

*USAGE STRATEGIQUE DES DROITS ET SANCTION POUR ABUS DES DROITS
APPROCHE GENERALE*

IN

JOURNEES DROIT DE LA SANTE ET DU MEDICAMENT 2009/2010

28 & 29 janvier 2010

Salons du Pré-Catelan - Paris

Marie-Anne Frison-Roche

Marie-Anne Frison-Roche Conseil

96, rue Saint-Dominique 75007 Paris

Phone : +33(0)1 53 59 98 31 – Fax : +33(0)1 53 59 93 24 - www.mafr.fr - mafr@mafr.fr

PLAN :

- Le raisonnement de la Commission européenne, dans son rapport sur le secteur du médicament du 8 juillet 2009 ;
- Retour sur les règles de base pour sanctionner les abus des droits et les exigences probatoires ;
- Contradiction des règles de base avec le rapport sectoriel et insertion comme quoi l'usage stratégique des droits est présumé abusif;
- Qu'est-ce qu'une action stratégique, dans laquelle s'insère l'utilisation de droits subjectifs ? ;
- Conclusions
 - de constat : la Commission va au-delà du droit de la concurrence, en exigeant que les droits subjectifs des agents servent positivement l'innovation et l'ouverture du marché.
 - de méthode : la Commission européenne se comporte comme une autorité de régulation et non pas comme une autorité de concurrence.

LE RAISONNEMENT DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

- ✓ Les laboratoires pharmaceutiques accumulent des droits de propriétés intellectuelles pour conforter leur position (brevet défensif) ou pour les étendre (grappe de brevets) ou utilisent leur droit de compromettre (transaction dans un procès sur des brevets entre laboratoires de princeps et laboratoires de génériques), sans que cela produise ni du bienfait pour le consommateur ni de l'innovation, ni de l'ouverture du marché à de nouveaux concurrents.
- ✓ Nouvelle notion de Tooles box.
- ✓ La Commission prend garde d'affirmer que, en elle-même, la défense de ses droits n'est pas abusive, comme le droit d'agir en justice ou de transiger n'est pas abusif.
- ✓ Mais par le seul effet de masse (grappe de brevets) ou du fait de l'inutilisation des droits (non-utilisation des brevets, non donnés en licence), le droit deviendrait, par ce fait, abusif car son usage serait uniquement un usage « stratégique ».
- ✓ Donc, notion nouvelle et centrale d' « usage stratégique des droits » qui présume un usage abusif des droits.
- ✓ Renversement corrélatif des charges de preuve.

LE RETOUR SUR LES RÈGLES DE BASE

- ✓ Classiquement, la titularité d'un droit permet de contrarier les intérêts d'autrui (par exemple les concurrents) et le titulaire d'un droit peut l'utiliser d'une façon égoïste : usage ou non-usage/finalité diverse.
- ✓ Exception : depuis l'arrêt Clément Bayard de 1915, si la raison pour laquelle le titulaire utilise son droit est seulement et uniquement le dommage causé à autrui, alors l'abus est constitué.
- ✓ Si nous sommes en droit de la concurrence, il y a abus, s'il y a obtention d'un avantage que le fonctionnement concurrentiel du marché n'aurait pas permis à l'agent d'obtenir, la titularité d'un droit pouvant justifier l'avantage.
- ✓ Exigence probatoire : l'autorité de poursuite doit non seulement montrer la titularité de multiples droits, mais encore démontrer l'usage abusif de cette titularité dans cette accumulation, mais aussi démontrer que cette multiplicité est abusive ou que l'usage du droit de saisir un juge est abusif ou de transiger est abusif etc.

LE RETOUR SUR LES RÈGLES DE BASE

- ✓ Or, le rapport de la Commission, tout en affirmant que ces droits sont légitimes en soit, pose que leurs usages, qui seront certes appréciés au cas par cas, seront mis « sous surveillance » (comportement de régulateur).
- ✓ CONCLUSION : Contradiction des règles de bases avec le rapporte sectoriel et insertion dans le rapport comme quoi l'usage stratégique des droits est considéré comme abusif.

QU'EST-CE QU'UNE ACTION STRATÉGIQUE, DANS LAQUELLE S'INSÈRE L'UTILISATION DE DROITS SUBJECTIFS?

- ✓ Une action stratégique se définit comme la démarche d'un agent qui s'articule autour de sa finalité et qui organise des moyens pour l'atteindre.
- ✓ sur un marché, par définition, l'action des agents est stratégique : le vendeur veut vendre au plus haut prix, l'acheteur acheter au plus bas prix. Le vendeur veut avoir le plus de clients possibles (en innovant), l'acheteur fait s'affronter les vendeurs (en faisant jouer la concurrence).
- ✓ Ainsi, par définition, sur un marché, les agents utilisent leurs droits subjectifs de contracter ou de ne pas contracter, d'agir ou de ne pas agir, d'innover ou de ne pas innover, etc., pour satisfaire leur propre intérêt.
- ✓ Si la Commission européenne voit différemment, c'est qu'elle se place sur un autre terrain que la perspective libérale du marché concurrentiel, alors même que son enquête s'appuie sur les textes visant des hypothèses de comportements anticoncurrentiels. Elle pose ouvertement qu'elle vise à astreindre les agents économiques à produire de l'innovation et elle s'auto-désigne comme l'organe ouvrant le marché aux nouveaux entrants (génériques)

QU'EST-CE QU'UNE ACTION STRATÉGIQUE, DANS LAQUELLE S'INSÈRE L'UTILISATION DE DROITS SUBJECTIFS?

✓ Par cela, elle a changé la définition de l'abus de droit, pour passer de la définition classique, même la définition objective, dès l'instant qu'elle demeure libérale, du droit de la concurrence (intérêt égoïste des agents, dont l'addition produit l'intérêt général), pour aller vers une conception proche de celle de Josserand, pour lequel les droits de propriété devaient de force servir la collectivité.

CONCLUSIONS

- ✓ Conclusion de constat : la Commission va au-delà du droit de la concurrence, en exigeant que les droits subjectifs des agents servent positivement l'innovation et l'ouverture du marché.
- ✓ Conclusion de méthode : la Commission européenne se comporte comme une autorité de régulation et non pas comme une autorité de concurrence