

Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament

Marie-Anne FRISON-ROCHE

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

1. Le Rapport d'enquête *sur le secteur pharmaceutique* publié par la Commission européenne le 8 juillet 2009 reproche aux laboratoires pharmaceutiques de principes de développer des « stratégies de dépôt de brevet », « leur permettant d'accroître la portée et la durée de la protection » que ceux-ci leur confèrent. Cela les protège tout à la fois de la concurrence des médicaments génériques qui ne peuvent entrer sur le marché et de la concurrence des autres laboratoires de principes (« brevets défensifs »), en bloquant les possibilités d'innovation de ceux-ci. Le rapport, en ce qu'il est principalement focalisé sur la concurrence principes/générique et sur le retard supposé de l'entrée des génériques sur les marchés semble accorder moins d'importance à cette seconde concurrence, entre laboratoires de principes.

2. Ainsi, l'ampleur des brevets, dans leurs nombres sur un même produit et dans le temps, car il y en a toujours en instance d'examen par l'office des brevets pour celui-ci, créerait de l'incertitude pour le laboratoire tenté de fabriquer un générique pour venir concurrencer le médicament principes. Les demandes de brevets divisionnaires permettent par l'accroissement du nombre d'allonger le temps d'examen. L'ensemble produit un recul de la facilité et du moment de l'entrée des génériques sur le marché.

3. Le rapport souligne aussi que, si le droit de saisir la justice est fondamental, il est aussi une dissuasion utilisée par le laboratoire de principes, « signal » pour les laboratoires de génériques, en quelque sorte de ne pas venir s'y frotter. Le rapport insiste particulièrement sur l'usage que les laboratoires de principes font de

* www.regulatorylawreview.com

leur droit de se plaindre en justice ou par acte extrajudiciaire de la violation par les laboratoires de génériques des droits que les premiers tiennent de leurs brevets obtenus. On peut assimiler à cela l'usage que les laboratoires de princeps font de leur droit de protester auprès des organes administratifs qui opèrent le contrôle *ex ante* des médicaments génériques, parce que ceux-ci ne seraient pas conformes aux normes d'admission sur le marché. Dans ce dernier cas, le taux de succès a été très faible (2 %), mais le contentieux judiciaire a été au contraire nettement favorable aux laboratoires de princeps, surtout sur le terrain du droit des brevets.

4. En outre, le rapport détaille les accords qui sont intervenus entre les laboratoires de princeps et les laboratoires de génériques, dans un contexte judiciaire ou non, par lesquels généralement ceux-ci abandonnaient ou restreignaient leur droit d'entrée sur le marché contre des avantages pécuniaires.

5. Tout en continuant la description par accumulation de pratiques, le rapport souligne que les laboratoires de princeps innovent sur des médicaments de seconde génération, notamment lorsque la protection du médicament de première génération par un brevet va bientôt expirer et souligne que les laboratoires concernés dépensent alors beaucoup d'argent en marketing pour que les demandeurs, qu'ils soient prescripteurs ou consommateurs, transportent leur faveur du premier, bientôt plus protégé, vers le second, pour lequel le laboratoire aura obtenu un brevet.

6. Il est important de souligner que le rapport ne fait pas de distinction entre ce dernier type de comportement et les précédents, alors que dans le système juridique, il s'agit soit de droits subjectifs, notamment ceux issus d'un brevet ou dans l'exercice du droit d'agir en justice¹, et dans d'autre cas, comme celui de promouvoir un produit et de séduire, il s'agit de l'exercice d'une liberté. Dans les deux cas, la limite pour la personne d'en tirer avantage par l'exercice qu'il en fait, est l'abus.

7. Mais le rapport semble reprocher en lui-même l'usage stratégique des droits (il n'évoque pas la notion de liberté, pourtant fondatrice dans une conception libérale de l'économie) par l'accumulation que l'agent, ici particulièrement le laboratoire de princeps, fait de ses droits, qui sont autant de prérogatives. Le rapport constate que l'effet produit, et effectivement souvent recherché, est le retard de l'entrée sur le marché du médicament concurrent, tout en reconnaissant que cela n'est pas interdit et que l'hypothèse d'un abus doit s'analyser et se démontrer au cas par cas.

8. Mais, dans le même temps qu'elle affirme cela et cite effectivement des décisions de justice de différents États européens, notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2009 *Arrow Générique*², la Commission pose dans son rapport comme une sorte de méthode de principe que « le recours éventuel, par les laboratoires de princeps, à des instruments spécifiques, visant à retarder l'entrée des génériques sur le marché, fera l'objet d'un examen à la lumière des règles de la concurrence s'il est utilisé de manière anticoncurrentielle..., notamment lorsque

1. H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1964, p. 215 s.

2. *Bull.* 2009, IV, n° 2, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 févr. 2008.

« l'intervention d'un acteur du marché devant l'organisme d'autorisation de mise sur le marché était principalement destinée à retarder l'entrée sur le marché », ou bien, dans la situation de compétition entre laboratoires de princeps, s'il s'agit de « stratégies défensives, qui consistent à déposer un brevet principalement dans le but d'évincer les concurrents du marché, sans résulter d'efforts d'innovation, ou à refuser d'accorder une licence sur des brevets inutilisés », ce qui justifiera « un examen attentif, notamment lorsqu'il en est effectivement résulté un coup d'arrêt pour l'innovation ».

9. Cela évoque l'économie dirigée, puisque le droit exprime non seulement des interdictions mais encore des prescriptions d'actions, par exemple la délivrance de licences, actions pouvant par nature nuire à celui qui les exerce. Certes, l'hypothèse concerne des brevets inutilisés mais cela équivaut à obliger des propriétaires d'habitation à les louer lorsqu'elles sont vides, réquisition que le droit n'a pas imposé dans un tel cas. De la même façon, imposer la délivrance d'une licence serait faire du brevet une facilité essentielle, basculant alors dans une régulation d'urgence ou d'extrême gravité, débordant le droit de la concurrence.

10. Cela est concevable politiquement, notamment si le législateur, comme l'a fait dernièrement le Parlement français, crée un « droit au logement », mais encore faut-il que l'on soit dans des conditions politiques pour fonder un tel mouvement, qui ne peut être celui du seul droit de la concurrence et qui n'est certes pas de nature libérale comme le sont, nous les verrons, les classiques droits subjectifs.

11. L'action peut être légitime, à supposer que l'organe qui l'exerce soit légitime pour le faire, en créant *ex nihilo* des devoirs d'user de ses propres droits pour le bénéfice d'autrui ou le bien de la collectivité. Cette conception collectiviste de l'usage des droits n'est pas conforme à la définition même du droit subjectif, notamment pas lorsqu'il est appliqué au droit de la concurrence. En contrôlant l'usage stratégique et égoïste que les agents font de leurs droits, l'autorité de concurrence n'en sanctionne pas les abus mais bien plutôt les régleme dans une conception collectiviste, qui excède ses pouvoirs et n'est pas conforme à la conception classique du système juridique et des droits subjectifs. Il convient donc de revenir à la définition même que le droit élabora des droits subjectifs, à travers notamment la jurisprudence et les batailles doctrinales (Section I). En imposant une conception collectiviste des droits subjectifs par ce qui devrait être la sanction de leur usage stratégique, c'est-à-dire égoïste, l'autorité de concurrence excède ses pouvoirs pour organiser directement le marché et le construire en restreignant la liberté d'action des acteurs (Section II).

Section I

**RETOUR SUR LA DÉFINITION MÊME DU DROIT SUBJECTIF,
APPLIQUÉE AU DROIT DE LA CONCURRENCE**

12. Les droits subjectifs sont les prérogatives juridiques dont les personnes qui en sont titulaires peuvent se prévaloir à l'égard d'autrui et dont le système juridique assure la protection. Autrui est toujours concerné par un droit subjectif, que celui-ci porte directement sur lui, en tant que débiteur d'un droit subjectif personnel, soit que le droit subjectif soit un droit réel, portant sur un bien, autrui demeurant concerné parce qu'il est alors exclu d'un rapport qu'il voudrait établir avec le bien. Cet effet d'exclusion des tiers est le propre du droit subjectif réel de propriété.

13. De la même façon, tout droit subjectif implique l'État, car c'est lui qui protège l'effectivité des prérogatives des personnes. C'est pourquoi le plus fondamental des droits subjectifs est le « droit au juge »³, qui permet au titulaire de défendre tous ses autres droits. Ainsi, lorsque le rapport critique l'usage de ce droit processuel, l'atteinte à la théorie des droits subjectifs est plus violente que lorsqu'il fait reproche aux titulaires de brevets d'user de leur droit de propriété, dans la mesure où le droit d'accès à la justice et de soumettre des prétentions au juge contre les autres est le soubassement de tous les autres droits⁴, sans lequel, pour reprendre une expression du Conseil constitutionnel, « il n'y a point de Constitution » parce qu'« il n'y a plus de garantie des droits »⁵.

14. Le droit classique pose que le droit subjectif est l'expression de la puissance légitime des personnes, protégée par le droit. Selon la définition de référence posée par Chering⁶, le droit subjectif renvoie à un « intérêt légitime juridiquement protégé » (§1). C'est pourquoi seul un abus, notion qu'on ne peut pas réduire à la défense de ses propres intérêts, justifie une sanction. Cela est vrai non seulement en droit civil, comme on a pu le faire dans la jurisprudence dans l'abus dans la fixation des prix, mais encore sur un marché libéral (sauf à être en économie dirigée) où ce sont des libertés d'agir et la défense par les agents de leurs intérêts contre les intérêts des autres qui sont le principe même du marché, celui dont les règles transparaissent dans le droit de la concurrence (§2).

**§1. - Le droit subjectif, expression de l'intérêt légitime
des personnes à défendre leur intérêt**

15. Il faut ici remonter le temps du droit civil, car initialement le droit subjectif était une prérogative sans limite. Ainsi, un propriétaire pouvait agir sans

3. V. par ex. J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.

4. V. par ex. M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 1-17.

5. Cons. Con., 19 déc. 1996, AJDA.

6. *L'esprit du droit romain*, t. 3, 3^e éd., 1888.

aucune limite, car, dans une conception binaire et pour reprendre la conception de Planiol⁷, soit on est dans son droit (et on l'est alors pleinement), soit on ne l'est pas et l'on est alors sanctionné non en considération de l'usage qu'on en fait mais parce que manque cette titularité.

16. Ainsi, au départ, l'usage des droits n'avait pas de limite et le dommage corrélatif était toujours légitime. Pour ne prendre qu'un exemple, le droit de propriété permet, selon l'article 544 du Code civil, d'interdire à autrui d'user de la chose, d'entrer sur le terrain, etc., et la Cour de cassation a précisé encore récemment que le droit corrélatif de se clore, visé par l'article 545, demeurait insusceptible d'abus car il correspondait aussi à l'exercice d'une liberté, celle de repousser autrui⁸.

17. Tout a changé avec l'arrêt *Clément-Bayard*, par lequel les Chambres Réunies de la Cour de cassation ont posé dans un arrêt du 3 août 1915⁹ que l'usage des droits, alors même qu'il s'agit le droit de propriété, le droit « le plus absolu » selon les termes de l'article 544 du Code civil, pouvait entraîner la responsabilité de son titulaire lorsqu'il en faisait un usage abusif. Ainsi, l'on pouvait bien être titulaire d'un droit mais son usage fautif justifie néanmoins une sanction.

18. Tout l'enjeu se déplaçait alors, vers la définition même de ce qu'est fautif dans l'usage que l'on fait d'un droit. L'arrêt *Clément-Bayard* se réfère à l'intention de nuire et l'on pourrait être tenté de dire, comme le fait la Commission européenne, que le dépôt des brevets dans le but de retarder l'entrée sur le marché des produits concurrents à prix très compétitifs puisque par définitif la production de médicaments génériques n'a pas à intégrer les risques de recherches, ou dans le but d'entraver les actions compétitives des autres laboratoires de princeps est effectivement mu par une « intention de nuire », celle de nuire aux concurrents d'une façon générale.

19. Mais l'intention de nuire des agents les uns à l'égard des autres est la loi du marché lui-même. Ainsi, le vendeur cherche à vendre le plus cher possible et en cela à nuire à l'acheteur (ou au payeur s'il y a dissociation, comme dans le secteur des médicaments). Plus encore, les offreurs cherchent à se nuire les uns les autres pour obtenir que les clients de l'un l'abandonnent, pour devenir les clients de l'autre.

20. Cela correspond d'ailleurs à la définition que l'arrêt *Clément-Bayard* a donné de l'abus du droit, déterminant celui-ci si l'auteur de l'acte dommageable ne pouvait justifier par un intérêt propre qu'il aurait poursuivi, au besoin au détriment d'autrui. En l'espèce, le propriétaire d'un terrain avait planté sur celui-ci des piques qui ne lui étaient aucune utilité, mais qui avait eu pour effet de fendre le dirigeable de son voisin avec lequel il ne s'entendait pas. L'absence d'utilité est donc le critère de l'abus de droit.

21. Ainsi, l'utilisation des brevets défensifs, qui sont les plus sévèrement surveillés par la Commission pourrait être rattachée à cette conception de l'intention de nuire, et plus encore le refus de délivrer une licence alors que le brevet n'est pas

7. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3^e éd., 1949, n° 981.

8. Civ. 3^e, 7 juin 1990, Rép. Def. 1991, art. 34987, n° 15, obs. J.-L. Aubert.

9. *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, n° 62, obs. F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2008.

utilisé, hypothèse analogue à celle du logement inoccupé, pourrait être de ce fait considéré comme abusif. Mais précisément, parce que la puissance du droit subjectif, qui n'oblige pas à l'utilisation du bien, ni pour les autres ni même pour soi, est le principe et l'abus l'exception, il faut démontrer qu'il y a eu un usage ou un non-usage du droit qui n'ait pas eu pour finalité la protection égoïste de son propre intérêt, fût-elle au détriment d'autrui. Or, le refus de licence, même à propos d'un brevet inexploité comme le permet l'obtention de brevets défensifs, servent l'intérêt propre du titulaire, ce qui justifie le droit et éloigne l'hypothèse de l'abus.

22. Certes, on peut avoir une conception plus collectiviste du droit subjectif. Elle fût défendue par Josserand qui posait que les droits subjectifs ne peuvent être ainsi des prérogatives égoïstes, car la solidarité politique justifier que les droits contribuent, par l'usage qu'en font leur titulaire, au bien-être social¹⁰. Ces thèses, qui amènent à la notion de « droit-fonction », c'est-à-dire des droits subjectifs qui ne sont conférés que pour que leur usage soit profitable à un but préalable posé et rattaché à un intérêt autre que celui propre au titulaire du droit, n'ont pas prospéré dans un système juridique demeuré individualiste et libéral. Pour se rattacher à la conception que Josserand posait des droits subjectifs, il faudrait nécessairement affirmer que les prérogatives de chacun n'ont de sens que comme moyen nécessaire de l'intérêt d'autrui, conception qui aboutit et équivaut à une économie administrée.

23. Certes, l'intérêt ici poursuivi est égoïste, mais c'est la définition même du droit subjectif, notamment du droit de propriété, par exemple ceux issus de l'obtention d'un brevet, ou du droit d'action en justice. Mais, reprenant le critère même de l'arrêt *Clément-Bayard*, le dommage causé a ainsi une cause légitime, car c'est l'absence de cause autre que la volonté de protéger ses intérêts propres, donc la cause unique, et non pas secondaire, de créer le dommage, qui constitue l'abus.

24. Ainsi, lorsqu'on examine la jurisprudence citée par le rapport, à savoir quelques décisions de justice, il s'agit de sanctionner des comportements qui vont au-delà de l'usage des droits subjectifs. Pour prendre l'arrêt précité *Arrow Générique* de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 janvier 2009¹¹, le laboratoire de médicaments princeps avait établi une politique de dénigrement du médicament générique qui lui faisait concurrence, ce qui constitue un abus de position dominante qui excède l'exercice des droits.

25. En effet, il y a une différence essentielle entre la transparence des qualifications juridiques, notamment celles de droits subjectifs si l'autorité de concurrence peut repérer le fait condamnable. Dans cette branche du droit, le fait est supérieur au droit. En cela le droit subjectif, pas plus que la personnalité morale des structures, ne peut opposer au droit de la concurrence leur opacité¹². Mais cela

10. A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chr., p. 67 s.

11. *V. supra* n° 8.

12. Sur la notion d'opacité de la personnalité juridique, v. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, 2 t., 1905, LGDJ, 1924, reprint 1998 ; c'est en cela que le droit crée du réel,

n'implique en rien que le seul usage d'un droit vaut abus et l'affirmation selon laquelle le seul usage stratégique, c'est-à-dire intégré dans une action de défense de ses intérêts, d'un droit vaudrait comportement condamnable, est critiquable¹³. Qu'un droit subjectif ne puisse masquer un comportement anticoncurrentiel n'équivaut et n'entraîne en rien qu'un droit subjectif soit en lui-même anticoncurrentiel. Il faut encore démontrer que l'usage qui en est fait est anticoncurrentiel. L'enjeu est donc avant tout probatoire.

26. Par ailleurs, comme le relèvent des décisions rendues par des autorités de concurrence dans divers pays européens l'usage du droit de contracter ne justifie en rien de ce seul fait la sanction, pas plus que, du seul fait qu'une partie dans un procès a le droit de proposer une transaction et d'en convaincre l'autre partie, ne suffit pour sanctionner, tant que cela n'est pas démontré comme n'étant que le masque d'une entente.

27. Ainsi qu'on a pu parfaitement bien le démontrer, depuis le droit romain, la « personne » n'existe en droit que comme un masque¹⁴ par lequel le droit tout à la fois recouvre les êtres humains et leur permet accéder au commerce juridique. À l'inverse, comme on a pu le dire du droit fiscal, le droit de la concurrence, droit factuel, « démasque » le droit, aussi bien les règles objectives des lois que les droits subjectifs des personnes. Mais ce démasquage, qui est la marque et la puissance du droit de la concurrence, rendant les qualifications neutres, n'entraînent pas en soi une sanction, dès l'instant que la personne qui utilise l'instrument juridique, la personnalité morale, le contrat ou le droit subjectif, invoque l'intérêt égoïste qu'elle a à le faire, sans que l'autorité de poursuite démontre un abus autonome. S'il y a dommage à autrui, c'est le marché lui-même qui le favorise et le requiert.

§2. - La liberté d'action sur un marché a pour limite non le dommage mais l'abus

28. En effet, le droit subjectif que constitue notamment la titularité du brevet permet de causer des dommages à autrui parce qu'il diminue la liberté d'action des autres agents sur le marché, notamment lorsque le monopole, s'il n'y a pas de médicaments dont les effets soient substituables, ferme le marché lui-même.

29. C'est d'ailleurs pourquoi, contrairement à la propriété ordinaire, qui elle aussi est dommageable par nature et nuit à autrui en lui interdisant d'user de la chose mobilière ou immobilière¹⁵, ce que la possession du bien permet au proprié-

mais la puissance du droit de la concurrence est de donner valeur supérieur aux faits antérieurs, notamment l'organisation juridique des structures économique, en effaçant qd'autres « réalités juridiques » que d'autres branches du droit avaient créées (v. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., Dalloz, n° 42 s., p. 43 s.).

13. Sur cette notion même d'« usage stratégique » des droits, v. *infra* n° 32 s.

14. J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée*, coll. « Des travaux », Seuil, 1993.

15. Fondamentalement, le droit de propriété est le droit d'exclure autrui et donc de lui nuire en lui soustrayant la chose. C'est pourquoi le Code civil établit un lien fondamental entre la propriété et le droit de clore sa

taire¹⁶, la propriété intellectuelle doit être validée par l'État qui, à travers les offices de brevets, en est le délivreur.

30. L'agent qui est titulaire d'un droit subjectif, notamment d'un droit sur une invention, titrisé par un brevet, peut non seulement en faire un usage égoïste, mais encore un usage stratégique, c'est-à-dire un usage instrumentalisé accru, pour satisfaire un but, notamment l'élimination des concurrents. En cela, la titularité du droit, description statique de ce qu'est un droit, devient, par l'articulation des titularités, par exemple non pas un brevet mais plusieurs, non plus un seul brevet sur la molécule, mais encore sur divers usages (grappe de brevets, brevets secondaires) s'insèrent dans des actions rationnelles que les droits servent, et qui n'auraient pas été possibles sans les droits. Le droit subjectif s'inscrit alors dans l'action et la responsabilité doit être pensée de cette façon objective¹⁷.

31. Cette utilisation des droits dans un but de protection de ses intérêts correspond pareillement à la définition classique du droit subjectif. Y voir un abus serait équivalent à reprocher au propriétaire d'un terrain d'y faire pousser du blé, afin de vendre celui-ci, ce qui nuira par la compétition aux autres offreurs à l'égard desquels il entre de ce fait en concurrence.

32. La stratégie est une façon de désigner l'action rationnelle, au sein de laquelle la puissance s'agence en fonction d'un état du monde que l'entendement de celui-ci qui agit veut voir se constituer, pour employer un vocabulaire du XVIII^e et du XIX^e siècles. Lorsqu'elle prend appui sur des droits de propriété, et tant qu'il n'y a pas de faute distincte de la titularité de ces droits accordés par l'État, cette rationalité stratégique ne constitue pas un abus mais renvoie à l'individualisme rationnel des agents.

33. Ainsi, les droits s'insèrent dans l'action et sur un marché, tant qu'on en demeure à une économie libérale, l'action sur un marché est à la fois libre et dommageable pour les concurrents, du fait de la compétition. Sur un marché, tout est stratégie et voir dans l'usage stratégique des droits, indépendamment de l'usage fautif des droits qui oblige à la démonstration autonome d'un abus, un comportement condamnable consiste à méconnaître la nature du droit, art pratique, donc stratégique, depuis l'Antiquité.

34. Il faut être dans un autre système que le système marchand, donc stratégique, pour qu'il n'y ait pas d'usages stratégiques des droits. Plus encore, dans ces

propriété immobilière, la soustraction de la chose mobilière se faisant par la possession physique qu'on en ait (*corpus*). La difficulté à exclure autrui lorsque les choses perdent leur matérialité, notamment pour toute invention, fait tout l'enjeu des propriétés intellectuelles, que de ce fait l'on considère comme un troisième terme par rapport à la distinction des immeubles et des meubles. La littérature juridique sur cette question est considérable : v. par ex. *Le droit et l'immatériel Archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, 1999. *Revue Droit de l'immatériel*, Lamy ; M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, coll. Fondements de la politique, PUF.

16. Sur la question de l'applicabilité de la possession, « bastion avancé de la propriété », lorsque celle-ci est immatérielle, v. B. PARANCE, *La possession des biens immatériels*, coll. Bibliothèque André Tunc, t. 15, LGDJ, 2008.

17. V. d'une façon générale, S. ABOUDRAR, *Responsabilité et sujet. Pour une responsabilité personnelle objective*, thèse Institut Universitaire Européen, Florence, 2002.

autres « mondes »¹⁸, comme celui de la famille, il n'y a guère de droits subjectifs, parce que l'égoïsme n'en est pas le principe d'organisation, l'autorité parentale étant une charge et non un droit sur les enfants, pas plus que l'État n'est à titre principal titulaire de droits subjectifs, mais davantage titulaire d'une puissance légitime qui lui permet de disposer d'autrui. Ni la famille ni l'État ne sont construits traditionnellement sur les principes de liberté et de droits, à l'inverse du marché et de ses instruments juridiques naturels que sont le contrat et la propriété. La Commission européenne, parce qu'elle a fondamentalement en matière de médicaments et de propriété intellectuelle, et sous couvert de droit de la concurrence, une conception collectiviste, récuse l'ensemble de cette conception classique et libérale des droits subjectifs.

Section II

CONTRÔLE DE L'USAGE STRATÉGIQUE DES DROITS ET CONFUSION AVEC L'ABUS DE DROIT

35. La Commission européenne confond, au sens probatoire du terme, l'usage stratégique des droits et le caractère abusif des comportements (§1). Ce glissement s'opère parce qu'en se substituant aux offices de brevets notamment par la destruction de la puissance des droits conférés, l'autorité de concurrence devient régulateur du système, le soustrayant de ce fait à la loi du marché. Peut-être peut-on souhaiter qu'il existe une sorte de régulateur de la propriété intellectuelle en matière de médicament, et il est en cela très caractéristique que la fin du rapport d'enquête sectorielle porte longuement et fortement sur la nécessité de créer des organes communautaires de propriété intellectuelle, mais cela ne l'autorise précisément pas à pallier ce qu'elle estime être un vide de régulation par un usage du droit de la concurrence (§2).

§1. – Confusion entre usage stratégique et abus de droit

36. À la base du droit de la concurrence, le droit d'agir sur un marché devient abusif et constitutif d'un comportement anticoncurrentiel lorsqu'il y a un manquement qui permet, par entente ou abus de position dominante, d'obtenir un avantage que le libre fonctionnement du marché concurrentiel n'aurait pas permis à l'agent d'atteindre, comme l'obtention d'un *prix* inférieur ou le pouvoir d'imposer un prix supérieur. La mesure de l'abus s'opère souvent par cette mesure de l'écart.

18. Pour reprendre la terminologie d'une théorie sociologique des « mondes », L. BOLSTANSKY et L. THÉVENOT, *de la justification*, coll. « NRF Essais », Gallimard, 1991. V. aussi L. BOLSTANSKY et E. CHIAPPELO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, coll. NRF Essai, Gallimard, 1999.

37. En cela, contrairement à la conception *civiliste* de l'abus de droit, même en matière de *prix*¹⁹, qui demeure attachée à la démonstration d'une faute, soit dans le processus d'élaboration du prix, soit dans le résultat auquel il aboutit, le droit de la concurrence se contente d'observer les manquements sans avoir à démontrer de faute.

38. L'enjeu, comme l'a démontré Louis Vogel²⁰, n'est en effet pas tant substantiel que probatoire : faut-il ou ne faut-il pas démontrer une faute ? Le droit de la concurrence, est un droit objectif et pourtant sanctionnateur, ce qui l'apparente davantage à un droit médiéval qu'à un droit moderne, en ce qu'il se saisit de comportements reconstitués par des raisonnements à base de présomption de rationalité²¹, voire de potentialités.

39. Mais la réduction des objets de preuve requis, non plus la faute mais le manquement, non plus l'objet mais l'effet, non plus la volonté dolosive mais le résultat dommageable, ne délivre pas l'autorité de poursuite, qu'elle soit ou non intégrée dans l'autorité de concurrence, de toute charge de preuve.

40. En effet, la liberté d'action sur les marchés, la titularité de droits et l'insertion des droits dans la liberté d'agir, ce qui donne une définition stratégique de l'action, correspondant à la définition de l'agent rationnel sur un marché, sont intégrés dans le modèle libéral de l'économie. Dès lors, faire la preuve de celui-ci n'est que démontrer un comportement normal et non pas un comportement anormal, fût-il objectif et reconstitué.

41. Dans l'ouvrage que le Centre de Logique de Bruxelles consacra à *La preuve*²², Paul Foriers rappela que, dans un système juridique libéral, le principe est la liberté. Ainsi, les prescriptions de comportement émises par le droit sont certes légitimes, qu'elles soient négatives, comme le fait le droit de la concurrence qui interdit, ou positives comme le fait le droit de la régulation qui peut obliger à un comportement positif²³, mais sur le terrain probatoire, cela signifie que la personne qui n'est pas visée par la prescription est libre de son comportement, dont elle ne doit pas répondre, en raison du principe de liberté²⁴.

42. L'auteur utilisait l'image de l'île, pour désigner la loi, dont l'intervention fait, dans son espace propre, barrière, à la liberté, liberté qu'il illustre comme la mer entourant l'île et dans laquelle les sujets de droit peuvent adopter des

19. M.-A. FRISON-ROCHE, L'indétermination du prix, *RTD civ.*, 1992, p. 269-303 ; sur l'articulation entre le droit civil et le droit de la concurrence, v. « Va-t-on vers une acception unifiée de l'abus dans la fixation du prix ? » in *Abus d'abus dans la fixation du prix*, Atelier de la concurrence, DGCCRF, avr. 1996.

20. L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*. Études comparatives, 1988.

21. A.-L. STIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, 2008.

22. Préc., not. P. FORIERS, *Introduction au droit de la preuve*, p. 7-26. V. du même auteur et d'une façon complémentaire, La lacune du droit, in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherche de logique, précité, 1968, p. 9-29.

23. Le droit pénal classique ne faisait qu'interdire pour mieux préserver les libertés, auxquelles il ne s'autorisait qu'à porter exception. Le droit pénal économique, parce qu'il jouxte de plus en plus une économie administrée, enjoint désormais des comportements et engendre des obligations de faire. Sur les difficultés que cela engendre, v. J.-H. ROBERT, L'obligation de faire pénalement sanctionnée, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, t. 44, Sirey, 2000, p. 153-161.

24. P. FORIERS, préc.

comportements à propos desquels le droit ne doit et ne peut pas leur demander des comptes. C'est la translation dans le système probatoire du système libéral. Dès lors, les actes ne peuvent leur être reprochés.

43. Pour poursuivre la métaphore, dans un système économique libéral, la baignade n'est pas interdite, sauf pancarte expresse qui la prohibe. Ainsi, s'il y a des sortes de trous dans les tissus réglementaires et que les agents rationnels les utilisent à leur profit, tant qu'il n'y a pas de faute, il n'y a pas d'abus. Pour reprendre un thème très classique dans les discussions juridiques, il n'y a pas de systèmes juridiques lacunaires, car ce qui a l'apparence de lacune sont des espaces de liberté, et par celle-ci remplis.

44. L'abus reste donc un objet de preuve distinct de la seule titularité des droits et d'usage stratégique de ceux-ci car ce dernier cas de figure relève de « l'ordinaire » libéral, et sa légitimité n'est donc pas un objet de preuve, tandis que la stratégie abusive, parce qu'elle est extraordinaire, doit être prouvée au-delà de ce simple contrat stratégique, dimension stratégique que revêt toute action rationnelle. Ainsi, dans l'affaire *Arrow Générique*²⁵, il y avait eu stratégie de dénigrement, ce qui est une stratégie par ailleurs fautive, engageant, que l'on se place sur le terrain du droit de la concurrence ou sur le terrain du droit civil (concurrence déloyale), la responsabilité de son auteur.

45. Enfin, la liberté étant le principe et le droit de la concurrence un droit sanctionnateur et en cela d'exception, la charge de preuve repose sur l'autorité de poursuite et non sur les entreprises, dès l'instant qu'elles peuvent se prévaloir et de leurs libertés et de leurs droits. Cela fait, notamment par l'affirmation par monopole de l'exclusion des tiers, la charge de preuve se cristallise sur la tête de l'autorité de poursuite, incluse ou non dans l'autorité de concurrence, qui devra démontrer, malgré ce droit, malgré cette liberté, et le pouvoir dans une société libérale d'associer les deux, association qui est la définition de la stratégie, qu'il y a abus. La démonstration doit nécessairement se faire au cas par cas. Le rapport de la Commission européenne reconnaît lui-même la nécessité de la casuistique.

46. Si ces exigences probatoires sont satisfaites, le système juridique fonctionne correctement et les décisions de sanctions, citées par l'enquête sectorielle, le montrent, notamment lorsqu'il y a des ententes qui ont pour objet que le laboratoire de génériques renonce à entrer à l'avenir sur le marché du laboratoire de princeps. Mais le seul fait d'agir en justice ou de saisir l'entité administrative qui délivre les autorisations de mise sur le marché, pour articuler une prétention, définition du droit fondamental de l'action en justice²⁶, soit considéré comme un abus, on risque de retomber dans les errements de la théorie structurelle de « l'abus automatique » qui frappa il y a quelques années les monopoles publics et dont ils ont été délivrés depuis, alors même que le monopole tiré d'un brevet n'est pas de même nature que celui des entreprises publiques²⁷.

25. V. *supra* n° 8.

26. V. *supra* n° 3.

27. V. sur le point, v. la contribution d'Olivier Fréget, dans cet ouvrage.

47. En effet, si des prohibitions venaient à être établies d'une façon générale, par exemple à propos du nombre des brevets que les inventeurs seraient en droit de déposer, ou sur la durée des procédures par lesquels ils entendent défendre leur droit ou s'opposer à l'affirmation de droits de concurrents, et alors que l'accès au juge et au droit est le plus fondamental des droits fondamentaux²⁸, nous pourrions craindre non seulement pour le libéralisme économique, mais encore pour le libéralisme politique.

§2. – Retour sur la confusion entre pouvoir d'être le garde-fou de la concurrence et pouvoir de réguler un secteur stratégique

48. On ne prête certes pas à la Commission européenne de pareilles intentions destructrices, ce serait lui faire injure que de la désigner comme un organe par nature hostile aux libertés et aux droits subjectifs des personnes, dont la protection est plus que jamais requise, notamment parce que les crises économiques redonnent aux États un élan pour exercer leur puissance, qui est d'un autre ordre que celui des droits²⁹, en affirmant que l'ordre doit être restauré, maintenu, construit, avant toute chose et à tout prix.

49. Mais comme il a été souligné en début d'ouvrage³⁰, en s'attaquant aux droits subjectifs eux-mêmes, et les plus fondamentaux que sont la propriété et le droit au juge, l'autorité de concurrence justifie cette offensive par les besoins des malades et des deniers publics d'obtenir des médicaments les plus performants, au moindre coût et de la façon la plus accessible possible. En ce qui concerne la performance, la Commission européenne n'est pas juridiquement très à l'aise car il faudrait, du point de vue du fait, qu'elle démontre que le niveau de recherche et la qualité de son résultat auraient été plus élevés si les laboratoires avaient été de « meilleure volonté », et qu'elle affirme, du point de vue du droit, qu'il existe une obligation à la recherche.

50. Sur ce dernier point, une telle position n'est pas possible, sans abandonner définitivement le modèle de l'économie libérale sur lequel s'est construite l'Europe, car un agent économique est libre d'investir ou non dans la recherche, l'échec de celle-ci se faisant avant tout à son détriment.

51. De la même façon, pour soutenir qu'il y a un droit à la licence, notamment lorsque les brevets ne sont pas utilisés, écho des notions de licence légale, qui sont des modes de régulation de marché et non pas de simple application du droit de la concurrence³¹.

28. Sur le rapport entre le droit d'action et l'effectivité des droits et du droit, et alors même que le droit de la concurrence est soucieux, plus que toute autre branche du droit, de l'effectivité de ces prescriptions, v. D. d'AMBRA F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, coll. « Droit et Justice », Bruylant, 2003.

29. V. *supra* n° 34.

30. V. dans cet ouvrage, Protection de la santé publique, maîtrise des dépenses de santé et droit général de la concurrence et régulation sectorielle, p. 1-14.

31. Sur la démonstration générale, v. A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, 2008.

52. Si le reproche affleure souvent à la surface du rapport, cela tient au fait que la Commission, alors que l'enquête a pour source d'aller plus loin à partir de soupçons de comportements anticoncurrentiels auxquels il convient de donner corps, exprime en réalité une sorte de programme de politique publique de la recherche en matière de médicaments, fixant des objectifs comme si nous étions en matière de recherche publique, comme si la Direction Concurrence de la Commission était l'organe d'un État européen, qui n'existe pas.

53. De la même façon, cette affirmation de ce qui serait une obligation de concéder des licences, ou d'une façon plus générale, d'ouvrir les marchés, semble être un écho de la théorie des facilités essentielles en droit de la concurrence. Cette théorie est solide lorsqu'elle concerne des monopoles naturels au sens économique du terme, c'est-à-dire les organisations économiques établies une première fois et qu'aucun agent économique rationnel ne viendra reproduire une seconde fois, parce que la concurrence qui en résulterait lui serait mécaniquement défavorable³². Mais précisément, le monopole du médicament vient du brevet et non pas d'un effet d'infrastructure empêchant les autres laboratoires de chercher une autre molécule ou un mode de substitution à proposer. C'est le propre de la création intellectuelle de ne jamais occuper l'espace au point d'entraver l'invention par d'autres de produits par le seul fait de cette occupation, contrairement au postulat de la facilité essentielle.

54. Il est par ailleurs exact que l'exercice par les personnes des droits subjectifs n'a jamais créé des marchés, leur usage se contentant de faire fonctionner ces espaces de libertés, pas plus que les droits subjectifs, fussent-ils additionnés et multipliés, n'ont construit des institutions et des États. En posant que le seul usage stratégique des droits, essentiellement de propriété intellectuelle ou processuel, pourrait être prohibé, la Commission cherche à façonner le marché, ici à l'ouvrir de force par la destruction *de plano* des droits, pour faire place à un marché construit par ses soins, avec une répartition des parts des marchés entre génériques et princeps qu'elle aurait elle-même dessinée. Au-delà de la contradiction dans les termes et l'allègement probatoire visé, l'ossature d'un État européen lui manque pour rendre sa démarche légitime.

32. La théorie des facilités essentielles est d'ailleurs un point de jonction entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation. V. sur ce point précis, L. BOY, *Réflexions sur le « droit de la régulation »* (À propos du texte de M.-A. Frison-Roche), *D.* 2001 ; V. d'une façon plus générale, G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 124, LGDJ, 2009. Le médicament n'est pas mentionné dans la table des matières.