
L'office du juge en matière de médicaments

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur des Universités à Sciences-Po (Paris)
Directeur de la *Regulatory Law Review (R.L.R.)**

1. *Les juges n'ont pas à arbitrer les débats d'idées en matière économique.* C'est ainsi que fût présentée¹ la façon dont les magistrats de la Cour d'appel de Colmar, dans leur arrêt du 7 mai 2008, *Centres Leclerc c/ Univers pharmacie* ont renvoyé les parties à leur discussion, les centres Leclerc ayant mené une campagne pour que la grande distribution puisse avoir le droit de vendre des médicaments, une structure pharmaceutique y ayant vu, à tort selon la Cour, une concurrence déloyale. Les magistrats estiment qu'il n'y a pas de concurrence, puisque le distributeur ne propose rien à sa clientèle et que les moyens de communications utilisés ne sont pas déloyaux mais simplement humoristiques, présentant les médicaments sous la forme de bijoux en raison de leur prix élevé, que le distributeur attribue au monopole des pharmaciens.

2. Dans cette affaire, contrairement à celle de la parapharmacie dans laquelle la Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 27 novembre 1998, puis la Cour de cassation, par son arrêt de la chambre commerciale du 16 janvier 2001, qui avaient donné satisfaction au distributeur, les juges refusent d'utiliser leur pouvoir intrinsèque de trancher les litiges car ils estiment n'être pas les arbitres des choix sociaux et économiques opérées par le pouvoir politique qui, par des lois et règlements, a mis en place une telle organisation.

3. Pourtant, avant que la Cour d'appel de Colmar exprime fortement que cela n'était pas l'affaire des juridictions, que la question n'est pas contestable devant eux et que le demandeur, ici la structure pharmaceutique, devait en conséquence

* www.regulatorylawreview.com

1. *Revue Propriété Industrielle*, sept. 2008, n° 72, obs. J. Schmidt-Szalewski; V. aussi O. ROLLUX, Le pourvoi a été rejeté (civ., *Petites Affiches*, 4 mars 2009, p. 5-13, note V. Siranyan, F. Locher et 13 oct. 2009, n° 08-16972).

être débouté, le juge des référés du même lieu ayant pourtant identifié cette campagne comme un trouble manifestement illicite, dans une ordonnance du 21 avril 2008, posant que les messages donnaient à penser que les pharmaciens étaient les responsables de l'augmentation du montant des médicaments et qu'il suffirait d'ouvrir à la grande distribution la possibilité de vendre ces produits pour en faire baisser le prix. De la même façon, le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 8 janvier 1992, *Ordre des pharmaciens c/ Groupe Leclerc*², avait qualifié de concurrence déloyale l'affirmation de celui-ci selon laquelle il n'y avait aucune différence entre une vente de médicament en officine ou en grande surface, car c'est nécessairement sous-entendre la complète incompétence et inutilité du pharmacien.

4. Les magistrats de la Cour d'appel de Colmar, dans l'arrêt précité, disqualifient ce type de raisonnement, en estimant qu'il s'agit d'une sorte de propagande qui n'est pas reprochable, puisqu'il n'y a pas à proprement parler de tromperie sur la marchandise et qu'il n'y a pas de dénigrement des pharmaciens en tant que tels. En outre, les juges rappellent le principe de la liberté d'expression, protégée par la Convention européenne des droits de l'homme.

5. En cela, les magistrats français, du fait de l'influence européenne, se rapprochent du raisonnement nord-américain, qui donne une place quasiment sans limite à cette liberté d'expression, ou à tout le moins préservent le caractère tout à fait exceptionnel de la sanction de l'usage qui en est fait. C'est pourquoi le juge demeure d'une très grande exigence probatoire pour aboutir à une sanction. Mais le juge français ne rejoint pas le juge d'Outre-Atlantique, en tout cas pas les juges des juridictions supérieures nord-américaines, qui eux n'hésitent pas à trancher des débats économiques, prenant en cela des positions politiques³.

6. C'est sous ce double angle, que l'office du juge sera ici apprécié, à la fois la sévérité dans le contrôle du raisonnement probatoire qui doit être suivi pour aboutir à une sanction au titre du droit de la concurrence (Section I) et d'autre part la mesure que le juge, parce qu'il n'est pas un organe politique ni un régulateur, doit conserver en ce qui concerne l'organisation générale du secteur de la santé et notamment de l'organisation du secteur pharmaceutique, sans que cela ne l'entrave nécessairement dans la considération qu'il peut avoir de cette organisation sur laquelle il n'a pas à porter de jugement (Section II).

Section I

LA SÉVÉRITÉ DU RAISONNEMENT SUIVI PAR LE JUGE

7. Il ne peut y avoir de sanction admissible que s'il y a un raisonnement probatoire démontré, la présomption pouvant être un mode recevable, voire ordi-

2. Cité par J. SCHMIDT-SZALEWSK, *revue Propriété industrielle*, sept. 2008, n° 72.

3. R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press, 2008.

naire, de preuve, parce qu'elle repose sur ce qui est le plus solide dans la reconstitution des comportements rationnels : la causalité. Ainsi, la preuve d'un effet, permet d'établir l'existence d'une cause.

8. Le premier élément à considérer est l'existence ou non d'un droit subjectif⁴ (§1), le second est l'absence de rupture dans la chaîne de raisonnement (§2).

§1. – L'interférence avec un droit subjectif

le principal droit qu'il convient ici de prendre en considération est l'existence de droit de propriété intellectuelle, principalement des brevets. En effet, la différence entre être titulaire d'un droit ou non, c'est que dans le premier cas, dès l'instant que l'on peut faire la preuve de ce droit⁵, celui qui le conteste, soit par la méconnaissance qu'il en opère dans les faits, soit par la contestation juridique qu'il en fait devant un juge, supporte la charge de prouver que ce droit perd sa légitimité, soit parce qu'il n'existe pas, soit parce que son titulaire en a fait un usage abusif⁶.

9. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Lélos* du 16 septembre 2008, a posé qu'un laboratoire pharmaceutique ne commettait pas d'abus de position dominante du seul fait du refus de vendre un médicament, dès l'instant que la demande était anormale, notamment liée à des mécanismes d'importation parallèle, position classique du droit de la concurrence.

10. D'une façon plus générale, si un tiers veut contester le pouvoir d'exclusion que le titulaire d'un brevet tire de son monopole, le dommage qu'il subit de ce fait étant légitime, il faudra qu'il démontre un abus qui se distingue du seul usage exclusif du droit. Le juge judiciaire est le gardien des droits subjectifs, notamment selon la Constitution le droit de propriété privée que les Révolutionnaires français ont pensé comme expression première de la liberté.

11. C'est pourquoi, quelle que soit la place processuelle du titulaire du droit, qu'il soit en demande ou en défense dans le procès, la seule titularité du droit subjectif de propriété intellectuelle fait peser sur la partie adverse la charge de prouver que l'usage du droit mérite sanction. Lorsque les faits sont très complexes ou lorsque la personne qui d'ordinaire supporte la charge de preuve est faible, soit économiquement soit par jeu de l'asymétrie d'information, le système juridique fait alors migrer la charge de preuve de la tête de la partie sur la tête de l'autorité juridictionnelle elle-même.

12. Dans un tel cas, notamment en droit de la concurrence et en dépit de ce qu'on a qualifié la « civilisation » de ce droit qui ne consiste qu'à armer procé-

4. V. dans cet ouvrage, Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament, p. 371-383.

5. Car dans le cas contraire, du point de vue probatoire, ne pas pouvoir prouver son droit ou n'en être pas titulaire met la personne dans la même situation.

6. C-468/06 à C-478/06 sur l'idée comme quoi il faudrait bloquer cet effet probatoire par la notion de nullité virtuelle, en raison de la mauvaise qualité des brevets, v. dans cet ouvrage, *Raising the Bar*.

dualement les victimes pour les transformer en agents de la légalité et les inciter à agiter par la perspective d'attribution de dommages et intérêts, c'est l'autorité ou la juridiction qui recherchera les preuves. Mais si elle succombe, c'est la partie demanderesse à l'allégation, par exemple l'allégation d'un abus de position dominante, qui n'obtiendra pas gain de cause car elle continuait à supporter le « risque de preuve »⁷.

13. Le juge sera donc actif dans le mécanisme probatoire, alors même que nous sommes en droit des affaires, non seulement parce qu'il s'agit de sanctionner, ce qui renvoie davantage à une procédure de type inquisitoire⁸, mais encore parce qu'il rétablit ainsi le principe essentiel des procès, de quelque type qu'il soit : l'égalité des armes. Ainsi le juge sera actif à l'intérieur même de la construction des preuves des édifices de faits allégués ; il le sera aussi dans le contrôle qu'il opère sur les raisonnements probatoires menés par les autorités.

§2. - La vigilance juridictionnelle quant à la complétude du raisonnement probatoire

14. la preuve, qui a pour objectif de reconstituer la réalité, par référence à la notion de vérité, produisant à son tour à travers le jugement une « vérité légale », c'est-à-dire une représentation des situations opposables, est avant tout un raisonnement. En cela, la preuve des actes juridiques relève d'une tout autre logique, celle de la sécurité juridique grâce aux titres préconstitués, les brevets faisant partie de cette logique de sécurité. En matière de droit de la concurrence, il s'agit d'apprécier des situations et des comportements, c'est pourquoi on en demeure dans la première hypothèse d'un lien entre preuve et vérité, les actes juridiques étant transparents pour cette branche du droit impériale.

15. Comme la vérité est intrinsèquement inaccessible, puisque même l'aveu n'en est pas un gage certain, le système probatoire est construit sur des raisonnements qui articulent des éléments, lesquels constituent par leurs rassemblements un faisceau d'indices, pour reprendre expressément le vocabulaire des autorités de concurrence et entraînent la conviction de celui qui va sanctionner⁹.

16. À cette liberté de la preuve, correspond la liberté de l'autorité de concurrence d'être convaincue, ce qui la rend inévitablement très puissante. Pourtant, cette liberté d'être convaincue peut conduire à une sorte de conflits d'intérêts. En effet, parce que les autorités de concurrence intègrent de plus en plus en leur sein les services d'enquêtes, la Commission européenne depuis toujours, l'Autorité française de concurrence depuis la loi du 4 août 2008, et ce malgré la distinction

7. Le droit à la preuve, in Travaux du Centre national de recherche de logique, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277-301.

8. Pour davantage de nuance, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Légimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », in D. COHEN (dir.), *Droit et Économie des procès civils*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, sous presse.

9. S. BREYER, Economic Reasoning and Judicial Review, *The Economic Journal*, Feb. 2009, p. fpp 123-135.

fonctionnelle interne entre recherche des preuves (enquête) et appréciation des preuves (jugements) imposée par la jurisprudence *Oury*¹⁰ en matière financière puis par les textes pour tous les régulateurs et autorités, le risque de préjugé est fort, quelle que soit la bonne foi des personnes, et sans doute le risque de maintien des positions initialement adoptées étant accru par celle-ci.

17. Cette inquiétude trouve de quoi s'alimenter par le rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique du 8 juillet 2009, dont la raison d'être est, selon les termes mêmes des traités européens, le soupçon comme quoi il existerait des comportements anticoncurrentiels dans le secteur. De fait, dans le même temps que le rapport d'enquête était rendu public, les premières poursuites contre des laboratoires de médicaments princeps étaient lancées.

18. Cela ne pose pas de difficulté juridique en soi, mais conduit nécessairement à qualifier ces enquêtes sectorielles d'enquêtes préalables aux procédures de poursuite, donc de techniques de preuve. Or, la recherche des preuves dans des enquêtes préliminaires à des poursuites ne peut s'opérer sans respect du contradictoire, des droits de la défense, d'accès au dossier, de *due process*.

19. Ce sont des règles acquises depuis très longtemps pour les enquêtes préliminaires en matière pénale, car il est trop aisé sinon de déplacer en amont la recherche inquisitoire des preuves, sans insertion des droits de la défense ni respect du principe contradictoire, pour accroître la répression, en violation des garanties fondamentales de procédure dont on ne peut disposer ainsi¹¹. On pourrait y voir une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

20. De la même façon, le juge doit, malgré l'appréciation autonome que l'autorité de concurrence fait des éléments de la situation, assurer la plénitude probatoire du raisonnement qui permet à celle-ci d'aboutir à une sanction ou non. Ainsi, comme l'a démontré d'une façon générale Henri Montulsky¹², autant les faits sont reconstitués par l'autorité spécialisée, autant l'articulation des faits, leur « édifice » par lequel s'est fondé celui qui demande la sanction, ne doit avoir ni vide dans un de ses maillons ni contradictoire entre ses maillons.

21. La Cour de cassation veille à ce que l'autorité de concurrence ne fasse pas ces ellipses probatoires reprochables. Ainsi, dans son arrêt du 17 mars 2009, *Glaxosmithkline France*¹³ elle a approuvé la réformation que la Cour d'appel de Paris avait opérée le 8 avril 2008¹⁴, d'une décision du Conseil de la concurrence sanctionnant le laboratoire pharmaceutique, parce que le Conseil n'avait pas établi un lien de causalité suffisant entre le comportement de ce laboratoire de princeps et l'absence d'entrée sur le marché d'un laboratoire de génériques sur un autre marché que celui du médicament princeps.

10. Ass. plén., 5 février 1999, Bull. Ass. plén. n° 1.

11. Pour une démonstration générale, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse Paris II, 1988.

12. *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, JCP 1948, I, 775, I; reprise in *Écrits*, t. 1, Études et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p. 31-37.

13. JCP, éd. Entreprises et affaires, n° 14, 2 avr. 2009, n° 1344.

14. 1^{er} ch. H, *Contrats, conc. Consom.* 2008, 166, obs. D. Bosco.

22. Ainsi, et comme on l'a souligné, dans ces matières très techniques, dans lesquelles la charge de preuve repose sur l'autorité de concurrence elle-même, sa défaillance désignant alors la partie perdante parce que la prétention de celle-ci n'aura pu rencontrer la preuve correspondance et parce qu'elle supporte le « risque de preuve »¹⁵, l'autorité doit répondre à toutes les allégations vraisemblables que les parties peuvent articuler et ne pas se soustraire à l'obligation de démontrer les causalités, ne serait-ce que par présomption.

23. Là encore pour ne prendre qu'un exemple, si on imagine que les soupçons inscrits dans le rapport d'enquête sectorielle, parce que celui-ci constitue en réalité une enquête préliminaire de sanction non contradictoire, se retrouveraient dans des procédures formelles de poursuite, notamment comme quoi les laboratoires de princeps seraient responsables du ralentissement de découvertes nouvelles, et en cela serait un comportement dommageable pour le bien-être collectif et abusif, cette affirmation se trouve en butte avec une allégation articulée par les laboratoires : la difficulté croissante et le coût accru de la recherche même.

24. Pour que l'autorité de concurrence passe outre cette allégation dont les laboratoires ont montré le caractère exact et le lien, non nécessairement vrai mais à tout le moins vraisemblable avec le ralentissement des découvertes, l'autorité de concurrence, parce qu'elle supporte la charge de preuve, devra apporter la preuve contraire et allant, quant à elle, au-delà du vraisemblable.

25. Celle-ci peut prendre la forme d'une présomption, comme le droit de la concurrence le fit en matière de parallélisme de comportements sur un marché : si l'effet observé ne peut rationnellement s'expliquer que par la cause dommageable, c'est-à-dire un abus, et non par exemple par la structure oligopolistique du marché ou des difficultés scientifiques ou des coûts et des risques des élevés et croissants d'échec des recherches, alors l'abus est prouvé. Mais si l'effet peut avoir non seulement cette cause, mais encore une autre cause, ici les difficultés et les coûts croissants de la recherche, éléments de fait extérieur à un comportement abusif, alors la preuve par présomption ne peut plus jouer, car elle n'a pas la puissance d'assécher les autres causalités prétendantes.

26. Le juge, en tant qu'il est le gardien du raisonnement probatoire, doit vérifier que le raisonnement a bien été effectué, qu'il n'y a pas de lacune, et que, par exemple, des présomptions, ainsi définies, sont fondées sur des raisonnements. Ce n'est jamais que respecter le Code civil qui lie présomption et causalité¹⁶, permettant aux présomptions d'être utilisées comme moyens de preuve et non pas comme dispense de preuve.

27. Dans le rapport d'enquête sectoriel, dont le but et la légitimité est la vérité de la réalité du secteur et dont le cheminement a sans doute vocation à servir de guide à des procédures juridictionnelles de poursuite, ces exigences probatoires formelles sont de la plus haute importance. Elles n'ont pas été toujours respectées, et le juge doit demeurer dans son rôle de vigilant gardien, en ce qu'en matière de sanction, cela s'identifie à son rôle constitutionnel de gardien des libertés, fussent-elles simplement économiques.

15. G. GOUBEUX.

16. Art. 1351 du Code civil.

Section II

**LA RÉSERVE JURIDICTIONNELLE QUANT AUX PRINCIPES D'ORGANISATION
DU SECTEUR PHARMACEUTIQUE PAR LE POLITIQUE**

28. Comme nous avons pu le voir en introduction à travers l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 7 mai 2008, le juge estime qu'il n'a pas à prendre position dans des débats de nature politique et économique, ici l'opportunité politique et l'efficacité économique d'une distribution des médicaments qui ne soit plus confiée seulement aux pharmaciens mais rendue possible par tous, notamment la grande distribution. Le juge a peu l'occasion de rappeler cela, parce qu'il est rare qu'il soit saisi de question sociétale ou d'organisation administrative ou politique de secteur¹⁷.

29. En recherchant ce type de situation, on ne trouve guère que l'affaire, fort éloignée de notre présent sujet dans laquelle, lorsqu'un mariage civil entre homosexuels fût prononcé et contesté devant un juge civil, la première chambre de la Cour de cassation affirma¹⁸ que l'admission ou non d'une telle union en droit était l'affaire du politique et non d'un juge et qu'elle renvoyait au débat politique, sous-entendu ainsi que le débat judiciaire n'étant pas le nouvel espace politique en France¹⁹. Néanmoins, le juge doit intégrer la dimension systémique de la régulation du secteur, ici celui du médicament (§1) et pour cela avoir des aptitudes dont le juge n'a pas usuellement besoin (§2).

**§1. – L'intégration par le juge de l'effet systémique
de ses décisions**

30. En effet, si l'on en restait là, parce que le juge est non élu et sans lien de nature républicaine avec le peuple, exclu de la notion de contrat social, il ne peut faire des choix de société. Or, la régulation exprime quant à elle des choix de société, des choix politiques qui engagent le groupe social non seulement pour le présent mais encore pour l'avenir²⁰, choix que pour sa part le régulateur opère.

31. Dès lors, le juge du recours doit demeurer un juge de la légalité, vérifier que l'autorité et l'administration notamment n'ont pas violé la légalité externe, par le fait d'excès de pouvoir par exemple. Le juge judiciaire français, qui reste imprégné de l'imprécation Révolutionnaire qui lui interdisait à peine de forfaiture de donner des injonctions à l'administration, servante de la volonté politique, et impressionné par l'article 5 du Code civil, a tendance à en rester là.

17. V. *supra* n° 1 et s.

18. V. l'arrêt précité. Dans un sens doctrinal contraire, v. F. ZÉNATI, « Le procès, lien du social », in *Archives de philosophie du droit*, t. 39, Sirey, 1995, p. 239-247.

19. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-627.

20. V. dans cet ouvrage, Protection de la santé publique, maîtrise des dépenses de santé, droit général de la concurrence et régulation vectorielle, p. 1-14, n° 33 et s., p. 9 et s.

32. Le juge administratif, parce que la théorie du « juge-administrateur » exprime sa proximité avec une administration dont il partage les valeurs, qu'il met en balance avec les droits et libertés des administrés dont il a également la charge, a tendance à pénétrer davantage dans les choix qui sous-tendent les décisions administratives, mêmes techniques.

33. Plus encore, dès l'instant que l'Autorité de concurrence se mêle, au nom du droit général de la concurrence, de la régulation politico-administrative d'un secteur²¹, le juge judiciaire devient le juge du recours, par le jeu torsadé de la dualité des ordres de juridictions²².

34. Le juge judiciaire ne peut que difficilement, et ce malgré l'effet dévolutif du recours, devenir un régulateur²³, car il agit alors comme un juge administratif, ainsi que le montre le type de procédure qui se développe devant lui, la Cour d'appel de Paris devenant une sorte de juridiction administrative de premières instances²⁴, suivant des règles de contentieux administratif, ne serait-ce que parce que l'auteur de l'acte critiqué, que l'Europe des droits de l'homme qualifie volontiers de tribunal, est partie devant elle, ce que ne sont pas les juridictions judiciaires dont les jugements sont critiqués par le jeu de l'appel.

35. Cependant, le juge judiciaire ne peut plus se définir en matière économique comme un juge de relations bilatérales dont il faut trancher un conflit, pour reprendre les termes de l'article 12 du Code de procédure civile²⁵. En effet, ses arrêts, parce qu'ils sont un prolongement de ceux du régulateur, dont les décisions ont un effet systémique sur le secteur, ont à leur tour un semblable effet systémique dont il ne doit pas faire abstraction, sauf à mal juger.

36. En matière de régulation, la dimension systémique est première, par exemple en matière de médicaments le lien entre la jurisprudence de concurrence, de propriété intellectuelle et de politique d'incitation à l'innovation, que celle-ci passe ou non par les brevets²⁶. Comme la jurisprudence sût parfaitement le faire à travers le droit prétorien de la responsabilité civile, qui était une réponse systémique aux dangers d'une économie industrielle mécanisée devenue dangereuse pour les ouvriers et les personnes transportées, le juge supprimant l'objet de preuve qu'était la faute pour mettre en place un système efficace de réparation des dommages, le juge peut et doit, alors même qu'il n'est pas anglo-nord-américain, prendre en considération le contexte économique global, notamment la nécessité

21. Et quand bien même ce mouvement peut être critique, v. cet ouvrage *infra*.

22. Sur le fait que la dualité des ordres de juridictions ne renvoie pas du tout à deux lignes droites, ce qui la rendrait concrètement supportable, mais ne cesse d'entremêler les compétences, ce qui entraîne confusion et complexité, v. not. R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, « La dualité des ordres de juridictions : mystères et mirages », in *Archives de philosophie du droit*, t. 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 135-148.

23. C. BELLAMY, « Le juge contrôleur du régulateur », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz, 2004, p. 174-178. *Droit et Économie de la Régulation*, vol. 1, éd. de Sciences Po / Dalloz.

24. Cela fût expressément soutenu par Pierre Delvolvé (La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, in *Mél. Auby*, Dalloz, 1992, p. 47-50), par ailleurs auteur de référence en droit public économique (*Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998).

25. Art. 12 CPC.

26. V. par ex. M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, 2003. V. aussi A. PÉZARD, « La rémunération de l'innovation : comment concilier équité, efficacité et proportionnalité? », *Revue Lamy de la concurrence*, avr./juin 2007, p. 199-204.

de recherche et de développement, pour que le droit à la santé soit effectif et la charge collective équitable répartie.

37. Ainsi, sur le principe même, cette conception de l'office du juge ne rencontre pas d'obstacle de principe et présente l'opportunité d'être efficace et en cohérence avec l'office du régulateur qu'il contrôle. Encore faut-il que le juge soit correctement armé pour exercer cette charge.

§2. – La nécessaire adaptation du juge à son office systémique

38. Puisque les offices du juge dépassent la résolution des litiges et la restauration de la légalité, pour intégrer le souci du bon fonctionnement des marchés et des secteurs eux-mêmes, les juges doivent compléter leur appréhension de la situation particulière et bilatérale qui lui est soumise par une vision extérieure et systémique, afin d'adopter dans la palette des solutions légalement soutenables celle qui sera la plus économiquement efficace.

39. En cela, comme cela est usuel aux États-Unis et au Canada²⁷, l'analyse économique du droit doit être intégrée dans l'office du juge et dans les instruments qui doivent tout à la fois accroître son pouvoir et la rationalité de ses choix, non qu'il ne puisse affirmer une préférence pour une autre valeur fondant la décision, par exemple au-delà de la seule légalité une valeur morale, mais pour que la dimension économique vaille également comme argument recevable²⁸. Ainsi, l'analyse économique du droit, du moins telle que le juge Posner la conçoit, est « descriptive » et non pas « normative ». Encore faut-il la connaître, la comprendre, la mettre en débat dans la procédure, bref l'apprendre, ce qui pour l'instant est peu organisé en France.

40. Si l'on veut bien admettre ces propos raisonnables, non seulement les juges du fond, mais encore les juges du droit, la Cour de cassation notamment, doivent intégrer dans le droit de la régulation, notamment celui du secteur pharmaceutique, cette dimension systémique qui constitue le fondement même de ce droit, et intégrer à son tour l'analyse économique du droit, comme cela a été fait en Assemblée Plénière²⁹ à propos du secteur des assurances, pour opérer un choix entre deux qualifications juridiques légalement soutenables, en intégrant les effets bénéfiques ou non d'une solution plutôt qu'une autre sur le secteur.

41. Cette recevabilité de l'analyse économique du droit dans le droit des secteurs régulés, comme celui des médicaments pour formuler des réponses en droit se justifie d'autant plus que la Cour de cassation est en charge du système juridique, dont elle est le gardien, et ne tranche pas les litiges particuliers. En cela, la dimension

27. V. par ex. E. MCKAY, *Analyse économique du droit*, coll. « Méthode du droit », Dalloz, 2008 ; sur le point plus particulier des brevets Droit et Patrimoine, oct. 2003, p. 61

28. Sur l'ensemble de cette question, v. G. CANIVET et M.-A. FRISON-ROCHE, *L'analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, n° spéc. des *Petites Affiches*, 19 mai 2005.

29. Cass. mixte 23 nov. 2004, D. 2005, p. 1905 et s., note B. Beigner..

systemique lui est naturelle. On peut aisément soutenir semblables propos pour le Conseil d'État qui, du fait des notions d'État et de légalité, est habitué à celle de système. En matière économique, on peut considérer qu'il est du devoir des juges d'intégrer les effets systémiques économiques, par exemple la solidité des secteurs ou les incitations à la recherche ou à la prudence des comportements.

42. Au-delà des perspectives de formation, cela signifie que les arrêts de principe rendus par les Cours doivent prendre en considération ces analyses, c'est-à-dire, parce qu'elles sont rationnellement recevables, ne les écartant qu'en articulant des raisons pour ce faire.

43. En cela, ces Cours se rapprochent de plus en plus des Cours suprêmes, non pas tant parce qu'elle opérerait des choix politiques, mais parce qu'elle opère des choix rationnels.