l'existence d'une concertation ; que, cependant, le comportement d'ORP peut s'expliquer par l'implantation de cette entreprise qui, à l'époque des faits, livrait ses clients de Normandie à partir d'Auray, dans le Morbihan ; que, par comparaison, OCP, CERP Rouen et Alliance Santé possédaient chacune des établissements à proximité de leur clientèle ;

Considérant que CERP Rouen a également diminué de manière sensible les remises consenties à la pharmacie Leclercq ; que la baisse des commandes de cette officine n'est pas suffisamment significative pour expliquer la diminution des remises (par exemple, baisse des commandes de 6 % entre avril et juin 1996, alors que, dans le même temps, la remise sur le " vignetté " passe de 2,50 à 1,90 % et la remise sur la parapharmacie de 10,55 à 5 %) ; que CERP Rouen attribue la baisse des remises à l'annonce faite par M. Leclercq de son intention de changer de fournisseur principal le mois suivant, mais qu'elle n'a pas produit de conditions générales de ventes susceptibles de justifier cette baisse anticipée de la remise ; que M. Leclercq a pris contact avec OCP et Alliance Santé pour connaître leurs propositions ; qu'Alliance Santé n'a jamais répondu et qu'OCP a fait savoir, trois mois plus tard, que M. Leclercq ne pouvait prétendre à des remises supérieures à celles octroyées par CERP Rouen ;

Considérant que M. Goulay, client de CERP Rouen, a voulu changer de fournisseur au profit d'Alliance Santé ; qu'après avoir donné son accord, ce dernier a finalement refusé de le livrer ;

Considérant que, peu satisfait des conditions que lui consentait CERP Rouen, M. Dick a pris contact avec OCP et Alliance Santé ; que celle-ci n'a jamais répondu à ses appels ; qu'OCP a proposé des conditions moins favorables que celles consenties par CERP Rouen, mais n'a pas été en mesure de justifier ses propositions par référence à ses conditions générales de vente ;

Considérant qu'Alliance Santé fait valoir que les pharmacies visées ci-dessus ne lui ont pas passé de commande ; que, cependant, une commande ne pouvait être sérieusement envisagée sans les contacts préliminaires usuels ;

Considérant qu'elle affirme également que ces pharmacies souhaitaient obtenir des conditions commerciales auxquelles leur situation ne leur donnait manifestement pas droit en application des conditions générales de vente d'Alliance Santé ; que, cependant, elle ne précise pas les clauses des conditions générales de vente auxquelles elle fait ainsi allusion ;

Considérant qu'un cahier saisi chez OCP porte les mentions manuscrites suivantes : " Le 26 mars 98, Le Havre CERP doit 450 KF à OCP → succession JOURNAL. " et " Le 19.05.98, Le Havre CERP doit 200 KF, récupération au 1^{er} juin. " ;

Considérant qu'un fax envoyé à M. Billiaud, ancien directeur régional des ventes OCP, porte la mention suivante : " rachat pharmacie WINSBACK à FECAMP, 650 KF par mois par M. et Mme VASNIER client à l'OCP ROUEN que j'ai été voir mercredi. Très bon contact. Pas fait énorme proposition normalement OCP en accord avec la CERP. Aujourd'hui, il fait 1 mois OCP, 1 mois CERP : CA supplémentaire que je ne compte pas rendre à CERP ROUEN si possible !!! " .

Considérant qu'OCP soutient, en termes généraux, que, globalement, le montant des remises consenties par les établissements de Lille et de Rouen n'a pas diminué entre janvier 1994 et décembre 1997 ; qu'à l'appui de cette affirmation, elle produit un simple tableau chiffré ;

Mais considérant que, même si l'on admettait leur réalité, ces chiffres ne remettraient pas en cause l'existence de la concertation établie par les indices mentionnés ci-dessus ; qu'en effet, la concertation a été fragilisée en 1996, d'abord par la volonté du groupement de pharmaciens Chti'Pharm du Nord d'obtenir de ses fournisseurs traditionnels de meilleures conditions et, ensuite, par l'arrivée, à la demande de ce groupement et des pharmaciens désirant retrouver une certaine liberté commerciale, d'un petit grossiste-répartiteur jusque là implanté en Bretagne, l'ORP ; que, dès lors, il n'est pas exclu qu'en dépit du gel de parts de marché et de la réduction des remises convenus entre les trois entreprises, le montant moyen des remises accordé par l'une des entreprises en cause soit, en définitive, resté stable ou, même, ait augmenté ;

Considérant qu'il résulte du faisceau d'indices graves, précis et concordants ainsi relevés que les entreprises mises en cause se sont concertées pour se partager le marché de la répartition des produits pharmaceutiques et stabiliser leurs parts respectives de marché en s'abstenant de consentir aux pharmaciens des conditions commerciales meilleures que celles de leurs concurrents ;

Considérant qu'il est soutenu que l'accord de Péronne et la concertation en Seine-Maritime ne visaient pas à se répartir le marché ou à s'abstenir de se faire concurrence mais constituaient des engagements des grossistes-répartiteurs de respecter le plafonnement légal des remises prévu à l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale et visaient à détecter et à prévenir les comportements irréguliers au regard de cette disposition ; que cet objectif était d'autant plus justifié qu'à l'époque des faits, le droit positif ne comportait aucune sanction à l'égard des grossistes qui auraient méconnu le plafonnement légal des ristournes ;

Mais considérant que des entreprises qui s'estiment victimes de pratiques déloyales doivent recourir aux voies de droit dont elles disposent ; qu'au cas d'espèce, à supposer que des concurrents des entreprises mises en cause aient consenti aux pharmaciens des remises dépassant le plafond légal, il appartenait à ces entreprises de saisir le juge compétent afin d'obtenir la cessation des pratiques et l'indemnisation du préjudice ; que le fait que le dispositif de répression des infractions ait été renforcé pendant et après la période couverte par la notification de griefs ne remet pas en cause la réalité des moyens de droit dont disposaient antérieurement les entreprises ;

Considérant, par ailleurs, qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que la concertation mise en œuvre avait pour seul objet de respecter la réglementation ; que, notamment, un tel objet n'imposait nullement la surveillance des parts de marché de chaque entreprise et leur rééquilibrage concerté ; que, d'ailleurs, certaines entreprises, comme l'OCP, envisageaient elles-mêmes de ne pas respecter la réglementation relative aux remises (cf. compte rendu de la réunion tenue par l'OCP à Rouen le 30/10 cote 733) ; qu'au demeurant, le souci d'imposer le respect du plafond légal des remises relatives aux produits pharmaceutiques n'explique pas que la limitation concertée du niveau des remises ait également concerné la parapharmacie non visée par l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale ;

Considérant que, compte tenu de l'existence des indices graves, précis et concordants exposés ci-dessus, l'instruction complémentaire demandée par les parties mises en cause, en vue de rechercher si tel de leur

concurrent n'aurait pas respecté le plafonnement légal des ristournes, n'est pas nécessaire ;

Considérant que les erreurs contenues dans la lettre de saisine du ministre de l'économie, à les supposer établies, n'ont aucune incidence sur la qualification des pratiques en cause ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé se sont accordés pour geler leurs parts de marché et aligner leurs conditions commerciales dans la région Nord et en Seine-Maritime ; que leur accord et leur concertation ont eu un objet et un effet anticoncurrentiels et sont donc visés par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2. En ce qui concerne la stratégie commerciale à l'égard d'ORP

Considérant que M. Bernard, président du groupement de pharmaciens Chti'Pharma, a déclaré qu'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé se sont concertés pour refuser de livrer, dans les conditions habituelles, en tant que grossistes secondaires, les pharmaciens ayant fait appel à l'ORP comme grossiste principal et pour faire de la " *surenchère commerciale* " ;

Considérant que cette déclaration est corroborée par plusieurs documents :

- qu'une note de M. Leday, directeur régional à OCP, porte la mention suivante :

" CERP/IFP = Accord

lutte contre ORP et direct " ;

- qu'une note d'OCP du 28 septembre 1998 fait état de la mise en place de conditions discriminatoires à l'encontre des pharmaciens ayant choisi ORP comme fournisseur principal ; qu'elle confirme, par ailleurs, l'existence des " *accords répartiteurs traditionnels* " conclus à l'initiative d'OCP et l'octroi par OCP de remises d'un niveau largement supérieur au maximum légal afin de contrer ORP ;
- qu'une note émanant d'OCP intitulée " *CERP ne joue pas le jeu* " confirme les déclarations de M. Bernard sur l'adaptation du service : OCP, CERP Rouen et Alliance Santé se sont concertés pour modifier les services rendus aux pharmacies ayant choisi ORP comme fournisseur principal, mais " *CERP ne joue pas le jeu* " (CERP n'a pas modifié les services qu'il rendait dans trois cas où le pharmacien a remplacé OCP par ORP comme pharmacien principal) ; que CERP Rouen a reconnu que cette dernière note était conforme aux comportements décrits par M. Bernard, président du groupement de pharmaciens CHTI'PHARM ;
- qu'une note manuscrite OCP au bas d'une liste de pharmaciens précise " ces clients là sont ou étaient 1^{er} CERP sont-ils partis de la CERP ? ? Faut-il les boycotter ? ? " ;
- qu'une déclaration de M. Sanchez-Suarez, PDG d'ORP, confirme le système d'adaptation du service ;
- que de nombreux documents saisis chez OCP font état des avantages octroyés par ce grossiste à certains pharmaciens de Seine-Maritime pour empêcher l'implantation d'ORP ;
- que plusieurs documents décrivent la stratégie adoptée par OCP et CERP Rouen face à l'implantation d'ORP ; que l'un de ces documents est une étude OCP intitulée " *que faire face à l'installation de l'ORP, réunion anti-ORP du 30-10 à Rouen* " ; qu'elle envisage une réduction du service et une

augmentation substantielle des remises ; que le document en date du 16 février 1998, établi par CERP Rouen, décrit la même stratégie ;

Considérant que les éléments énumérés ci-dessus établissent qu'OCP et CERP ont mis en place une stratégie concertée visant à faire échec à l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime ;

Considérant que, selon OCP, son comportement serait une réponse à la violation par ORP de la législation sur les remises, des règles prévues à l'article L. 442-6 du code de commerce et, enfin, de ses obligations de service public ; que, cependant, un opérateur économique victime d'un comportement déloyal doit recourir aux moyens de droit dont il dispose, sans se faire justice à lui-même, notamment en adoptant un comportement anticoncurrentiel ;

Considérant qu'OCP soutient également que son comportement résulte de l'application de ses conditions générales de vente ; que, cependant, elle ne précise pas les clauses de ses conditions générales de vente qui justifieraient son comportement à l'égard d'ORP ;

Considérant qu'afin de démontrer que la diminution du service ne visait pas uniquement les pharmaciens prenant ORP comme fournisseur principal, OCP produit une liste de pharmacies des régions Nord et Normandie qu'elle livre " *en dépannage* " le matin uniquement, et qui ont pour répartiteur principal CERP Rouen ou Alliance Santé ; que, cependant, compte tenu surtout du contexte général, cette liste n'établit pas l'absence de discrimination à l'égard d'ORP ; qu'en l'absence de conditions générales de vente traitant du nombre quotidien de livraisons, il ne peut être exclu que cette discrimination pourrait revêtir une ampleur plus vaste que celle visée dans le rapport du rapporteur ;

Considérant, enfin, que, pour répondre à l'observation contenue dans la notification de griefs selon laquelle certains avantages octroyés à des pharmaciens, outre leur caractère anti-déontologique, étaient de nature à limiter considérablement la crédibilité de la justification avancée pour la mise en place de ces accords, à savoir le respect de la réglementation, OCP a soutenu que ces cadeaux n'étaient pas interdits à l'époque des faits et qu'il n'existait pas de règles déontologiques des grossistes-répartiteurs interdisant ces pratiques ; que ces circonstances sont, cependant, sans incidence sur la qualification des pratiques relevées ;

Considérant que les explications de CERP Rouen sont contradictoires ; que, si, dans un premier temps, cette entreprise a admis clairement l'existence de la stratégie concertée visant à faire échec à l'implantation d'ORP : " *Vous me présentez un document OCP (...) intitulé " CERP ne joue pas le jeu " . Il s'agit selon moi de ce que décrit M. BERNARD dans son audition du 22 février 1999* ", elle soutient, dans son mémoire d'observations, que la concertation ne visait qu'à faire respecter la réglementation sur les remises ;

Considérant que CERP Rouen a tenté de justifier la mention suivante contenue dans la note du 28 septembre 1998 de M. Billiaud d'OCP : " *livrer les clients ayant choisi ORP uniquement le matin et les produits en collection sur le site OCP concerné.//n'accepter que de la télétrans//pas de retour//pas d'ADP et pas réassort* " en affirmant que " *ce service minimum est cohérent avec avec celui fourni à un petit client* " ; que, cependant, les conditions générales de vente d'OCP ne font pas état de ce service minimum ; que, surtout, la mention relative aux clients ayant choisi ORP figure sous le titre " *les leviers d'action (...) pour contrer ORP* " et sous la rubrique " *la cohésion avec les concurrents* " ;

Considérant que l'accord et la concertation mentionnés ci-dessus avaient pour objet de faire échec à l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime ; que, s'ils n'ont pas empêché cette implantation, ils ont pu avoir pour effet de limiter son expansion ; que l'amélioration très substantielle des conditions commerciales consenties aux pharmaciens ou les mesures de rétorsion dirigées contre ceux qui choisissaient ORP ont incité un certain nombre de pharmaciens à rester chez OCP ; qu'ainsi, après avoir analysé la stratégie commerciale développée par les entreprises en cause pour faire face à l'implantation d'ORP dans le Nord et exposé les avantages tarifaires discriminatoires accordés à certains pharmaciens, OCP a pu conclure : " *expérience réussie* " ;

Considérant, par ailleurs, qu'ORP n'a pas véritablement réussi à s'implanter dans la Seine-Maritime, malgré des conditions commerciales attractives ; que sa part de marché est passée de 0,39 % en 1996 à 1,27 % en 1997 et 1,75 % en 1998 ; qu'elle ne travaille, en fin de période, qu'avec dix clients ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'OCP et CERP Rouen ont mis en oeuvre une concertation visant à empêcher le développement d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime ; que cette pratique a eu un objet et a produit des effets anticoncurrentiels ; qu'elle est donc prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'en revanche, il n'est pas établi qu'Alliance Santé ait participé à la concertation ;

3. Pressions exercées sur Schulze Pharma (devenue Phoenix Pharma en 1997)

Considérant que, le 8 novembre 1996, s'est tenue une réunion entre les responsables d'OCP, de CERP Rouen, d'Alliance Santé et de la CSRP afin de faire le point sur la " *guerre* " commerciale en cours à la suite, notamment, de la perte par OCP de la clientèle de 71 pharmaciens au profit de Schulze Pharma ; que le compte rendu de cette réunion fait apparaître la mention suivante :

" 1.- notre désir de mettre fin à cette situation ubuesque

2.- l'agresseur est reconnu comme étant SCHULZE

3.- nous lui proposerons

a) souhaitez vous une trêve

b) êtes-vous d'accord pour restituer les chiffres d'affaires déviés ? "

Considérant que M. Le Guisquet, secrétaire général de la CSRP, a signifié à M. Guardiola, responsable de Schulze Pharma, la conclusion à laquelle sont parvenus les participants à la réunion, à savoir qu' " *aucune trêve n'est possible sans envisager la restitution des chiffres d'affaires* " ;

Considérant que les participants à la réunion ont envisagé " *la continuation de la guerre* " pour le cas où Schulze Pharma refuserait d'obtempérer ; qu'ils ont pris rendez-vous pour le 12 novembre ;

Considérant qu'une note de M. Desprez, de CERP Rouen, en date du 13 novembre 1996, montre que, lors de la réunion du 12 au matin, le groupe Schulze Pharma a refusé de restituer le chiffre d'affaires pris à OCP ;

Considérant que la coalition d'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé contre Schulze Pharma, déjà affirmée lors de la réunion du 8 novembre, est exprimée à nouveau explicitement lors de la réunion du 12 novembre : "*Nous continuerons à attaquer les clients SCHULZE en nous interdisant d'attaquer nos clients mutuels*" ;

Considérant que Schulze Pharma a gagné 2,23 points de parts de marché sur la région parisienne en octobre 1996 (12,78 % contre 10,55 % en septembre), mais est retombé à 12 % en décembre 1996 (c'est-à-dire après les réunions de novembre 1996) et 11,60 en octobre 1997 (cumul sur douze mois) ; qu'en décembre 1996, OCP a recouvré ses positions de septembre, la progression de Schulze Pharma se faisant au détriment d'Alliance Santé (- 1,05 %) et CERP Rouen (- 0,44 %) ; que Schulze Pharma est ensuite passé à 12 % en décembre 1996 et à 11,24 % fin octobre 1998, en cumul annuel ; que l'un des buts de l'entente, à savoir contraindre Schulze Pharma à céder des parts de marché, a donc été atteint ;

Considérant qu'au plan national, Phoenix Pharma a retrouvé, en octobre 1998, (cumul annuel), pratiquement les parts de marché qui lui avaient été concédées par l'entente lors de la réunion du 12 novembre 1996 : 3,27 % contre 3,20 % ;

Considérant qu'OCP soutient que Schulze Pharma avait lancé une attaque commerciale sur les clients d'OCP de la région parisienne au moyen d'avantages tarifaires illicites ; que les pressions auraient seulement visé à obtenir de Schulze Pharma qu'elle cesse cette pratique illicite ; que, par ailleurs, la baisse des parts de marché enregistrée par Schulze Pharma à partir de décembre 1996 s'expliquerait par le fait que cette entreprise avait cessé de proposer des remises excédant le plafond légal et par le fait que les instances gouvernementales sont, à l'époque des faits, intervenues pour mettre fin "*à la guerre*" ;

Mais considérant que ces arguments sont contredits par les faits ; qu'en effet, il résulte clairement des constatations mentionnées ci-dessus que c'est la différence de qualité du service qui a amené 71 pharmaciens à quitter OCP pour rejoindre Schulze Pharma ; qu'en revanche, les conditions commerciales consenties par Schulze Pharma n'ont pas été déterminantes ; que, par ailleurs, OCP a proposé des remises nettement supérieures aux plafonds réglementaires, même dans les cas où les éléments à sa disposition montraient qu'ORP respectait cette réglementation ; que, si Schulze Pharma a parfois été amenée à consentir des services supplémentaires à des pharmaciens, c'était en général pour s'aligner sur OCP, dans des cas, par exemple, où celle-ci ne respectait pas le plafond légal de remise ; que, si OCP entendait seulement réagir contre les pratiques supposées illégales mises en œuvre par Schulze Pharma, l'on ne voit pas les raisons pour lesquelles elle a aussi consenti des remises sensiblement supérieures aux plafonds réglementaires aux clients de CERP Rouen et Alliance Santé ;

Considérant que c'est dans ce contexte de dépassement des plafonds réglementaires des remises par OCP qu'il convient de situer la déclaration suivante de M. Guardiola, responsable de Schulze Pharma : "*M. SCHEIFELE m'avait dit précédemment que "faire la guerre en France lui coûtait moins cher que faire la guerre en Allemagne" et il voulait amener le groupe Alliance Santé (Allianza Italie) à un accord européen (il voulait à mon avis prendre une participation dans Alliance Santé en France). J'ai expliqué que nous avons atteint l'objectif stratégique (déréguler le marché et montrer sa force) et qu'il convenait à revenir à*

une gestion d'entreprise plus normale (l'entreprise vivait très mal l'instabilité quotidienne qui s'était instaurée). Deux jours après, j'ai obtenu son feu vert pour arrêter de faire des offres démentielles " ;

Considérant qu'au demeurant, comme il a déjà été indiqué, si les entreprises en cause s'estimaient victimes de pratiques déloyales, il leur était loisible de recourir aux voies de droit existantes ; qu'en revanche, elles ne pouvaient répliquer à des pratiques prétendument déloyales par une entente anticoncurrentielle ; que, dans ces conditions, une instruction complémentaire, visant à vérifier si Schulze Pharma avait violé le plafond légal, n'apparaît pas utile ;

Considérant qu'il n'apparaît pas non plus nécessaire de vérifier si certains pharmaciens n'étaient pas satisfaits des services rendus par Schulze Pharma ou, au contraire, étaient satisfaits des services rendus par OCP ; que, sur ce dernier point, il convient de rejeter l'argument d'OCP selon lequel elle bénéficie d'un bon taux de satisfaction auprès de sa clientèle dans la région parisienne ; qu'en effet, cet argument s'appuie sur une enquête effectuée un an après le départ des 71 pharmaciens ; que, par ailleurs, une partie importante de l'enquête (près de 30 %) a été effectuée auprès du personnel même d'OCP (avec un taux de retour des questionnaires plus élevé que pour les clients), ce qui en affaiblit la portée ;

Considérant que la baisse des parts de marché enregistrée par Schulze Pharma à partir de décembre 1996 s'explique pour l'essentiel par la trêve conclue par les opérateurs du secteur en novembre 1996 ;

Considérant que la participation d'Alliance Santé et de CERP Rouen aux pressions exercées sur Schulze Pharma est attestée par les procès-verbaux des réunions des 8 et 12 novembre 1996 ; qu'en revanche, la participation active de la CSRP n'est pas établie ;

Considérant que la concertation entre OCP, CERP Rouen et Alliance Santé, visant à faire pression sur Schulze Pharma pour que cette entreprise restitue les chiffres d'affaires pris à OCP, a eu un objet et un effet anticoncurrentiels ; qu'elle est donc prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4. En ce qui concerne l'accord national concernant le gel de parts de marché

Considérant qu'à la suite de la décision de mettre fin à la " *guerre commerciale* " dans la région parisienne, OCP, CERP Rouen et Alliance Santé, à l'occasion de la réunion tenue le 12 novembre 1996 à la CSRP, ont pris l'engagement de stabiliser " *pour septembre 1997* " les parts de marché des différents opérateurs ;

Considérant que M. Oudiz (ancien directeur commercial d'IFP) a rédigé des notes manuscrites faisant apparaître l'engagement des entreprises en cause d'arrêter " *toute action commerciale dès ce soir* " ; que les phrases " *si dénonciation à partir du 1.1.98 avec 3 mois d'avance* " et " *accord vaut année pleine, préavis 3 mois* " indiquées dans ces notes laissent à penser que l'accord court jusqu'au 1^{er} janvier 1998 avec reconduction tacite sauf préavis de trois mois ; que la phrase " *tout écart de 0,10 % doit amener 1 réduction du solde dans les 3 mois* " est à rapprocher du compte rendu de M. Desprez de la réunion du 8 novembre 1996 (" *rappel est fait de l'accord de Péronne qui fonctionne depuis 5 ans, en tolérant un glissement de 0,10 de part de marché avant de réagir* ") ; qu'il en résulte que l'accord de gel des parts de marché conclu le 12 novembre 1996 fonctionne selon les mêmes principes, à savoir restitution de clientèle lorsque la variation des parts de marché excède 0,10 % ;

Considérant que les notes manuscrites mentionnent des parts de marché identiques aux parts de marché national GERS (Groupement d'Intérêt Economique constitué par les laboratoires pharmaceutiques, qui publie, tous les mois, les parts de marché des différents répartiteurs) d'octobre 1995 ; que l'accord de gel des parts de marché conclu le 12 novembre 1996 revêt donc une dimension nationale ;

Considérant que cette dernière conclusion est corroborée par de nombreux documents, décrits dans la première partie de la présente décision, concernant les zones géographiques suivantes : Ouest et Haute-Vienne, Sud-Ouest, Sud-Est, région parisienne ;

Considérant que les entreprises OCP, CERP Rouen et Alliance Santé soutiennent que leur accord se justifie par la mise en place, en 1991, d'une réglementation visant à limiter le taux de remise consenti aux pharmaciens sur les spécialités remboursables et que les décisions prises lors des réunions entre concurrents auraient eu pour but de se conformer à la réglementation ; que, cependant, aucun document interne aux entreprises ne fait référence à la dimension légale de ces accords ;

Considérant, par ailleurs et surtout, que l'argument des entreprises ne permet pas d'expliquer la gestion des avances -retards avec restitution de clientèle ; que, pour ne citer que deux exemples, il ne permet pas d'expliquer pourquoi CERP Rouen a affirmé que *" nous devons par ailleurs à OCP Nantes 100 KF de Pourieux Guerande, affaire gérée par Coudray qui avait mutualisé ce cas avec nos pertes du Mans et d'Herouville "* ou encore pourquoi Alliance Santé a porté sur un document la mention suivante : *" Marseille. Rencontre OCP Marseille : accord sur les soldes de CA – écart significatif constaté "* ;

Considérant que, pour contester la thèse de l'accord général de gel de parts de marché, OCP et CERP Bretagne Nord produisent divers éléments tendant à démontrer l'existence d'une politique concurrentielle dans le secteur de la répartition pharmaceutique ; que, cependant, la conclusion d'un accord général de gel de parts de marché n'est pas exclusive du maintien d'une certaine concurrence ; qu'en outre, des violations de l'accord ne sont pas inconcevables ; qu'à titre d'exemple, à la suite d'une violation de l'accord Cyclamed dans la région parisienne, un message interne à OCP portait la mention suivante : *" 5.02.99 : à noter que nous avons pris 250 KF sur ERPI fin 98. Il s'agissait de 2 successions : M. et Mme BIDOLET partageaient leur chiffre dans chacune de leurs Phies. Les successeurs sont devenus majoritaires OCP dans les 2 cas, je n'avais pas déclaré ces gains : + 150 et + 100 dans la mesure ou ERPI ne savait pas où était parti ce chiffre "* ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'OCP, CERP Rouen et Alliance Santé ont conclu un accord visant à stabiliser leurs parts de marché au plan national ; que, s'il n'est pas possible, au vu des éléments du dossier, de déterminer de façon précise l'effet anticoncurrentiel de l'accord, celui-ci a pu affecter l'ensemble du marché de la distribution du médicament en France ; que cet accord a donc eu un objet et un effet potentiel anticoncurrentiels et qu'il est, dès lors, prohibé par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5. En ce qui concerne l'affectation de la concurrence

Considérant qu'il est soutenu par les parties que le secteur de la répartition pharmaceutique est caractérisé par une absence de concurrence entre les grossistes-répartiteurs ; que cette situation résulterait du plafonnement

de la marge des grossistes-répartiteurs, du plafonnement des remises octroyées aux pharmaciens et du fait que ceux-ci ne répercutent jamais, auprès du consommateur, la partie des remises qui dépasse le plafond réglementaire ; que, cependant, le plafonnement de la marge de gros ne fait pas obstacle à ce que le grossiste applique une marge inférieure au plafond réglementaire ; qu'en outre, ainsi qu'il a été dit, le secteur de la répartition pharmaceutique fait l'objet d'une réelle concurrence par les services ; que c'est précisément par une diminution de la qualité des services rendus, c'est-à-dire par une diminution volontaire de l'efficacité de la distribution en gros des produits concernés, que les grossistes à l'encontre desquels des griefs ont été retenus, ont entendu réaliser une entente de répartition de marché ; que, par ailleurs, même si la pratique n'en est pas répandue, il est ressorti des débats en séance que les pharmaciens d'officines pourraient légalement vendre les médicaments en dessous du prix réglementaire, qui n'est qu'un prix plafond, ce qui leur permettrait de répercuter sur les consommateurs finaux les avantages consentis par les répartiteurs ; qu'enfin, les dispositions législatives invoquées ne s'appliquent pas à la parapharmacie ;

6. En ce qui concerne l'application de l'article L. 420-4 du code de commerce

Considérant que CERP Rouen soutient que l'accord de gel de parts de marché serait une procédure destinée à organiser une situation de fait et non à la provoquer et que le comportement des entreprises en cause s'explique par le souci de garantir le respect de la réglementation relative aux ristournes ; que l'accord devrait en conséquence, selon elle, bénéficier de l'exemption prévue à l'article L. 420-4 du code de commerce ; qu'OCP estime que l'accord de Péronne, en ce qu'il est visé par le premier grief, avait pour objet et pour effet d'assurer le respect, par les opérateurs économiques, des dispositions de l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale instaurant un plafonnement des remises et devrait, dès lors, bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4.I-2° du code de commerce ; qu'Alliance Santé considère également que les pratiques qui lui sont reprochées sont couvertes par l'article L. 420-4.I-1° du code de commerce, dans la mesure où elles résulteraient des dispositions de l'article L. 138-9 du code de sécurité sociale ; qu'elle relève, par ailleurs, que, par leurs concertations, les grossistes-répartiteurs ont poursuivi l'objectif d'imposer le respect de la réglementation et entendu préserver un service de qualité ; que les pratiques devraient en conséquence bénéficier également des dispositions de l'article L. 420-4.I-2° du code de commerce ; qu'elle soutient encore que le 4^{ème} grief qui lui a été notifié (pratiques concertées visant à s'opposer au développement de Schulze Pharma) doit bénéficier de la même disposition ;

Considérant que, s'agissant de l'application du 1° de l'article L. 420-4-I, il n'est pas démontré en quoi les pratiques de concentration visant à organiser un partage du marché ou à s'opposer à l'entrée sur le marché d'un nouvel opérateur, résulteraient des dispositions de l'article L. 189-9 du code de la sécurité sociale, qui se borne à instaurer un plafonnement des remises que les grossistes peuvent consentir aux pharmaciens d'officine ; que, s'agissant de l'application du 2° de cet article, à supposer même que les pratiques dénoncées aient contribué au progrès économique, ce qui n'est pas démontré, il est constant qu'elles ont éliminé la concurrence sur une partie substantielle du marché, et il n'est même pas allégué qu'une part équitable du profit qui en serait résulté, ait été réservée aux utilisateurs ; qu'ainsi, les conditions qui doivent être satisfaites pour obtenir le bénéfice de l'exemption ne sont pas remplies ; que les intéressés ne peuvent donc se prévaloir des dispositions de l'article L. 420-4-I ;

Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, le Conseil de la concurrence " peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières ;

Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnés à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10 000 000 F " ;

Considérant qu'OCP est la principale instigatrice des pressions exercées sur Phoenix Pharma dans la région parisienne et de l'accord national concernant le gel de parts de marché ;

Considérant que CERP Rouen et Alliance Santé ont subi de fortes contraintes de la part d'OCP avant de s'associer à cette dernière pour exercer des pressions sur Phoenix Pharma ;

Considérant que la gravité des pratiques doit être appréciée en tenant compte du fait qu'elles ont été mises en œuvre sur l'ensemble du territoire national et pendant plusieurs années par les membres d'une profession disposant d'une exclusivité légale et en vue d'abolir les marges de liberté étroites permises par la réglementation, à l'intérieur desquelles peut s'exercer la concurrence ; qu'elles ont eu pour objet et pour effet de décourager l'entrée de nouveaux opérateurs sur les marchés concernés et de faire obstacle au transfert au consommateur final des gains de productivité ;

Considérant que le dommage à l'économie doit s'apprécier en tenant compte du fait que le secteur concerné comprend, pour l'essentiel, des spécialités pharmaceutiques délivrées sur ordonnance médicale et assimilables à des biens de première nécessité ; que l'entente entre les grossistes, si elle n'a pas d'effet direct sur les prix payés par les consommateurs, a pour conséquence de contribuer à la rigidité de la distribution et de rendre plus difficile l'aménagement des prix des médicaments ; que, s'agissant des prix de parapharmacie, les pratiques ont pour effet de faire obstacle à une compétition par les prix au stade du gros et, par conséquent, au stade du détail, alors que ce secteur n'est nullement encadré par une réglementation particulière ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société OCP Répartition SAS, lors du dernier exercice clos (1999), s'élève à 33 041 300 031 F ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Alliance Santé, lors du dernier exercice clos (1999), s'élève à 27 121 517 184 F ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 30 000 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société CERP Rouen, lors du dernier exercice clos (1999), s'élève à 11 868 106 017 F ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 18 000 000 F ;

Considérant que, pour renforcer l'efficacité de la concurrence dans le secteur de la répartition pharmaceutique, il convient de porter à la connaissance des pharmaciens le caractère illicite des pratiques visées ci-dessus et les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent ; qu'il y a lieu d'ordonner la publication des parties C et D de la partie II de la présente décision par les entreprises visées à l'article 2, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le Moniteur des Pharmacies,

Décide :

Art. 1^{er}. - Il n'est pas établi que CERP Bretagne Nord et la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ; il n'est pas non plus établi qu'Alliance Santé ait participé à la stratégie visant à s'opposer au développement d'ORP.

Art. 2 - Il est établi que les sociétés OCP Répartition SAS, Alliance Santé et CERP Rouen ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Art. 3. - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

à la société OCP Répartition SAS : 50 000 000 F

à la société Alliance Santé : 30 000 000 F

à la société CERP Rouen : 18 000 000 F.

Art. 4. - Dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, les sociétés visées à l'article 2 ci-dessus feront publier les parties C et D de la partie II de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans le Moniteur des Pharmacies. Cette publication sera précédée de la mention "*Décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-07 du 11 avril 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique*".

Délibéré, sur le rapport oral de M. Arhel, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Jenny et Cortesse, vice-présidents, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, MM. Bidaud et M. Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,

Patricia Perrin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen