

Fiche officielle de l'affaire

[Ouvrir l'affaire n° A40-142261/2012 dans KAD ↗](#)

Si KAD est temporairement indisponible, utilisez les archives GOYA.

Service fédéral antimonopole de Russie

Décision dans l'affaire n° 1-11/202-11

Moscou

Dispositif prononcé le **16 mai 2012**.

Décision intégrale établie le **25 mai 2012**.

Référence monétaire pour la présente traduction. Les seuls montants juridiquement opposables sont ceux exprimés en roubles russes. Au taux officiel applicable le 25 mai 2012, **671 270 983,68 RUB représentaient environ 16 879 634,27 EUR** et **670 828 519,68 RUB environ 16 868 508,17 EUR**. Ces équivalents servent uniquement à restituer l'ordre de grandeur historique.

La Commission du Service fédéral antimonopole chargée d'examiner les affaires de violation de la législation antimonopole, composée de : **[noms masqués dans la copie publiée]** (ci-après la « Commission du FAS de Russie »),

après examen de l'affaire n° 1-11/202-11 relative à des indices de violation, par la société anonyme fermée ROSTA (1, avenue Lénine, Podolsk, 142100) et la société anonyme ouverte Pharmstandard (5B, passage Likhachevski, Dolgoprudny, région de Moscou, 147701), de l'article 11, paragraphe 1, point 2, de la loi fédérale n° 135-FZ du 26 juillet 2006 « Sur la protection de la concurrence » (ci-après la « Loi sur la concurrence »), et par le ministère de la Santé et du Développement social de la Fédération de Russie (21, rue Ilinka, Moscou, 103132), de l'article 15, paragraphe 1, point 6, de la même loi,

A CONSTATÉ CE QUI SUIVRAIT

Par arrêté n° 145 du FAS de Russie du 2 mars 2011, l'affaire n° 1-11/45-11 a été ouverte en raison d'indices selon lesquels la société anonyme fermée ZV PROTEK et la société anonyme fermée ROSTA auraient violé l'article 11, paragraphe 1, point 2, de la Loi sur la concurrence.

L'ouverture de cette affaire faisait suite à une instruction du Parquet général de la Fédération de Russie (entrée n° 046762 DSP du 29 septembre 2010), transmise au FAS après un contrôle du ministère de la Santé et du Développement social portant sur le respect du droit russe lors des enchères de 2008 et 2009 destinées à l'achat de médicaments pour les besoins de l'État.

Parallèlement, le 4 février 2011, le Comité d'enquête auprès du ministère de l'Intérieur de la Fédération de Russie a ouvert l'affaire pénale n° 678509 au titre d'indices d'une infraction prévue à l'article 178, paragraphe 2, point c, du Code pénal. Cette affaire concernait une restriction de concurrence lors des enchères ministérielles n° 081010/001550/45 du 10 octobre 2008, n° 090316/001550/93 du 16 mars 2009, n° 090428/001550/106 du 28 avril 2009, n° 091009/001550/284 du 5 novembre 2009 et n° 091127/001550/312 du 25 décembre 2009, relatives à la fourniture de médicaments pour les besoins de l'État, restriction qui aurait causé à l'État un dommage particulièrement important.

Par ordonnance n° AC/28039 du 19 juillet 2011, OAO Pharmstandard et OOO Optimal Health ont ensuite été appelées dans la procédure n° 1-11/45-11 en qualité de défenderesses.

Par ordonnance n° AC/40400 du 27 octobre 2011, en application de l'article 47.1, paragraphes 1 et 2, de la Loi sur la concurrence et afin de permettre un examen aussi complet, approfondi et objectif que possible, l'affaire concernant ROSTA et Pharmstandard a été disjointe. Les indices portaient sur une violation de l'article 11, paragraphe 1, point 2, par une entente ayant entraîné ou susceptible d'entraîner le maintien du prix du lot n° 16 de l'enchère ouverte n° 091127/001550/312. Cette procédure portait sur des contrats publics de fourniture de médicaments destinés aux personnes atteintes de tumeurs malignes des tissus lymphoïdes, hématopoïétiques et apparentés, d'hémophilie, de mucoviscidose, de nanisme hypophysaire, de la maladie de Gaucher et de sclérose en plaques, ainsi qu'aux patients ayant subi une greffe d'organe ou de tissu. L'achat centralisé couvrait la période de mars à décembre 2010 pour des établissements fédéraux relevant de l'Agence fédérale médico-biologique et pour des organismes désignés par les autorités exécutives régionales. L'enchère avait été organisée le 25 décembre 2009 par le ministère (ci-après « l'Enchère n° 312 »).

La disjonction reposait notamment sur les documents obtenus par le FAS lors d'un contrôle programmé sur place de Pharmstandard, effectué sur le fondement de l'arrêté n° 327 du 4 mai 2011, ainsi que sur le dossier de l'Enchère n° 312.

L'affaire disjointe a reçu le numéro 1-11/202-11.

Par ordonnance n° AC/41703 du 10 novembre 2011, le ministère de la Santé et du Développement social de la Fédération de Russie (ci-après le « ministère ») a été appelé à la procédure en qualité de défendeur au titre d'indices d'une violation de l'article 15, paragraphe 1, point 6, de la Loi sur la concurrence.

Selon le dossier d'enchère et les pièces de l'affaire n° 1-11/202-11, la procédure relative au lot n° 16 s'est déroulée comme suit.

Le 27 novembre 2009, le ministère a publié sur www.zakupki.gov.ru les informations relatives à l'enchère n° 091127/001550/312. Le lot n° 16 concernait l'achat de 80 448 boîtes de dornase alfa, solution pour inhalation 2,5 mg/2,5 ml n° 6 (ci-après le « Médicament »), au prix initial maximal de **671 270 983,68 RUB, soit environ 16 879 634,27 EUR au taux du 25 mai 2012.**

La livraison devait être effectuée en deux étapes :

1. première étape : 40 % de la quantité totale, soit 32 180 boîtes, entre la conclusion du contrat public et le 15 février 2010 ;
2. seconde étape : 60 % de la quantité totale, soit 48 268 boîtes, entre le 16 février et le 1er juillet 2010.

L'enchère était fixée au 25 décembre 2009. Les candidatures pouvaient être déposées du 27 novembre au 18 décembre 2009.

Selon le procès-verbal d'examen des candidatures du 23 décembre 2009, Pharmstandard et ROSTA avaient déposé leurs candidatures pour le lot n° 16 le 18 décembre 2009. Les deux entreprises ont été admises à participer.

ROSTA ne s'est pas présentée à l'enchère du 25 décembre 2009. En conséquence, en vertu de l'article 37, paragraphes 12 et 13, de la loi fédérale n° 94-FZ du 21 juillet 2005 « Sur la passation des commandes de fournitures, travaux et services pour les besoins de l'État et des collectivités », l'enchère a été déclarée infructueuse et Pharmstandard a obtenu le droit de conclure le contrat au prix initial maximal de **671 270 983,68 RUB, soit environ 16 879 634,27 EUR**.

Le 13 janvier 2010, le ministère a conclu avec Pharmstandard le contrat public n° K-25-Ts/2-5 portant sur 80 448 boîtes de dornase alfa, solution pour inhalation 2,5 mg/2,5 ml n° 6, fabriquée par F. Hoffmann-La Roche Ltd., Suisse, sous la marque Pulmozyme.

La Commission a examiné le dossier, y compris les documents transmis par le Département d'enquête du ministère de l'Intérieur les 6 avril 2012 (entrée n° 19941-DSP) et 2 mai 2012 (entrée n° 25256 DSP), entendu les arguments, objections et explications des parties, et établi les faits suivants.

Le 17 septembre 2009, dans le cadre du contrat n° 70 du 31 mars 2008 conclu avec ADOC TRADING (CYPRUS) LTD., Chypre, pour des médicaments fabriqués par F. Hoffmann-La Roche Ltd., Suisse, dont Pulmozyme, ROSTA a signé des spécifications générales. La spécification générale n° 4 portait sur 10 233 boîtes de Pulmozyme et la spécification générale n° 5 sur 93 820 boîtes.

Les pièces montrent que ces spécifications, couvrant au total 104 053 boîtes, avaient été conclues en raison des achats prévus par le ministère dans le cadre des enchères ouvertes n° 091009/001550/284, nécessitant 18 967 boîtes, et n° 091127/001550/312, nécessitant 80 448 boîtes.

Il en résulte que, dès le 17 septembre 2009, deux mois et demi avant l'annonce officielle du 27 novembre, ROSTA avait convenu avec ADOC TRADING d'acquérir la quantité de Pulmozyme nécessaire, notamment, à l'exécution de l'Enchère n° 312.

Or les informations officielles sur cette enchère, y compris les volumes à acheter, n'ont été publiées que le 27 novembre 2009.

Le 1er octobre 2009, ROSTA et Pharmstandard ont conclu le contrat de vente n° 129-P.

Le 1er novembre 2009, elles ont signé la spécification générale n° 2, aux termes de laquelle ROSTA devait fournir à Pharmstandard 32 180 boîtes de Pulmozyme avant le 4 février 2010. Le 19 avril 2010, elles ont signé la spécification générale n° 3 portant sur 48 268 boîtes supplémentaires à fournir avant le 15 mai 2010.

Sur le fondement de ces deux spécifications, Pharmstandard a donc acheté à ROSTA exactement 80 448 boîtes de Pulmozyme, c'est-à-dire la quantité ultérieurement nécessaire à l'exécution du contrat public relatif au lot n° 16, et exactement dans les proportions prévues : 32 180 boîtes, soit 40 %, pour la première étape, et 48 268 boîtes, soit 60 %, pour la seconde.

La livraison effective en exécution des spécifications n° 2 et n° 3 est également confirmée par les documents du Département d'enquête du ministère de l'Intérieur transmis les 6 avril et 2 mai 2012.

La spécification générale n° 2 portant sur 32 180 boîtes avait été signée vingt-sept jours avant la publication officielle, donc vingt-sept jours avant que les soumissionnaires potentiels puissent légalement connaître la quantité à acheter.

La signature de ces spécifications démontre qu'au plus tard le 1er novembre 2009 ROSTA et Pharmstandard disposaient déjà d'informations sur le lot n° 16 : médicament concerné, quantité, conditions de livraison et autres exigences de la procédure.

En réponse à une demande du FAS, Pharmstandard (entrée n° 2847 du 18 janvier 2012) a confirmé l'existence du contrat n° 129-P du 1er octobre 2009. Elle a toutefois affirmé qu'au moment de l'enchère elle ne disposait pas du médicament, qu'aucune spécification correspondant au volume du lot n'avait été signée et qu'aucun paiement ni aucune livraison n'avait eu lieu.

Ces affirmations sont contredites par les pièces du dossier.

En réponse à une demande du FAS (entrée n° 53750 du 15 septembre 2011), ROSTA a confirmé avoir décidé de ne pas enchérir sur le lot n° 16 et de vendre son stock en un lot de gros à Pharmstandard parce que celle-ci avait « proposé un acompte de 20 % ». ROSTA a soutenu que cela s'était produit « après confirmation de la conformité de la candidature de Pharmstandard aux exigences du dossier d'enchère ».

Ces affirmations sont également contredites par les pièces.

Pour expliquer pourquoi elle avait acheté et importé en Russie un médicament d'une valeur d'environ **670 millions de RUB, soit près de 16,85 millions d'EUR**, puis l'avait vendu à un concurrent au lieu d'enchérir elle-même, ROSTA a indiqué qu'elle souhaitait récupérer aussi rapidement que possible au moins une partie de ses frais d'importation et qu'elle avait vendu Pulmozyme « à des conditions de paiement plus favorables que celles du contrat public ».

ROSTA n'a pas précisé en quoi consistaient ces conditions plus favorables.

Le 18 décembre 2009, Pharmstandard et ROSTA ont déposé le même jour leurs candidatures et ont ensuite été admises à participer au lot n° 16.

Il convient de souligner qu'une fois admises à la même procédure, elles étaient des concurrentes directes.

Selon l'article 4, point 7, de la Loi sur la concurrence, la concurrence est la rivalité entre entreprises dont les actions indépendantes excluent ou limitent la capacité de chacune d'influencer unilatéralement les conditions générales de circulation des marchandises sur le marché concerné.

Sont donc concurrentes les entreprises qui déterminent indépendamment leur comportement et rivalisent en offrant à l'acheteur les conditions les plus avantageuses.

ROSTA a expliqué sa candidature comme suit (entrée n° 53750 du 15 septembre 2011) : « Puisque la commande de fourniture avait déjà été passée, et afin d'éviter l'annulation de l'enchère en raison de l'absence ou de l'exclusion de participants et l'interruption des livraisons publiques, ROSTA a déposé une candidature pour le lot n° 16. »

ROSTA ne s'est pas présentée le 25 décembre 2009. L'enchère a été déclarée infructueuse et le contrat portant sur 80 448 boîtes a été conclu avec Pharmstandard au prix initial maximal de **671 270 983,68 RUB, soit environ 16 879 634,27 EUR**.

Ainsi, ROSTA disposait d'un contrat avec ADOC TRADING pour le médicament destiné au lot n° 16, en avait organisé l'importation dans la quantité nécessaire, mais n'a pas participé à la concurrence par les prix. Elle a vendu le médicament à Pharmstandard à la veille de l'enchère. Pharmstandard l'a acheté et a « remporté » le lot au prix initial maximal de **671 270 983,68 RUB, soit environ 16 879 634,27 EUR**, parce que ROSTA, bien qu'ayant déposé une candidature et ayant été admise, ne s'est pas présentée.

La Commission a conclu que la signature des documents de vente du médicament faisant l'objet du lot et le dépôt simultané de candidatures, sans intention réelle de participer de façon concurrentielle, résultaient d'une entente restrictive entre ROSTA et Pharmstandard visant à maintenir le prix et à obtenir le bénéfice maximal (ci-après « l'Entente »).

Selon la Commission, cette Entente avait été conclue avant le 25 décembre 2009 et avait ensuite été mise en œuvre pendant l'Enchère n° 312.

L'article 4, point 18, définit l'accord comme une entente écrite figurant dans un ou plusieurs documents ou comme une entente orale.

La Loi sur la concurrence fixe des critères spécifiques pour constater l'expression concordante de la volonté des entreprises, distincts des règles du Code civil.

Selon la décision n° 9966/10 du Présidium de la Cour suprême d'arbitrage du 21 décembre 2010, l'article 11, paragraphe 1, interdit les accords entre entreprises qui entraînent ou peuvent entraîner notamment la fixation ou le maintien de prix, tarifs, remises, suppléments ou marges, ou la répartition d'un marché selon le territoire, le volume des ventes ou des achats, la gamme de produits ou la composition des vendeurs ou acheteurs. Les articles 11, 12 et 13 interdisent les accords susceptibles de produire ces effets. L'autorité n'est pas tenue de prouver leur exécution complète : l'infraction réside déjà dans l'entente susceptible de produire les conséquences prohibées. En vertu de l'article 4, un accord peut être écrit ou oral et son existence ne dépend pas de la conclusion formelle d'un contrat civil selon les articles 154, 160, 432 et 434 du Code civil.

L'existence et la mise en œuvre d'une entente anticoncurrentielle peuvent donc être établies à partir de l'analyse du comportement commercial des parties, selon les principes de raison et de justification.

La résolution n° 30 du Plénum de la Cour suprême d'arbitrage du 30 juin 2008 précise que les interdictions d'accords restrictifs s'appliquent indépendamment de toute position dominante.

L'Entente entre ROSTA et Pharmstandard relève donc de la définition de l'article 4, point 18.

L'article 11, paragraphe 1, point 2, interdit et qualifie de cartel les accords entre entreprises concurrentes opérant sur le même marché lorsqu'ils conduisent au maintien des prix lors d'appels d'offres ou d'enchères.

La mise en œuvre de l'Entente a pris fin le 18 août 2010, lorsque l'acheteur public a effectué le dernier paiement au titre du contrat n° K-25-Ts/2-5 du 13 janvier 2010.

Le comportement établi démontre en outre qu'au plus tard le 1er novembre 2009, soit au moins vingt-sept jours avant l'annonce officielle, ROSTA et Pharmstandard connaissaient déjà le médicament, la quantité, les conditions de livraison et les exigences du dossier d'enchère.

En pratique, seul le ministère, organisateur de l'enchère et rédacteur du dossier, disposait des informations relatives aux médicaments, aux quantités et au calendrier de l'achat.

L'article 15, paragraphe 1, point 6, interdit aux autorités fédérales, régionales et locales, aux autres organismes exerçant leurs fonctions, aux organismes participant à la fourniture de services publics ou municipaux, aux fonds extrabudgétaires publics et à la Banque centrale d'adopter des actes ou d'accomplir des actions ou omissions qui empêchent, limitent ou éliminent la concurrence, ou peuvent produire cet effet, sauf exception prévue par la loi fédérale. Il interdit notamment d'accorder à une entreprise un accès prioritaire à des informations.

Toutefois, le dossier ne contient aucun document prouvant que le ministère avait transmis les informations en cause à ROSTA et/ou Pharmstandard.

La Commission a également établi qu'à la suite de l'Entente ayant maintenu le prix du lot n° 16, ROSTA avait perçu **670 828 519,68 RUB, soit environ 16 868 508,17 EUR**, et Pharmstandard **671 270 983,68 RUB, soit environ 16 879 634,27 EUR**. Ces éléments constituaient un indice d'infraction au sens de l'article 178 du Code pénal.

Sur le fondement des articles 23, 39, paragraphe 1, 41, paragraphes 1 à 4, 48 et 49, paragraphe 1, de la loi fédérale n° 135-FZ,

LA COMMISSION A DÉCIDÉ

1. De mettre fin à l'examen de l'affaire n° 1-11/202-11 à l'égard du ministère concernant l'allégation de violation de l'article 15, paragraphe 1, point 6, conformément à l'article 48, paragraphe 1, point 2.
2. De reconnaître que ROSTA et Pharmstandard ont violé l'article 11, paragraphe 1, point 2, en concluant et mettant en œuvre une entente ayant maintenu le prix du lot n° 16 de l'enchère n° 091127/001550/312.
3. De ne pas prononcer d'injonction de cessation à l'encontre de ROSTA et Pharmstandard, le contrat public ayant déjà été exécuté.
4. D'informer le Département d'enquête du ministère de l'Intérieur de la décision rendue dans l'affaire n° 1-11/202-11.

Statut de la traduction : traduction française intégrale non officielle, établie pour la commodité du lecteur. Seule la décision russe fait foi. Les formes sociales sont rendues selon leur statut à la date de l'acte.