ARTICLE

ABUS DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE POUR EMPÊCHER L'ENTRÉE D'UN TRAITEMENT MOINS CHER CONTRE LA DMLA

Droit de la concurrence, consommation et distribution Contrats commerciaux et internationaux | 15/09/20 |
Renaud Christol Marc-Antoine Picquier

Par sa décision n°20-D-11 du 9 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (la « **Décision** »)[1], l'Autorité de la concurrence (l' « **Autorité** ») a sanctionné les laboratoires Roche, Novartis et Genentech (les « **Laboratoires** »), pour abus de position dominante collective.

Genentech, laboratoire pharmaceutique américain, a développé deux médicaments : le Lucentis, qui traite la dégénérescence maculaire liée à l'âge (« **DMLA** »), et l'Avastin, un anticancéreux. Genentech assure la commercialisation des deux produits aux États-Unis, et accorde une licence à Roche et à Novartis pour leur commercialisation dans le reste du monde.

Les médecins ont découvert que l'Avastin produisait également des effets positifs pour les malades atteints de DMLA et ont commencé à le prescrire, même si ce médicament ne faisait pas l'objet d'une autorisation de mise sur le marché (« **AMM** ») pour traiter cette maladie.

Le Lucentis et l'Avastin sont alors devenus concurrents. Or l'Avastin était 30 fois moins cher que le Lucentis[2].

Genentech, Novartis et Roche ont alors mis en œuvre une stratégie commune afin de préserver les ventes et le prix élevé du Lucentis, au détriment de l'Avastin. Cette stratégie, permise par leur position dominante collective (**1**) a consisté en un dénigrement de l'Avastin et des discours alarmistes et trompeurs auprès des autorités publiques (**2**).

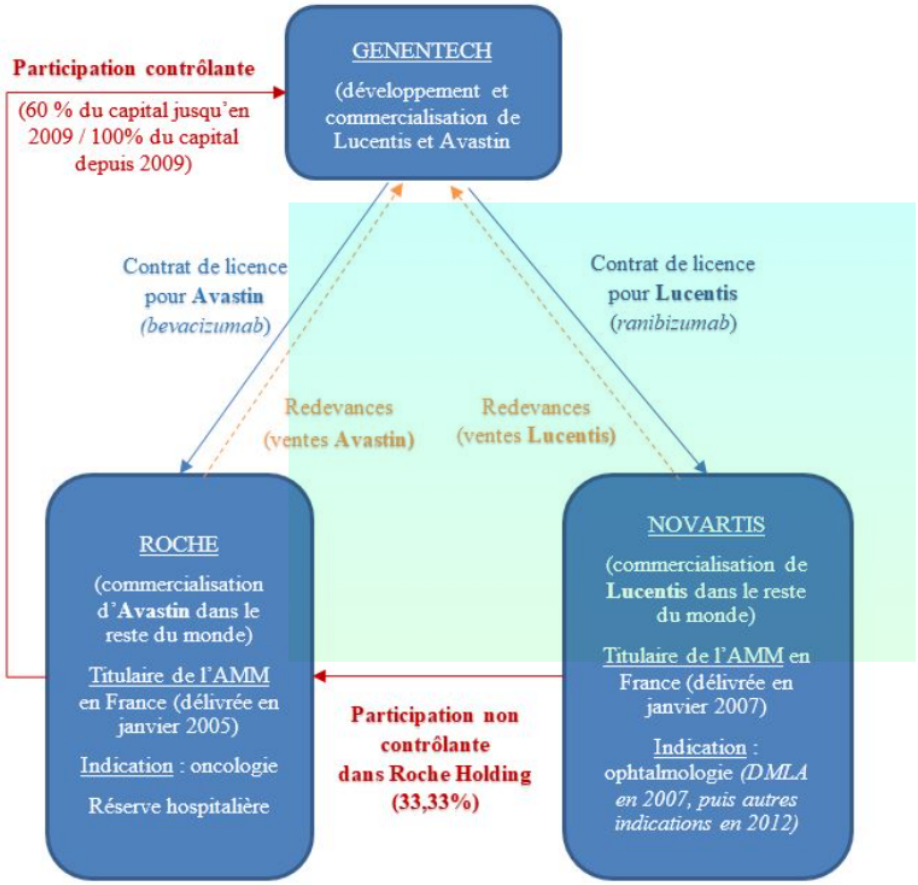
1) Position dominante collective de Genentech, Roche et Novartis

La position dominante collective n'est pas fréquemment caractérisée par l'Autorité car elle suppose que « *les entreprises en cause* [aient], *ensemble, notamment en raison de facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* »[3].

Au cas présent, la Décision relève l'existence de liens structurels « *importants et stratégiques* »[4] entre les trois entreprises, de deux natures :

- des liens contractuels dans les licences concédées par Genentech à Roche et Novartis : au-delà du droit de commercialiser les médicaments, chaque contrat prévoyait des remontées d'informations et des prises de décisions communes, notamment au sujet du positionnement commercial des produits ;

- des liens capitalistiques croisés « *particulièrement significatifs* »[5] : Roche détient la totalité du capital de Genentech depuis 2009, et Novartis détient une participation dans la holding Roche, qui lui confère notamment un tiers des droits de vote dans cette société.



Les trois entreprises étaient en mesure de connaître leurs comportements respectifs grâce à la « *véritable transparence entre le donneur de licence* [Genentech] *et ses licenciés* [Roche et Novartis] *sur leurs politiques commerciales, juridiques et administratives* »[6].

En outre, les intérêts financiers des trois entreprises étaient « *parfaitement alignés autour de la commercialisation privilégiée de Lucentis, au détriment des ventes d'Avastin* »***[7]*** : Novartis recevait le produit des ventes de Lucentis, Genentech percevait des redevances assises sur ces mêmes ventes, et Roche se versait des dividendes qui dépendaient des bénéfices de sa filiale Genentech. Ainsi, « *toute utilisation d'Avastin à la place de Lucentis pour une injection dans l'œil était susceptible d'entraîner un manque à gagner pour chacun des trois laboratoires* »[8].

L'absence de présence de Genentech sur le marché français de la DMLA ainsi que le fait que les trois laboratoires ne se soient jamais présentés comme une seule et même entreprise ne font pas obstacle à la qualification d'entité collective.

Pour ce qui est de la domination, elle est (comme souvent en matière pharmaceutique), aisément démontrée car les trois entreprises représentaient environ 96 % des ventes de médicaments pour le traitement de la DMLA entre 2008 et l'arrivée de Bayer en 2013.

2) Dénigrement de l'Avastin et des discours alarmistes et trompeurs auprès des autorités publiques

Les comportements mis en œuvre par les trois laboratoires (dénigrement de l'Avastin et discours alarmistes et trompeurs auprès des autorités publiques) sont des « classiques » des décisions de l'Autorité en matière pharmaceutique.

Novartis a fait activement campagne auprès des médecins ophtalmologistes, et a ciblé particulièrement les plus influents, pour discréditer l'utilisation de l'Avastin dans le traitement de la DMLA. Novartis a mis en avant des informations et des études scientifiques biaisées, en vue d'exagérer les risques relatifs à l'usage de ce médicament et d'encourager fortement le recours au Lucentis, présenté comme beaucoup plus efficace. Le laboratoire a également insisté sur la responsabilité civile et pénale des médecins qui prescriraient l'Avastin en dehors de son autorisation de mise sur le marché.

En outre, les trois entreprises ont mis en place une tactique destinée à bloquer le processus d'autorisation encadrée de l'utilisation d'Avastin en ophtalmologie. Elles ont retardé la mise en place d'une étude comparative entre l'Avastin et le Lucentis, qui aurait pu conduire à une autorisation plus rapide de l'utilisation de l'Avastin. Elles ont également refusé de

communiquer des informations utiles relatives aux deux médicaments, et transmis des éléments trompeurs ou erronés aux différentes autorités compétentes. Cette attitude avait pour but de maintenir les autorités dans un climat d'extrême prudence vis-à-vis de l'utilisation de l'Avastin pour traiter la DMLA, et *in fine* de faire obstacle à cette utilisation.

La Décision démontre que ces pratiques n'ont jamais été motivées par des considérations de santé publique.

Elles ont été de nature à provoquer l'inquiétude de l'ensemble des acteurs du secteur et du grand public, et a eu un impact réel et significatif sur les ventes d'Avastin, mais aussi sur les prix du Lucentis et de son concurrent Eylea (Bayer), maintenus à un niveau artificiellement élevé pendant des années.

Pour la Décision, ces pratiques sont particulièrement graves car elles touchent au secteur sensible de la santé, elles étaient particulièrement sophistiquées et elles ont été mises en œuvre par des très grandes entreprises.

Le dommage causé à l'économie et l'impact sur les finances publiques[9] ont conduit l'Autorité à infliger une sanction totale exemplaire de 444 millions d'euros, la plus lourde jamais prononcée sur ce fondement.

Novartis écope à elle seule d'une sanction de 385 millions d'euros, notamment en raison de son influence extrêmement forte dans le domaine médical, en particulier dans celui de l'ophtalmologie. Elle a d'ores et déjà exprimé sa volonté de faire appel de la Décision devant la Cour d'appel de Paris[10].

[1] https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2020-09/20d11.pdf

[2] Le coût d'une injection du Lucentis est de 1161 euros alors que celui de l'Avastin est de 30-40 euros.

[3] Voir notamment la décision de l'Autorité n°12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats.

[4] Paragraphe 698 de la Décision.

[5] Paragraphe 705 de la Décision.

[6] Paragraphe 709.

[7] Paragraphe 723.

[8] Paragraphe 714.

[9] Le Lucentis est intégralement remboursé par la Sécurité sociale.

[10] https://www.novartis.fr/actualite/decision-de-l-autorite-de-la-concurrence