



Division II
B-2597/2017

U r e s t a t i o n d u . 1 9 J a n u a r 2 0 2 2

Occupation

Juge Vera Marantelli (présidence),
Le juge David Aschmann, le juge Martin Kayser,
la greffière Corine Knupp.

Parties/

1. Vifor Pharma SA (anciennement Galenica SA),
2. HCI Solutions AG,
tous deux représentés par Mes Daniel
Emch et Stefanie Schuler, avocats,
Kellerhals Carrard Bern KIG,
Effingerstrasse 1, case postale 6916, 3001
Berne, requérantes,

contre

Commission de la concurrence COMCO,
Instance précédente.

Objet

Décision de sanction de la Commission de la
concurrence
du 19 décembre 2016 dans l'enquête 32-0249 :
Commercialisation des informations électroniques sur
les médicaments.

| | |
|---|-----------|
| A. Objet | 5 |
| B. Plaignantes | 5 |
| C. Informations sur les médicaments | 7 |
| D. Bases de données | 15 |
| E. Rédaction du contrat et déroulement des événements | 18 |
| E.a concernant | les |
| titulaires d'autorisation | 18 |
| E.b concernant | les |
| éditeurs de logiciels | 23 |
| F. Décision de la COMCO du 7 juillet 2008 concernant la publication d'informations sur les médicaments | 25 |
| G. Procédure | en |
| première instance 26 | |
| G.a Étude préliminaire..... | 26 |
| G.b Enquête27 | |
| G.c Demande de décision | 30 |
| G.d Disposition | 33 |
| H. Procédure devant le Tribunal administratif fédéral | 37 |
| H.a Plainte37 | |
| H.b Consultation42 | |
| H.c Réplique et duplication..... | 46 |
| H.d Autres étapes de la procédure | 49 |
| 1. Conditions de procédure | 51 |
| 2. Champ d'application de la loi sur les cartels | 53 |
| 2.1 Champ d'application personnel | 53 |
| 2.2 Champ d'application matériel de la | loi |
| sur les cartels | 56 |
| 2.3 Champ d'application territorial | 60 |
| 2.4 Champ d'application temporel | 60 |
| 3. Destinataires légitimes de la décision | 60 |
| 4. Légalité de la procédure | en |

| | |
|--|-----|
| première instance | 68 |
| 5. Niveau de preuve requis | 72 |
| 6. Demandes de preuves | 74 |
| 7. Autres demandes des plaignantes | 77 |
| 8. Marché pertinent | 80 |
| 8.1 Marché de produits en cause | 80 |
| 8.1.1 Contrepartie du marché | 82 |
| 8.1.2 Marché de produits en cause concernant la contrepartie du marché des prestataires de soins, des distributeurs, des organismes payeurs et des éditeurs de logiciels | 84 |
| 8.1.3 Marché de produits en cause concernant la contrepartie des titulaires d'autorisations de mise sur le marché | 85 |
| 8.2 Marché géographique en cause | 86 |
| 8.3 Marché en cause dans le temps | 89 |
| 8.4 Résultat intermédiaire | 89 |
| 9. Position sur le marché | 89 |
| 9.1 Principes de base | 89 |
| 9.2 Marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments | 91 |
| 9.2.1 Concurrence actuelle dans la période concernée | 91 |
| 9.2.2 Concurrence potentielle | 97 |
| 9.3 Marché de l'enregistrement et de la réception des données électroniques relatives aux informations sur les médicaments | 112 |
| 9.3.1 Concurrence actuelle dans la période concernée | 112 |
| 9.3.2 Concurrence potentielle | 113 |
| 9.3.3 Position de la partie adverse | 114 |
| 9.4 Marché bilatéral | 117 |
| 10. Constatation isolée de la position dominante sur le marché | 118 |
| 11. Comportements | |

inadmissibles124

| | |
|---|-----|
| 12. Limitation de la production, des ventes ou du développement technique au sens de l'art. 7, al. e,2 LCart | 126 |
| 12.1 Situation de fait..... | 126 |
| 12.2 Principes de base..... | 128 |
| 12.3 Position dominante sur le marché..... | 129 |
| 12.4 Limitation du paragraphe..... | 129 |
| 12.5 Raréfaction artificielle..... | 142 |
| 12.6 Justifications objectives..... | 149 |
| 12.7 Conclusion..... | 156 |
| 13. Couplage de prestations au sens de l'art. 7 al. let2. f LCart | 156 |
| 13.1 Situation de fait..... | 156 |
| 13.2 Principes de base..... | 157 |
| 13.3 Position dominante sur le marché..... | 159 |
| 13.4 Partenaire contractuel..... | 159 |
| 13.5 Présence de produits séparés | 160 |
| 13.6 Lien entre le produit principal et le produit complémentaire | 168 |
| 13.7 Effet de restriction de la concurrence..... | 171 |
| 13.8 Justifications objectives..... | 178 |
| 13.9 Conclusion..... | 185 |
| 14. Mesures | 185 |
| 15. Sanction | 187 |
| 15.1 Reprochabilité..... | 187 |
| 15.2 Calcul de la sanction..... | 193 |
| 15.2.1 Généralités..... | 193 |
| 15.2.3 Montant de base..... | 194 |
| 15.2.4 Prise en compte de la nature et de la gravité de l'infraction . | 204 |
| 15.2.5 Prise en compte de la durée de l' infraction | 210 |
| 15.2.6 Circonstances aggravantes..... | 212 |
| 15.2.7 Circonstances atténuantes..... | 218 |

| | |
|--|------------|
| 15.2.8 Sanction maximale | 224 |
| 15.2.9 Montant concret de la sanction | 225 |
| 16. Résultat..... | 226 |
| 17. Frais et indemnisation..... | 227 |
| 17.1 Frais de procédure devant l'..... instance inférieure | 227 |
| 17.2 Coûts et indemnisation devant le Tribunal administratif fédéral | 229 |

Les faits :

A. Objet

Le présent arrêt a pour objet la décision rendue par la Commission de la concurrence (COMCO) le 19 décembre 2016 dans la procédure no 32-0249, Commercialisation d'informations électroniques sur les médicaments (ci-après : décision attaquée). Selon cette décision, l'ancienne Galenica SA (ci-après : Galenica) disposait, par le biais de sa filiale HCI Solutions SA (ci-après : HCI), d'une position dominante sur le marché des données valorisées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments ainsi que sur le marché de l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments en Suisse. Dans cette position, elle a réalisé des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) ; d'une part, (i) en limitant les ventes des concurrents par une obligation d'achat exclusif des maisons de logiciels ainsi que par une interdiction d'utiliser les structures des logiciels à d'autres fins et, d'autre part, (ii) en imposant aux titulaires d'autorisations l'achat de prestations supplémentaires par le couplage contractuel de prestations de services. Les deux entreprises ont été sanctionnées à hauteur de 4'546'123 francs.

Les explications suivantes concernant les plaignantes, les informations sur les médicaments, les banques de données ainsi que la conception du contrat et le déroulement des événements ont pour but de donner une vue d'ensemble de l'objet de la procédure. Les détails spécifiques sont traités dans le cadre des considérants.

B. Plaignantes

B.a Vifor Pharma SA

B.a.a Jusqu'au début de l'année 2017, Galenica était la société mère d'un groupe suisse d'entreprises pharmaceutiques et logistiques opérant à l'échelle internationale. Les sociétés du Groupe Galenica étaient réparties en deux unités principales : "Vifor Pharma" et "Galenica Santé". Les sociétés rattachées à l'unité commerciale "Vifor Pharma" développaient, produisaient et commercialisaient des produits pharmaceutiques dans le monde entier. L'unité d'entreprise "Galenica Santé" se subdivisait en trois domaines d'activités : "Products & Brands", "Retail" et "Services". Les deux premiers domaines ont commercialisé

produits de santé, de beauté et de bien-être et gère des pharmacies. Le domaine d'activité "Services" comprenait la fourniture de services logistiques de gros et de pré-holding ainsi que le développement et l'exploitation de bases de données et de solutions logicielles.

B.a.b Entre-temps, les unités d'affaires "Vifor Pharma" et "Galenica Santé" ont été transformées en deux sociétés autonomes cotées en bourse. En février 2013., Galenica Santé SA (ci-après : Galenica Santé) a été fondée par le biais d'un apport en nature et d'une reprise de biens. Depuis le

7 avril 2017, Galenica Santé agit en tant qu'entreprise autonome et est cotée à la Bourse suisse. Lors de l'Assemblée générale de Galenica du 11 mai 2017, il a été décidé de changer la raison sociale de Galenica en Vifor Pharma SA (ci-après : Vifor). Depuis le 12 mai 2017, Galenica Santé opère à nouveau sous le nom de Galenica SA.

B.b HCI Solutions AG

B.b.a Jusqu'au début de l'année 2016, HCI était la société de gestion de Documed SA (ci-après : Documed) et d'e-mediat SA (ci-après : e-mediat). Elle s'occupait du développement, de la commercialisation et de l'exploitation de logiciels orientés réseau pour les partenaires du secteur de la santé, de la commercialisation d'informations pour le secteur de la santé en Suisse et à l'étranger ainsi que des prestations de service correspondantes.

B.b.b Par contrat de fusion du 8 février 2016, les sociétés Documed et e-mediat (cf. E. B.c ci-dessous) ont été fusionnées dans HCI au 1er janvier 2016, de sorte que HCI a repris leurs activités.

B.b.c Jusqu'au début 2017, HCI était une filiale à 100% de l'ancienne Galenica. Elle était rattachée à l'unité opérationnelle "Galenica Santé", elle-même rattachée au Domaine d'activités "Services". Dans le cadre des restructurations mentionnées de l'ancien groupe Galenica (cf. ci-dessus), HCI a été intégrée dans le groupe de sociétés.

E. B.a), la participation de HCI a été acquise par contrat d'apport en nature du

13 février 2017 à Galenica Santé, qui opère désormais sous le nom de Galenica SA.

B.c Documed SA et e-mediat SA

B.c.a Documed s'occupait de l'exploitation d'une maison d'édition ~~révisée~~ ~~par un~~ qui collectait des informations sur les médicaments autorisés en Suisse, les traitait et les mettait à la disposition de la clientèle sous la forme d'un compendium. Ce compendium a d'abord été disponible sous forme imprimée, puis sous forme électronique. Depuis, 2013 il n'est plus publié que sous forme électronique (voir ci-dessous).

E. D.a).

B.c.b E-mediat s'est occupé du développement, de la maintenance et de la distribution de données de base sur les produits pharmaceutiques. Auparavant, ces collections de données étaient transmises au format "Galdat". Plus tard, e-mediat a développé et entretenu les produits dits INDEX (voir ci-dessous E. D.b.).

C. Informations sur les médicaments

Dans le domaine de la santé, le conseil, la prescription et la remise de médicaments aux patients, le processus de commande ainsi que le décompte avec les caisses-maladie et autres ~~aspects~~ nécessitent de nombreuses informations concernant les médicaments et les acteurs. Par ailleurs, des informations sur d'autres produits sont également essentielles, ~~notamment~~ les moyens et appareils qui servent au traitement ou à l'examen dans le sens d'une surveillance du traitement de la maladie et de ses conséquences, d'autres dispositifs médicaux au sens de l'art. 4 al. b1 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (loi sur les produits thérapeutiques, LPT, RS 812.21) et les produits non pharmaceutiques tels que le matériel de pansement, les fournitures médicales, de cabinet médical et de laboratoire, les aliments thérapeutiques, les produits de cure, les compléments alimentaires, les boissons et les aliments spéciaux, les soins corporels, etc.

C.a Informations sur les médicaments

C.a.a Les informations sur les médicaments comprennent notamment les informations sur les médicaments. Celles-ci peuvent être divisées en informations destinées aux professionnels et en informations destinées aux patients. Les informations professionnelles sont les informations sur un médicament qui s'adressent aux professionnels de la santé. Les informations destinées aux patients sont, quant à elles, les informations

sur un médicament qui s'adressent aux patients et qui sont contenues dans la notice d'emballage d'un médicament. Les informations destinées aux professionnels et

Les informations destinées aux patients contiennent des informations sur les substances actives, la posologie, l'utilisation, les effets secondaires, etc. (cf. annexes 4 et 5 de l'~~ordonnance~~ de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 9 novembre 2001 sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments [Ordonnance sur les autorisations dans le domaine des médicaments, OAMédcopy, RS 812.212.22]).

C.a.b Avant que les médicaments puissent être prescrits et remis aux patients par des professionnels, ils doivent être autorisés par Swissmedic, l'autorité suisse d'autorisation et de surveillance des médicaments et des dispositifs médicaux. Dans le cadre de la procédure d'autorisation, les titulaires de l'autorisation doivent soumettre à Swissmedic les informations destinées aux professionnels et aux patients en allemand ou en français. Ces informations sont examinées par Swissmedic avant d'être approuvées.

C.a.c Selon l'art. 13 et l'OAMéd14 en relation avec l'art. 16 OAMéd. L'art. 16a de l'ordonnance du 17 octobre 2001 sur les médicaments (OMéd, RS 812.212.21) stipule que les informations destinées aux professionnels et aux patients doivent être mises à la disposition des personnes habilitées à prescrire, remettre ou utiliser des médicaments à usage humain "de manière appropriée". Il ressort des annexes et de l'~~4~~OAMédcopy5 qu'il doit s'agir d'une publication.

C.a.d Selon les instructions de Swissmedic, la publication devait se faire jusqu'en juin 2011 dans un recueil d'informations professionnelles ou d'~~informations~~ destinées aux patients, qui devait être exhaustif. Les informations professionnelles devaient être publiées aussi bien dans un recueil électronique que dans un recueil imprimé. Pour les informations destinées aux patients, une ~~publication~~ dans un recueil électronique était suffisante (Swissmedic-Jour- nal 1/2004, p. 23 s., 2/2004, p. 148 et 3/2008, p. 164). Cela n'était possible qu'avec Documed. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 134 III 166, la protection du Compendium par le droit d'auteur a été niée. La présentation linguistique des textes n'atteignait pas le niveau d'individualité requis. Suite à cet arrêt, la publication électronique a donc été possible dès 2008 par ywesee GmbH (ci-après : ywesee). Jusqu'à présent, 2012seul Documed proposait un ouvrage complet imprimé, à savoir le Compendium.

C.a.e Ces injonctions de Swissmedic ont eu pour effet d'obliger de facto les titulaires d'autorisation à conclure un contrat d'assurance payant.

contrat de publication avec Documed ou ywesee. Le Tribunal administratif fédéral a décidé dans l'ATF 2011/60 que cette obligation, en tant qu'atteinte à la liberté économique (art. 101 de la 27^e Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. En outre, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'une publication par Swiss- medic elle-même était admissible ou évidente (ATF 2011/60 consid. et 4.56.3).

C.a.f Dans son communiqué de juin 27., Swissmedic a 2011 donc renoncé à obliger les titulaires d'autorisation à publier dans un ouvrage complet, mais a recommandé de maintenir provisoirement la publication dans le compendium de Documed ou sur ywesee. En automne 2011, Swissmedic a décidé d'exploiter sa propre base de données électronique complète des informations sur les médicaments et a lancé un appel d'offres OMC pour le mandat correspondant. HCI a obtenu le marché pour la mise en place et l'exploitation de cette nouvelle plateforme de publication, le système d'information sur les médicaments (AIPS) existant de manière équivalente.

C.a.g AIPS est une plate-forme gratuite sur laquelle sont publiées toutes les informations professionnelles et patients sur les médicaments approuvées par les autorités. Les informations sur les médicaments rassemblées sur AIPS peuvent être consultées aussi bien par les professionnels que par le public. Toutes les données peuvent être téléchargées gratuitement au format XML par les fournisseurs de données. Selon Swissmedic, les données sont limitées aux informations requises par les exigences légales de l'OAMédcophy (art. et 13 OAMédcophy 14, annexe et 45). En publiant les informations sur les médicaments sur AIPS, les titulaires d'autorisation remplissent leur obligation légale de publication. La publication sur AIPS est gratuite pour les titulaires d'autorisation. L'AIPS est financé indirectement par les taxes d'autorisation.

C.a.h La publication des informations sur les médicaments se fait donc depuis 1er janvier 2013 sur AIPS. Depuis le 1er janvier 2019, la fondation Refdata est chargée, en lieu et place de Swiss- medic, de la publication des informations destinées aux professionnels et au public concernant les médicaments à usage humain et vétérinaire (art. 67, al. 3, nHMG). Refdata a continué de mandater HCI pour l'exploitation de la plateforme de publication AIPS.

C.a.i La publication de l'information sur les médicaments est importante

pour garantir la sécurité d'utilisation des médicaments. Les professionnels de la santé et les spécialistes ont besoin d'un accès rapide aux informations concernant

les médicaments qu'ils prescrivent ou remettent, ou sur les médicaments déjà pris par leurs patients. Un répertoire complet contenant toutes les informations sur les médicaments autorisés en Suisse est donc d'une grande utilité (cf. ATF 2011/60 consid. 5.2 ; communiqué de presse de Swissmedic de juillet

26.<https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/ar-2011,chiv/praxisaenderung-betreffend-die-publikation-von-arzneimittelinfor.html> [consulté le 07.01.2022]).

C.b Autres informations et listes pertinentes

C.b.a Outre les informations sur les médicaments, il existe de nombreuses autres informations et listes nécessaires au déroulement des processus de distribution, de prescription, de vente et de facturation des médicaments. Il s'agit notamment de la liste des spécialités, publiée par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), qui contient tous les médicaments remboursés par l'assurance maladie obligatoire sur prescription médicale. Pour chaque médicament de la liste, différents identifiants sont saisis, comme la date d'inscription sur la liste, le prix de fabrique convenu avec le fabricant, le prix public, les limitations et la catégorisation selon la liste des composants et des substances de Swissmedic et de l'OFSP. Les prestations informatiques et le support administratif dans le domaine du traitement des données sont assurés par HCI (anciennement e-mediat).

C.b.b Il existe également la liste des moyens et appareils (LiMA), également publiée par l'OFSP. Elle contient des moyens et appareils qui servent au traitement ou à l'examen dans le sens d'une surveillance du traitement d'une maladie et de ses conséquences, qui peuvent être appliqués et/ou utilisés par les assurés eux-mêmes ou éventuellement avec le concours de personnes non professionnelles participant à l'examen ou au traitement et qui sont pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire (art. 20 de l'ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie de septembre 29.[ordonnance sur les 1995prestations de l'assurance des soins, OPAS, RS 832.112.31]).

C.b.c Il existe également la base de données refdatabase (ancienne dénomination swissindex), mise à disposition par la fondation Refdata, qui contient des données de base sur les acteurs du système de santé (adresses, numéros de décompte, etc.) ainsi que sur les articles pharmaceutiques (produits autorisés par Swissmedic).

médicaments et produits immunobiologiques). Le référencement des différents enregistrements s'effectue selon le standard international GS1 : GLN (Global Location Number) pour les partenaires et GTIN (Global Trade Item Number, voir ci-dessous) pour les articles. La base de données, actualisée quotidiennement, est disponible sans frais de licence. L'exploitation de la base de données refdatabase est assurée par HCI (auparavant par e-mediat).

C.b.d Divers codes et numéros d'identification jouent également un rôle important, notamment le pharmacode et le code GTIN. Le pharmacode est un code de référence attribué par HCI (anciennement e-mediat) aux produits pharmaceutiques et non pharmaceutiques, moyennant paiement. Il s'agit d'une clé d'identification numérique à sept chiffres qui permet de référencer clairement les produits sur le marché suisse de la santé. Il sert de code de référence dans les collections de données du HCI et permet aux entreprises de logiciels travaillant avec ces données de définir leurs interfaces. Avant l'introduction ou jusqu'à l'imposition du code GTIN, le pharmacode était essentiel en tant que numéro de référence à tous les niveaux du marché pour la distribution, la prescription, la vente et la facturation de tous les médicaments. Il figurait jusqu'à fin 2014 la liste des spécialités de l'OFSP, où il servait de numéro de référence jusqu'à fin mars. Il a également été utilisé dans la base de données refdatabase au moins jusqu'à fin 2016. Le code GTIN, dont l'ancienne désignation est le code EAN (European Article Number), est une clé d'identification internationale standardisée qui permet de désigner un article de manière univoque. Il est attribué à titre payant par la fondation Refdata. Depuis le 1er avril 2013, il est par exemple utilisé comme numéro de référence dans la liste des spécialités de l'OFSP.

C.c Demandeurs d'informations sur les médicaments

C.c.a Les informations (électroniques) sur les médicaments sont utilisées et demandées en particulier par les fournisseurs de prestations, les entreprises de distribution et les organismes payeurs. Parmi les fournisseurs de prestations, on compte (i) les médecins, (ii) les hôpitaux, (iii) les pharmacies, (iv) les drogueries et (v) les homes. Ils ont besoin d'informations sur les médicaments pour la remise et la prescription de médicaments, pour les tâches de conseil et d'information, pour la gestion des dossiers électroniques des patients, pour la gestion des stocks, etc.

C.c.b A l'exception des hôpitaux, les fournisseurs de prestations ne perçoivent pas de rémunération.

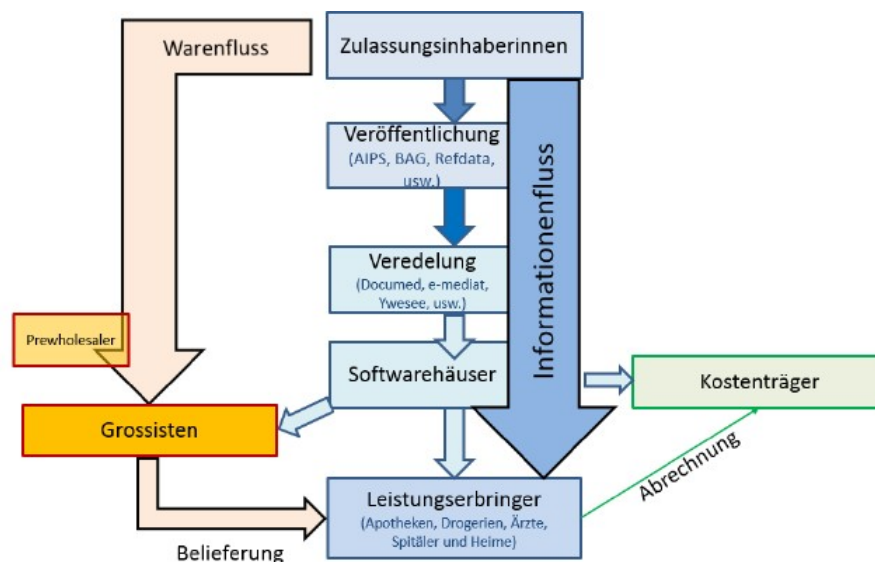
-Les fournisseurs de médicaments achètent en principe les médicaments et éventuellement d'autres produits auprès de grossistes. Les grossistes se chargent de la distribution fine et ont des assortiments individuels, des prix, des codes, etc. qui sont importants dans le contexte des commandes. Les prewholesalers sont des entreprises de logistique pour les produits pharmaceutiques et se chargent des prestations de stockage et de logistique de distribution pour les fabricants de médicaments qui ont externalisé ces tâches. Le transport des produits pharmaceutiques est souvent confié à des entreprises de transport spécialisées. Par ailleurs, les prewholesalers peuvent proposer aux fabricants diverses autres prestations de service, comme par exemple le traitement des commandes, la ~~factur~~ l'encaissement ou la prise en charge du risque de ducroire.

C.c.c Les organismes payeurs sont les assurances-maladie, les assurances-accidents et l'assurance-invalidité. Pour les médicaments pris en charge par les assurances-maladie dans le cadre de l'assurance de base ou de l'assurance complémentaire, le processus de décompte doit être effectué avec les assurances-maladie (cf. art. de la loi fédérale sur l'assurance-maladie de mars [18.1994LAMal, RS 832.10]). Pour les frais de traitement médical suite à un accident (cf. art. 10 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars [1981LAA, RS 832.20]), les assurances-accidents ont besoin d'informations correspondantes pour le décompte des médicaments et l'assurance-invalidité a besoin de ces informations pour le décompte de tels frais suite à une invalidité (art. 4 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin [1959LAI, RS 831.2]).

C.c.d Toutes les activités mentionnées sont en grande partie informatisées et se déroulent principalement et de plus en plus par voie électronique.

C.d Flux d'informations électroniques sur les médicaments

C.d.a L'instance précédente a illustré le flux de données des informations sur les médicaments de la manière suivante :



Quelle: Aufstellung des Sekretariats

C.d.b Les informations sur les médicaments sont publiées sur l'AIPS depuis 2013 en raison de l'obligation réglementaire (*publication* ; voir E. C.a ci-dessus). D'autres informations sur les médicaments, nécessaires pour la distribution, la remise et la facturation des médicaments, sont également publiées (p. ex. liste des spécialités, banque de données Refdata, LiMA ; voir ci-dessus). E. C.b).

C.d.c Les informations sur les médicaments publiées sur AIPS et les autres informations sur les médicaments sont affinées afin de commercialiser ensuite ces données affinées pour l'utilisation par les acheteurs d'ensembles de données structurés. L'*affinage* peut être subdivisé en plusieurs étapes de travail :

- (i) Agrégation : les données provenant de différentes sources primaires (AIPS, liste de spécialités, etc.) sont agrégées et réunies dans une base de données. Les données générées par l'utilisateur peuvent être ajoutées (par ex. images de produits).

- (ii) Structuration : les informations sur les médicaments sont structurées de manière à ce que d'autres fonctions, comme par exemple le contrôle des interactions, puissent être programmées sur la base des données. La structure d'un ensemble de données varie d'une base de données à l'autre. Le nombre de champs de données qui sont structurés dépend du nombre et de la répartition des données.
- (iii) Codage : les champs de données utilisés lors de la structuration sont "traduits" en un code lisible par une machine. Ce codage permet également de vérifier les interactions entre différents produits.

C.d.d Les informations affinées sur les médicaments sont insérées dans des systèmes informatiques de maisons de logiciels (*intégration dans des systèmes logiciels*). Les entreprises de logiciels programment et entretiennent des programmes informatiques adaptés aux besoins des différents acteurs du secteur de la santé. Les différents éditeurs de logiciels proposent différents outils, par exemple des systèmes d'administration de cabinets médicaux pour les médecins, qui peuvent inclure la gestion des débiteurs ou des dossiers électroniques de patients, des gestionnaires de soins pour les homes ou la vente de médicaments et la gestion des stocks pour les pharmacies.

C.d.e La mise à disposition des données peut se faire de différentes manières :

- L'affineur de données vend les données aux éditeurs de logiciels. Les entreprises de logiciels vendent ensuite les logiciels et forment un prix global pour les logiciels et les données.
- L'affineur de données propose lui-même un logiciel et distribue les données en même temps que le logiciel.
- Les données sont proposées séparément du logiciel aux utilisateurs finaux, soit en étant vendues directement par l'affineur de données, soit par les éditeurs de logiciels en tant qu'intermédiaires.

C.d.f Ces informations sur les médicaments, affinées et lisibles par machine, servent aux demandeurs mentionnés au point E. C.c. à remplir leurs tâches de gestion des dossiers des patients, de ~~orde~~ aux patients, de prescription et de vente des médicaments, de gestion des stocks et de commande ainsi que de décompte avec les organismes payeurs (*utilisation par les acheteurs finaux*).

D. Bases de données

D.a Compendium

Le Compendium de HCI (anciennement Documed) est une plateforme d'information sur les médicaments délivrés avec ou sans ordonnance, disponible d'abord sous forme de livre (Compendium), puis sur CD-ROM et actuellement sur www.compendium.ch ainsi que sous forme d'application pour Android et iPhone. Il contient les informations professionnelles et les informations destinées aux patients des médicaments ainsi que, selon les indications des plaignantes, des données pertinentes pour le marché et la prescription et des informations succinctes sur les médicaments rédigées par HCI. Pour le Compendium, les données sont - contrairement à l'AIPS, qui contient les informations sur les médicaments sous forme de texte continu - structurées et codifiées, c'est-à-dire mises à disposition sous forme programmée.

D.b Base de données INDEX

D.b.a Les banques de données INDEX de HCI (anciennement e-mediat) étaient, pendant la période d'étude, réparties en sept offres de données spécifiques à l'utilisateur, basées sur la même banque de données et livrées dans des structures similaires. L'étendue et le degré de détail étaient toutefois différents.

- careINDEX s'adresse aux homes et contient environ 100 000 articles (notamment des médicaments, des produits médicaux, des consommables, des fournitures de cabinet médical et de laboratoire) ;
- drogINDEX s'adresse aux drogueries et contient environ 180'000 articles (notamment OTC [médicaments qui peuvent être achetés sans ordonnance médicale], médecine alternative, hygiène, soins et beauté) ;
- hospINDEX s'adresse aux hôpitaux et contenait environ 180 000 articles axés sur les besoins des hôpitaux ;
- medINDEX s'adresse aux médecins et comprend 100 000 articles (en particulier des médicaments, des produits médicaux, du matériel de consommation, des fournitures de cabinet médical et de laboratoire) ;
- pharmINDEX s'adresse aux pharmacies et comprend environ ~~des~~ 180'000 (notamment médicaments, phytothérapie, compléments

alimentaires, hygiène, soins et beauté) ;

B-2597/2017

- insureINDEX s'adresse aux organismes payeurs tels que les caisses d'assurance maladie et accidents ainsi qu'aux prestataires de services de ce secteur. Grâce à insureINDEX, les informations et les limitations relatives à la facturation sont notamment disponibles.
- logINDEX s'adresse aux grossistes et comprend environ articles 180'000(en particulier médicaments, phytothérapie, compléments alimentaires, hygiène, soins et beauté).

D.b.b En plus de ces sept offres de données, webINDEX, qui contient des données de base pour les boutiques en ligne, est également proposé. De plus, le nombre d'articles contenus dans toutes les offres de données a encore nettement augmenté (<https://www.hcisolutions.ch/de/medication-solutions/index-datenbanken.php> [consulté le 06.12.2021]).

D.b.c Les bases de données INDEX ont remplacé le produit précédent Galdat en 2012. Galdat a été introduit en 1993 et était d'abord disponible pour les cabinets médicaux, puis a été utilisé dans les hôpitaux, les caisses maladie ou les foyers. Selon le HCI, le remplacement de Galdat s'explique principalement par les changements techniques et par le fait que Galdat ne permettait pas de personnaliser le produit en fonction des besoins des groupes cibles.

D.b.d Selon les plaignantes, HCI a développé la structure de la base de données INDEX. Les produits INDEX se composent de nombreux schémas différents et se réfèrent à des informations scientifiques et commerciales complètes sur des articles et des produits du secteur de la santé. Les schémas XML peuvent être reliés entre eux par des références. Les bases de données INDEX seraient basées sur www.compendium.ch. La préparation des données sur les médicaments pour les banques de données INDEX est un processus à forte intensité de travail, qui est effectué par des spécialistes afin de garantir la sécurité des patients. Pour chaque produit, [...] champs sont enregistrés, ce qui a augmenté le contenu informatif des banques de données INDEX depuis [2007...]. Selon des estimations, le temps moyen nécessaire à la préparation d'une nouvelle préparation dans le format de données lisible par machine est d'environ [...] heures. La clarification au moyen des produits INDEX permettrait de réduire le temps consacré par les médecins et de diminuer les coûts de la santé.

D.b.e Les plaignantes ont souligné à plusieurs reprises la grande qualité de leurs bases de données et l'importance de leur exhaustivité. Elles ont ainsi expliqué que la qualité ne dépendait pas seulement du volume des données, mais aussi de l'adéquation spécifique à l'utilisateur ou au marché avec les processus de logistique, de facturation et de médication, ainsi que de la manière dont les données sont préparées. HCI dispose de sa propre rédaction spécialisée avec [...] spécialistes (médecins, pharmaciens, spécialistes en informatique, assistantes pharmaceutiques, etc. Les informations contenues dans les banques de données du HCI ne figureraient pas du tout dans les informations professionnelles publiées sur l'AIPS, ou alors de manière incomplète et/ou sous forme de prose variable, comme par exemple des indications sur les excipients, les dosages maximaux, des indications sur l'utilisation en cas d'insuffisance rénale ou hépatique, des indications sur l'utilisation en cas de grossesse/allaitement, des indications sur les dosages pour enfants ainsi que des indications sur les contre-indications et les allergies. En outre, les bases de données INDEX contiendraient des informations commerciales et de distribution.

D.c Bases de données d'autres fournisseurs

D.c.a La société dr-ouwerkerk ag - just-medical ! (ci-après : ouwerkerk) propose depuis 2000, selon ses propres indications, une plate-forme d'information et diverses informations telles que des calendriers de formation continue, des offres d'emploi, des cas de patients et des informations sur les médicaments pour les médecins, les pharmaciens et les professionnels de la pharmacie ou de la médecine. À partir de 2012, ouwerkerk a également proposé avec med-drugs des données de base sur les médicaments sous forme de fichiers de données et de fichiers XML. Cette offre a été cofinancée par certains titulaires d'autorisation. Les informations sur les médicaments étaient fournies par ywesee. Les données provenaient de banques de données publiques (AIPS, Refdata, Swissmedic, OFSP) et étaient ensuite "assemblées" en conséquence. Selon les indications de ouwerkerk, aucun client n'a pu être trouvé pour le produit malgré des activités de prospection intensives auprès de maisons de logiciels, d'hôpitaux et de chaînes de pharmacies. A.__von ouwerkerk a indiqué le 7 novembre 2016 qu'il avait donc décidé en 2014 de ne plus être actif dans ce domaine.

D.c.b Dans le domaine des informations électroniques sur les médicaments, Ywesee a proposé, en collaboration avec B.____et C. ____MEDIupdate XML. En outre, ywesee a exploité des banques de

données en ligne, notamment ch.oddb.org, ainsi que la plateforme AMIKO, programmée sous forme d'application iOS pour I-Pad et I-Phone, d'application Android, d'application Windows et d'application web.

MEDIupdate XML a fourni des données pour [...] médicaments et pour [...] articles non pharmaceutiques payés par la caisse-maladie. Selon les indications de ywesee, MEDIupdate XML a été utilisé par au moins [...] médecins et ne contenait pas seulement les informations professionnelles, mais aussi d'autres données provenant de Refdata, Swissmedic, OFSP, etc. L'application gratuite Amiko aurait été utilisée par au moins [...] utilisateurs. Selon ses propres indications, Ywesee a bénéficié du soutien financier d'une entreprise pharmaceutique pour Amiko.

E. Rédaction du contrat et déroulement des événements

E.a concernant les titulaires d'autorisation

E.a.a Jusqu'à présent, les titulaires d'autorisation concluaient 2012 un contrat avec Documed pour l'enregistrement et la publication des informations professionnelles et des ~~infos~~ sur les patients dans le Compendium (concernant l'obligation de publication, voir E. C.a ci-dessus). L'enregistrement dans la banque de données Galdat ou dans 2012 la banque de données INDEX d'e-mediat s'effectuait jusqu'alors pour les titulaires d'autorisation sans réglementation contractuelle et sans rémunération spécifique.

E.a.b Dans un courrier de janvier 2012, Documed a attiré l'attention des titulaires d'autorisation sur le fait que Swissmedic avait supprimé l'obligation de publication réglementaire en 2011, mais que les titulaires d'autorisation devaient néanmoins assurer la publication des informations destinées aux professionnels et aux patients "de manière appropriée". En outre, Documed a annoncé qu'à partir du 1er avril 2012, de ne documenter de manière actuelle et complète dans les médias électroniques et les produits INDEX que les produits pour lesquels il existe un mandat. Cette mesure n'a toutefois pas été mise en œuvre par la suite.

E.a.c Le 20. septembre, Documed et e-mediat 2012 ont organisé une séance d'information sur leur nouvelle offre payante. De nombreux titulaires d'autorisation ont alors reçu une offre comprenant un catalogue de prestations et une liste de prix pour l'année et 2013 les années suivantes. Il s'agissait d'une offre de Documed et d'e-mediat, Documed restant formellement le partenaire contractuel.

E.a.d Selon les nouvelles "Convention(s) relative(s) à la publication

d'informations dans le Compendium Suisse des Médicaments® et dans les produits INDEX", l'objet du contrat était la relation commerciale entre Documed et les titulaires d'autorisation pour les mandats de publication d'informations dans le Compendium Suisse des Médicaments et d'autres services.

Les prestations comprenaient, selon l'accord, des "prestations de publication, de distribution et de service", la description détaillée étant renvoyée au catalogue des prestations.

E.a.e Dans le catalogue des prestations, les services de base des modules D1 et E1 ont été mentionnés en premier lieu, qui comprenaient notamment des travaux rédactionnels et techniques d'assurance qualité et de préparation, ainsi que la gestion des commandes via "compendiumPORTAL2". Les différents modules ont ensuite été mentionnés. Le module de base D1 comprenait la publication des informations professionnelles et des informations destinées aux patients sur www.compendium.ch et dans l'application correspondante pour iPhone et iPad ainsi que dans le livre électronique. Le module de base E1 comprenait essentiellement des prestations de service autour des produits INDEX ainsi que le Clinical Decision Support (CDS) pour les produits Rx (médicaments soumis à ordonnance). Le catalogue de prestations comprend également les modules optionnels D2, D3 et E2. Le module D3 comprenait notamment des rédactions et des traductions. La liste des prix mentionnait ensuite explicitement que "les modules D et E peuvent être réservés indépendamment l'un de l'autre".

Leistungskatalog | 2013

Documed

Documed AG
Elisabethenanlage 11 · Postfach · CH-4010 Basel
Telefon +41 58 851 21 11 · Fax +41 58 851 21 15
info@documed.ch · www.documed.ch

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

e-mediat

e-mediat AG
Untermattweg 8 · Postfach · CH-3027 Bern
Telefon +41 58 851 26 00 · Fax +41 58 851 27 10
info@e-mediat.ch · www.e-mediat.ch

Stand: 19. 9. 2012
Beilage 1

Basisdienstleistung | Module D1 + E1

- ▶ Auftragsmanagement via compendiumPORTAL2
- ▶ Verknüpfen der FI mit Artikeln und den relevanten Angaben zu Preisen, Swissmedic-Abgabekategorien
- ▶ Redaktionelle Qualitätssicherung (Sprachenvergleich, Plausibilitätskontrollen)
- ▶ Redaktionelle und technische Aufbereitung der Fachin-

formationen

- ▶ Optimierung von Tabellen und Grafiken, Sacherschliessung und Codierung
- ▶ Suchen über Wirkstoff, Indikation, Therapeutische Gruppe

D1 Basismodul | Documed

- ▶ Publikation FI/PI elektronisch:
 - ▷ www.compendium.ch (inkl. Spitalisten und Interaktionsprüfung)
 - ▷ App (iPhone, iPad)
 - ▷ eBook

E1 Basis Modul | e-mediat

- ▶ Aufnahme der Artikel-, Produkt- und Fachinformationen in die INDEX-Produkte
- ▶ Verteilung der INDEX-Daten in Zusammenarbeit mit über 115 Systemanbietern im Schweizer Gesundheitsmarkt
- ▶ Integration der Produkte in pharmavista inkl. Kurzmonographie ergänzt mit Produktfotos (sofern vorhanden)
- ▶ Identifizierung
 - ▷ Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
 - ▷ Abgabereinheit
 - ▷ Primärverpackung
 - ▷ Sekundärverpackung
 - ▷ Zugang zu Browser «firmiINDEX» zur Sichtung aller INDEX-Daten;

D2 Optional | Kommunikation

- ▶ USP Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler
- ▶ Anforderung von Besuchsterminen
- ▶ Weiterleitung auf eigene Webseiten
- ▶ Anforderung von Musterpackungen
- ▶ Publizieren von Kursdaten
- ▶ Verlinkung ihrer Fach- und Produkt- sowie Kurzinformationen («Botschaften»)
- ▶ Aufnahme nach Redaktionskriterien in die Mitteilung des «compendium update»

Clinical Decision Support (CDS) bei RX-Produkten

- ▶ Restrukturierung der Fachinformationen und Codierung deren Inhalte, als Voraussetzung für Prozessintegration
- ▶ CDS Daten enthalten Angaben und Berechnungslogiken zu
 - ▷ Maximalen Einzel- und Tagesdosen bei Erwachsenen
 - ▷ Dosierungsanpassung bei Nieren- und Leberinsuffizienz
 - ▷ Schwangerschaft und Stillzeit
 - ▷ Allergien und Unverträglichkeiten
 - ▷ Nahrungsmittelinteraktionen
 - ▷ Dopingsubstanzen
- ▶ Präsenz als Warn- und Assistenzsystem bei der Therapieentscheidung, Verordnung und Abgabe von Arzneimitteln

D3 Optional | Sonstige Dienstleistungen

- ▶ redaktionelle Textbearbeitungen
- ▶ Übersetzungen
- ▶ zielgruppenspezifische Mailings (Docu News)
- ▶ Marktbeobachtungen und Auswertungen nach separater Preisliste

E2 Optional | Konsumenten-Kompendium für OTC-Produkte

- ▶ Publikation im online Konsumenten-Kompendium
- ▶ Verknüpfung mit vom Kunden genannten Partner-Apotheken/Drogerien

Modul in Vorbereitung:

separate Preisliste ab 1. Quartal 2013 verfügbar

E.a.f Selon le catalogue des prestations, le téléchargement sur AIPS n'était pas compris dans les modules. Dans la "Convention relative à la publication d'informations dans le Compendium Suisse des Médicaments® et dans les produits INDEX", il était toutefois mentionné au chiffre 2 (prestations) que Documed pouvait également, sur mandat du client, publier les informations sur le Compendium.

textes des clients dans l'AIPS conformément aux exigences de Swissmedic. Un formulaire de mandat correspondant a été joint à cet effet (annexe 4). Aucune rémunération supplémentaire n'a été facturée aux titulaires d'autorisation pour ce service.

E.a.g Les prestations du module D1 ont été facturées en fonction du nombre d'informations spécialisées et les prestations du module E1 en fonction du nombre d'articles ou de codes pharmaceutiques. Il n'y a pas eu de différenciation entre les contenus modifiés et non modifiés ou entre les contenus volumineux et les contenus courts. Une différenciation des prix a toutefois été effectuée en fonction du type de médicament (Rx-P [médicaments soumis à ordonnance et protégés par un brevet], Rx [médicaments soumis à ordonnance sans protection par brevet/génériques] et OTC [médicaments non soumis à ordonnance]). Pour les deux modules, un rabais était accordé pour les contrats pluriannuels, [...] pour un contrat de deux ans et [...] pour un contrat de quatre ans. Par la suite, il a été décidé d'accorder aux titulaires d'autorisation une possibilité de résiliation annuelle et d'accorder à tous les titulaires d'autorisation, avec effet rétroactif au 1er janvier 2013, les mêmes conditions (rabais) que celles qui s'appliquaient aux contrats de quatre ans. En outre, un rabais échelonné a été accordé pour le module E1 à partir d'un nombre de [...] articles ou pharmacodes et des tarifs réduits ont été appliqués pour un chiffre d'affaires ex factory inférieur à [...] par article au cours d'une année civile.

E.a.h Par courrier du 11 décembre 2012, Documed a attiré l'attention des titulaires d'autorisation qui n'avaient pas (encore) signé l'offre sur les avantages de leurs produits et s'est déclarée prête à continuer à mettre à disposition l'intégralité des informations sur les médicaments dans les mois à venir. La reprise des informations sur les médicaments des titulaires d'autorisation sans contrat-cadre E1 était possible jusqu'en septembre 2013 par le biais de conventions individuelles. E-mediat s'engageait alors à intégrer ou à modifier gratuitement la nouvelle admission ou la mutation dans les banques de données INDEX. Parallèlement, Documed attirait l'attention sur le fait que l'engagement ou la mutation des données pouvait prendre plus de temps que pour les entreprises ayant conclu un contrat avec e-mediat et/ou Documed, et qu'en cas de conclusion ultérieure d'un contrat, la prestation serait facturée a posteriori.

E.a.i A partir du 1er mai 2013, Documed et e-mediat ont utilisé le label [QAP ?] dans les banques de données INDEX et dans le Compendium.

Les fournisseurs de prestations en ont été informés en mars et avril 2013.
Avec le label [QAP ?], Documed et

e-mediat Médicaments des titulaires d'autorisation sans contrat qui ont mis en ligne sur AIPS des informations professionnelles et/ou des informations sur les patients modifiées jusqu'à ce que les adaptations soient effectuées dans les banques de données de Documed et d'e-mediat. Il devait ainsi être possible de savoir quelles informations de Documed et d'e-mediat étaient soumises à l'assurance qualité. Suite à l'intervention de Swissmedic, la mention [QAP ?] a été remplacée par la mention [!] à partir du 15 août 2013. A partir du mois d'octobre 2013, la pratique avec les conventions individuelles a été arrêtée. Les nouvelles admissions et les modifications de médicaments de partenaires non conventionnés ont été reprises dans les banques de données INDEX lorsqu'il existait un besoin correspondant de la part des fournisseurs de prestations.

E.a.j Pour l'année, l'offre et les tarifs des prestations susmentionnées ont légèrement évolué en 2016, tandis que l'objet du contrat, à savoir l'enregistrement des informations sur les médicaments dans les bases de données et la distribution ultérieure des données, est resté inchangé. Désormais, le téléchargement et la garantie de la publication dans les délais sur AIPS faisaient explicitement partie du module D. Le module D comprenait en outre notamment "l'assurance qualité rédactionnelle, les contrôles de plausibilité, la comparaison linguistique du contenu des principaux chapitres". Le module E concernait la "structuration et l'intégration dans les bases de données INDEX, pharmaVISTA et vitaVISTA". En outre, HCI a proposé d'autres prestations supplémentaires, dont certaines étaient comprises dans le module E sans frais supplémentaires (application consommateurs vitaVISTA ; Identa) et d'autres ont été facturées séparément. Une prestation supplémentaire facturée séparément était "Lektorat / traductions / compendium - informations spécialisées".

E.a.k Par courrier du 4 avril 2016, la recourante 2 a informé le secrétariat de la COMCO (ci-après : le secrétariat) de l'introduction d'un nouveau modèle de prix à partir de 2017. Celui-ci serait davantage axé sur les charges des titulaires d'autorisation, de sorte qu'ils devraient supporter des coûts plus élevés au moment de l'introduction d'un produit sur le marché, alors que les coûts de gestion et de distribution des données de produits inchangés seraient réduits. De même, dans le nouveau modèle de prix, les prestations propres des titulaires d'autorisation seraient "récompensées" par des rabais. D'une manière générale, le service comprendrait entre autres la publication des données sur des plateformes d'information B2B et B2C et la distribution via les produits INDEX ainsi

que l'assurance qualité des données. Le contenu des informations professionnelles et des informations sur les patients ne serait pas vérifié sans mandat spécial. En outre, HCI a proposé des prestations complémentaires selon le nouveau modèle de prix 2017. Il s'agissait notamment de services rédactionnels

Prestations de services telles que la "relecture et la traduction d'informations destinées aux professionnels et aux patients" et l'"assurance qualité des informations destinées aux professionnels (révision de textes, comparaison linguistique et contrôle de plausibilité)". Les anciens modules D et E ne figurent plus dans le nouveau modèle de prix.

E.a.i Dans leur requête de novembre 2016., les plaignantes ont expliqué qu'elles proposaient depuis le 1er janvier 2017, en plus de l'assurance qualité, le téléchargement sur AIPS en tant que service "séparé". Le téléchargement sur AIPS coûterait 30 francs par mise en ligne de l'information professionnelle ou de l'information destinée aux patients.

E.b concernant les éditeurs de logiciels

E.b.a HCI (anciennement e-mediat) conclut des contrats de licence avec les entreprises de logiciels pour l'exploitation des produits de données INDEX. Ensuite, HCI (anciennement e-mediat) octroie à la maison de logiciels, dans le cadre d'une licence simple, un droit d'accès pour l'intégration des données de base dans leurs programmes logiciels en vue de leur utilisation (par les clients communs) dans le cadre d'un paquet de prestations de services licencié par HCI. Dans la plupart des cas, HCI conclut des accords directs avec les fournisseurs de prestations, dans lesquels elle s'engage à livrer les données via les entreprises de logiciels. Dans le cas du produit de données medINDEX pour les médecins, les données sont toutefois distribuées directement par les fournisseurs de logiciels. C'est pourquoi il existe en outre un contrat de licence avec certaines maisons de logiciels pour la distribution de paquets de prestations aux clients finaux.

E.b.b Selon les indications de Documed et d'e-mediat, une distribution intégrée au processus des données médicamenteuses affinées a été effectuée en 2012 à plus de 115 fournisseurs de systèmes. Le document "Prestations et tarifs 2016" de la HCI indique que 164 fournisseurs de systèmes ont travaillé avec les informations sur les médicaments via la HCI.

E.b.c Au cours de l'enquête, le Secrétariat a adressé une demande de renseignements à certaines sociétés de logiciels. De plus, HCI a été contacté le

29. Le 30 novembre, la Commission européenne a demandé à l'UE

de lui fournir tous les contrats conclus avec des fournisseurs de logiciels ainsi que les dispositions en vigueur à la fin de l'année 2012. Les contrats qui ont été modifiés ou conclus après cette date ont également été demandés. HCI a donc soumis 2016 au Secrétariat les contrats conclus avec les éditeurs de logiciels entre le 2007 et le 2016. 176

E.b.d Un contrat entre e-mediat et une entreprise de logiciels D. _____ qui comprend comme produits contractuels les applications et bases de données medIN- DEX Basic et les produits de données CIS et qui prévoit aussi bien l'intégration des données dans le logiciel de D. _____ ainsi que la distribution des données, contient la clause suivante (*dite clause A du contrat*) :

"Dans la mesure où [...] juge utile, pour la fabrication ou le développement de produits contractuels, de permettre aux utilisateurs des produits d'accéder en plus à des données de base sur les partenaires et les produits qui leur sont utiles (c'est-à-dire à des données autres que les données HOS-PINDEX et CIS), elle est tenue de se les procurer auprès d'e-mediat. Dans la mesure où e-mediat n'est pas prête à les mettre à disposition ou n'est pas en mesure de le faire dans un délai utile adapté à la problématique, [...] est autorisée à se procurer ces composants ailleurs".

E.b.e Ce contrat a été signé par 2006 les parties le ou 16. février 26.. Dans l'avenant du

6. En 2012 outre, il a 13. été convenu en septembre que D. _____ ne distribuerait pas aux cabinets médicaux d'autres données sur les médicaments que celles de medI-NDEX.

E.b.f Une clause quasiment identique se trouve dans un autre contrat entre e-mediat et une société de logiciels, que cette dernière a remis au Secrétariat le 23 juillet 2013 avec sa prise de position sur la demande de renseignements. Ce contrat a été signé par les parties, mais n'a pas été daté. HCI a déposé en novembre 29. un 2016 nouveau contrat avec cette société de logiciels, daté du [...], en se référant à l'ancien contrat et en indiquant que celui-ci datait du [...]. Le nouveau contrat ne contient pas la clause susmentionnée.

E.b.g 83 contrats entre e-mediat et des entreprises de logiciels contiennent la clause suivante (*dite clause B*), 75 de ces contrats datant des années jusqu'à 2012 à 2014 :

"Sans l'accord préalable écrit d'e-mediat, SWH [Soft- warehaus] n'est pas autorisée à implémenter des données de tiers dans les structures XML d'e-mediat et/ou à introduire dans ses programmes SW des données qui ne proviennent pas d'e-mediat et qui sont structurées de manière identique ou essentiellement identique aux données d'e-mediat".

E.b.h Selon les plaignantes, la raison d'être des deux clauses contractuelles citées ci-dessus aurait été que les entreprises de logiciels ne puissent pas mélanger ou ~~mixer~~ les données fournies par HCI pour chaque client de logiciel ou chaque fournisseur de prestations. Contexte

L'intérêt de HCI était de préserver sa bonne réputation de fournisseur de bases de données de haute qualité vis-à-vis des prestataires, de minimiser les risques de responsabilité et de protéger la sécurité des patients. En outre, les clauses contractuelles auraient également servi à éviter des perturbations de prestations dans les contrats de licence entre HCI et les fournisseurs de prestations. Enfin, elles auraient garanti qu'aucune violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD, RS 241) par des fournisseurs de données tiers ne puisse se produire par la simple reprise de la structure de la banque de données de HCI.

E.b.i Les plaignantes ont en outre indiqué n'avoir jamais refusé une demande d'~~autorisation~~ collaboration avec une entreprise tierce. HCI a par exemple autorisé E. _____ a autorisé une collaboration avec ywesee et a continué à travailler avec E. _____ a collaboré avec Wesee. En fin de compte, E. _____ n'a certes pas utilisé les données de ywesee. La raison en était que les données de ywesee n'étaient pas commercialisables en raison de leur moins bonne qualité. En outre, [...] éditeurs de logiciels avaient conclu, outre le contrat avec HCI, un contrat avec F. _____ qui propose la base de données [...]. Cette banque de données contiendrait des informations sur la sécurité de la remise des médicaments, notamment des mises en garde et des conseils de remise, qui seraient en partie en concurrence avec les données de HCI et en partie complémentaires.

E.b.j A partir de , 2015 HCI a utilisé la nouvelle formulation suivante dans les contrats avec les fournisseurs de logiciels, que l'on retrouve dans 21 contrats (sur 23) conclus 2015 depuis :

"Des données personnalisées ou des données de tiers peuvent être ajoutées aux données INDEX existantes dans la solution logicielle, à condition que leur source soit clairement indiquée. La source des données ainsi que toute modification doivent être affichées de manière visible pour le client".

E.b.k Dans leur requête de novembre, 16.2018 les ~~plaignants~~ expliquent enfin que HCI a écrit aux maisons de logiciels en avril 2017 pour les informer "qu'elles n'étaient plus liées par la réserve de consentement selon la clause B".

F. Décision de la COMCO du 7 juillet 2008 concernant la publication d'informations sur les médicaments

F.a Dans sa décision du 7 juillet 2008 concernant la *publication d'informations sur les médicaments* (RPW 2008/3 p. ss385.), l'instance précédente a constaté que

Documed occupe une position dominante sur le marché de la publication d'informations spécialisées imprimées et en ligne dans un ouvrage complet et que Documed a commis une discrimination à l'égard de ses partenaires commerciaux conformément à l'art. 7 al. en1 relation avec l'art. Art. 7 al. let2. b LCart, a abusé de sa position. A ce moment-là, les conditions-cadres réglementaires décrites sous E. C.a.d f. existaient encore et entraînaient une obligation de fait pour les titulaires d'autorisation de conclure un tel contrat.

F.b Selon la COMCO, la discrimination par les prix reprochée consistait d'une part en ce que Documed permettait aux plus grandes entreprises pharmaceutiques de s'entendre sur les prix et discriminait ainsi les plus petites entreprises. D'autre part, Documed n'a pas fait de distinction de prix pour les textes à publier qui n'ont pas été modifiés par rapport à l'année précédente. Ainsi, les entreprises dont les textes devaient être acceptés tels quels ont été discriminées par rapport aux entreprises dont les textes devaient encore être corrigés par Documed. Les dispositions convenues d'un commun accord ont permis d'éliminer ces discriminations.

F.c Les autres griefs examinés dans le cadre de cette procédure n'ont pas pu être confirmés. Il a notamment été constaté qu'il n'existait pas de lien illicite au sens de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, let. f, de la loi sur la concurrence. al. 2 let. f LCart entre les services de publication et les travaux de correction. La COMCO a considéré que les coûts de correction étaient négligeables par rapport aux autres processus standard. Une différenciation entre les coûts standard et les coûts de correction ainsi que leur facturation séparée ne sont pas indiquées, car il est probable que cela conduirait à des coûts globalement plus élevés.

F.d Documed a été sanctionné sur la base de l'article 49a alinéa LCart1 par une sanction administrative d'un montant de 50'000 francs.

G. Procédure en première instance

G.a Étude préliminaire

G.a.a Le 7 septembre 2010, le Secrétariat a ouvert une enquête préliminaire au sens de l'article 26 LCart concernant la distribution de médicaments. Dans le cadre de cette enquête préliminaire, l'attention du Secrétariat a été attirée sur de possibles infractions à la loi sur les cartels dans le domaine de la commercialisation d'informations électroniques sur

les médicaments.

B-2597/2017

G.a.b Au cours de l'enquête préliminaire, le secrétariat a envoyé à e-mediat une demande de renseignements concernant les conditions de concurrence dans le domaine du traitement et de la distribution de données sur les médicaments. Documed a été priée de s'exprimer sur une éventuelle violation du règlement amiable du 7 juillet 2008 (cf. ci-dessus E. F). En outre, plusieurs entreprises ont fourni des informations sur le comportement d'e-mediat, sur les structures générales et le fonctionnement du marché ainsi que sur l'AIPS. Documed et e-mediat se sont également exprimés à plusieurs reprises dans le cadre de l'enquête préliminaire et ont fourni des informations, notamment sur la future structure contractuelle avec les titulaires d'autorisation.

G.a.c Le 11 octobre 2012, yweese a déposé une plainte auprès du secrétariat et a demandé l'ouverture d'une procédure formelle ainsi que l'adoption de mesures provisionnelles contre Documed et e-mediat. La demande de mesures provisionnelles n'a pas été acceptée en raison de l'absence d'urgence.

G.b Enquête

G.b.a Ouverture de l'enquête

G.b.a.a En décembre 2012, le Secrétariat a ouvert, avec l'accord d'un membre de la Présidence, une enquête contre Galenica, HCI, Documed et e-mediat, conformément à l'art. 27 LCart, concernant la commercialisation d'informations électroniques sur les médicaments.

G.b.a.b Le Secrétariat a constaté qu'il existait des indices d'éventuelles restrictions illicites à la concurrence dans le domaine du ~~libre~~ traitement et de la distribution d'informations électroniques sur les médicaments. L'enquête devait permettre d'examiner si, en raison de leur position sur le marché, e-mediat et Documed étaient en mesure d'inciter les fabricants de produits pharmaceutiques à nouer et à entretenir des relations commerciales concernant l'intégration de leurs informations électroniques sur les médicaments dans les collections d'e-mediat. Pour ce faire, ils ont fait miroiter aux fabricants de produits pharmaceutiques qu'ils ne reprendraient pas directement dans leurs propres fichiers des informations sur les médicaments librement disponibles à partir de sources accessibles au public, mais uniquement en concluant un contrat correspondant. En outre, la conformité de certaines dispositions contractuelles avec le droit des cartels serait vérifiée, notamment l'obligation pour les titulaires d'autorisation qui ont conclu un contrat concernant l'enregistrement des

données de santé.

B-2597/2017

Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché n'ont pas la possibilité de choisir les fichiers d'e-mediart dans lesquels ils souhaitent être représentés avec leurs informations sur les médicaments. Enfin, le comportement en relation avec la procédure d'appel d'offres de Swissmedic concernant l'exploitation et la gestion de l'AIPS ainsi que les relations verticales entre e-mediart et Documed et les fournisseurs de logiciels seraient également pertinents (cf. instance précédente, act. ainsi que 107 publication officielle de l'ouverture de l'enquête dans la Feuille officielle suisse du commerce [FOSC] du décembre 28. no 2012, f252,27. ainsi que dans le Feuille fédérale de décembre [28.2012FF f.20129833]).

G.b.b *Actes d'instruction*

G.b.b.a Le 20 décembre 2012 a eu lieu un entretien entre le ~~suivi~~ et la plaignante 2 et le 20 février 2013 l'interrogatoire des parties de G. _____ ([...] de Documed) et H. _____ ([...] de HCI) ont eu lieu. Par la suite, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Swissmedic sur la genèse, l'appel d'offres et le fonctionnement de l'AIPS, ainsi qu'une demande de renseignements à tous les titulaires d'autorisations de mise sur le marché en Suisse, contenant des questions sur la publication d'informations sur les médicaments et la commercialisation d'informations électroniques sur les médicaments.

G.b.b.b Le 27 mai 2013, le Secrétariat a eu un entretien avec Swissmedic sur le thème de l'AIPS et, le 26 juin 2013, il a adressé aux plaignantes une demande de renseignements sur les tarifs et les rabais accordés pour les modules D1 et E1 ainsi que sur le nombre et le chiffre d'affaires des contrats par module. Dans la suite de l'enquête, le Secrétariat a envoyé à des maisons de logiciels sélectionnées un questionnaire comprenant des questions sur la relation avec e-mediart, sur les prix et les coûts des produits INDEX ainsi que sur les alternatives aux produits INDEX.

G.b.b.c Le 4 juillet 2013, un entretien a eu lieu entre la fondation Refdata et le secrétariat. Par la suite, le Secrétariat a adressé une demande d'information sur la procédure d'appel d'offres de l'AIPS à trois entreprises qui, outre HCI, avaient participé à l'appel d'offres de l'AIPS. Ensuite, deux sociétés impliquées dans la distribution d'informations sur les médicaments en Allemagne ont reçu une demande de renseignements.

L'étude a été envoyée à un groupe de travail de l'Union européenne sur les structures de marché et de distribution des informations électroniques sur les médicaments en Allemagne.

G.b.b.d Le 13 novembre 2013, une nouvelle rencontre a eu lieu entre le secrétariat et la plaignante². En février¹⁰., les plaignantes ont déposé²⁰¹⁴ une demande de procédure visant à interroger les fournisseurs de prestations avec un catalogue de questions sur différents thèmes. La demande a été reportée et finalement rejetée par la décision attaquée ici.

G.b.b.e Le 20 février 2014, concernant la participation de HCI à l'appel d'offres de l'AIPS, I. _____, ancien [...] de HCI, a été entendu comme témoin. HCI, Documed et e-mediat ont ensuite été invités à remettre²⁰¹³ l'ensemble des bilans et des comptes de résultats de à²⁰⁰⁹

G.b.b.f Le 2 juillet 2014, un entretien a eu lieu entre le secrétariat et une société de logiciels. Par la suite, le Secrétariat a demandé des informations à Swissmedic et à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) sur la révision en cours de la loi sur les produits thérapeutiques.

G.b.b.g Dès le printemps 2014, le Secrétariat et le HCI, Documed et e-mediat ont mené des discussions sur la possibilité d'un règlement à l'amiable. Le 27 octobre 2014, les conditions cadres pour les négociations sur un règlement à l'amiable ont été signées et les négociations ont débuté. Par lettre du 10 juillet 2015, le secrétariat a fait savoir qu'aucun accord n'avait pu être trouvé et que les négociations étaient interrompues.

G.b.b.h Le 10 août 2015, HCI, Documed et e-mediat ont alors déposé une demande de récusation à l'encontre des collaborateurs du secrétariat compétents en faisant valoir, pour l'essentiel, que ceux-ci avaient fait des déclarations dans le cadre des négociations en vue d'un règlement à l'amiable qui auraient éveillé l'apparence de la partialité, ce qui aurait prédéterminé l'issue de la procédure. Le président de l'instance inférieure a rejeté la demande de récusation. Le recours déposé contre cette décision incidente auprès du Tribunal administratif fédéral a été rejeté par arrêt du

12 février (arrêt du TAF B-6830/2015 du 12. février 2016).

G.b.b.i Le 10 novembre 2015, le Secrétariat a demandé à HCI, Documed

et e-mediat de présenter les bilans et comptes de résultats de l'année
2015. 2014

de la Commission. Le 28 janvier 2016 et le 9 mai 2016, la plaignante 2 a demandé la clôture de l'enquête. A l'appui de sa demande, elle a essentiellement invoqué la révision de la loi sur les produits thérapeutiques.

G.b.b.j Au cours de la procédure, les parties se sont exprimées à plusieurs reprises de leur propre initiative et ont remis des documents, notamment l'étude "Analyse de base des données de base" et d'autres informations sur l'évolution du marché.

G.b.b.k Le secrétariat a accordé aux plaignantes l'accès au dossier en mai 2013, 4 février 2013, 17 avril 2014, 30 juillet 2014, 16 janvier 2014, 22 mai 2015, le 12 mai et 2016 le 1er décembre.

G.b.c.c *Participation de tiers à la procédure*

G.b.c.a Au cours de la procédure, plusieurs personnes morales ont demandé à participer à la procédure (en tant que parties). Vips, Association des entreprises pharmaceutiques en Suisse, et ywesee ont obtenu le statut de tiers intéressés sans qualité de partie au sens de l'art. 43 al. 1 let. b LCart. La demande de J.____ pour obtenir la qualité de partie a été rejetée. La demande de Swissmedic de participer à la procédure a également été rejetée. Le secrétariat a toutefois laissé entrevoir à Swissmedic qu'elle pourrait s'exprimer sur une éventuelle partie des résultats de l'enquête la concernant au plus tard au moment de l'art. 30 al. 2 LCart.

G.b.c.b Au cours de l'enquête, ywesee a notamment fourni à plusieurs reprises des informations sur le marché, sur l'AIPS et sur le comportement de HCI, Documed et e-mediat. En outre, ywesee a déposé plusieurs demandes de procédure. Le secrétariat a également reçu des informations volontaires d'autres tiers, notamment de l'Association pour la pharmacie indépendante (IFAK), qui a annoncé le lancement d'une pétition pour le maintien de pharmINDEX.

G.c **Demande de décision**

G.c.a Le 12 mai 2016, le secrétariat a envoyé la demande de décision aux plaignantes pour qu'elles prennent position. Parallèlement, elles ont été invitées à fournir les bilans et comptes de résultats de l'année 2015.

G.c.b La demande de décision du secrétariat proposait de constater dans le dispositif que Galenica, par l'intermédiaire de sa filiale HCI, avait été

mise en liquidation depuis le 1er janvier 2008.

B-2597/2017

janvier 2013 sur le marché des données affinées, lisibles par machine, concernant les informations sur les médicaments ainsi que sur le marché de l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments. 4 al. 2 de la LCart. Il a en outre proposé d'obliger les plaignantes à

- d'inclure les informations sur les médicaments disponibles publiquement dans ses bases de données vendues aux fournisseurs de prestations, aux distributeurs et aux organismes payeurs ou aux maisons de logiciels, sans percevoir de rémunération auprès des titulaires d'autorisation, tant qu'elle ne baisse pas les prix du côté du marché des fournisseurs de prestations, des distributeurs et des organismes payeurs ou qu'il n'y a pas d'augmentation des coûts globaux pour la plateforme ;
- de proposer aux fournisseurs de prestations, aux entreprises de distribution et aux organismes payeurs ainsi qu'aux éditeurs de logiciels les informations sur les médicaments et les données sur les produits non pharmaceutiques sous forme dégroupée, cette offre dégroupée devant être effectuée à des prix basés sur les coûts ;
- d'offrir aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché le service d'enregistrement des informations sur les médicaments dans les produits INDEX et d'autres services, ainsi que le contrôle de qualité rédactionnel et technique et le téléchargement des informations sur les médicaments sur AIPS à des prix basés sur les coûts.

G.c.c Ensuite, la demande de décision proposait d'interdire aux plaignantes d'utiliser et d'imposer dans leurs contrats avec les maisons de logiciels des clauses contractuelles qui prévoient une obligation d'achat exclusif des maisons de logiciels pour des données de base partenaires et produits supplémentaires auprès de HCI ou une interdiction d'utiliser autrement les structures des logiciels basés sur la base de données des plaignantes pour les maisons de logiciels. Enfin, la demande de décision proposait dans son dispositif de sanctionner les requérantes sur la base de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 7 LCart. LCart, d'un montant de [...] francs sous responsabilité ~~soit~~

G.c.d Le 13 juillet 2016, les plaignantes ont pris position sur la demande de décision dans le délai imparti. Elles ont demandé que la procédure d'enquête soit close et qu'il soit constaté que HCI n'est pas présente sur le marché.

pour la publication d'informations aux patients en ligne dans un ouvrage complet et qu'elle ne dispose pas d'une position dominante sur le marché de la publication d'informations spécialisées sous forme imprimée et en ligne dans un ouvrage complet. Eventuellement, l'affaire devait être renvoyée au secrétariat pour qu'il procède à d'autres examens des faits, notamment à une enquête auprès des fournisseurs de prestations. A titre subsidiaire, il a été proposé de renoncer à l'imposition d'une sanction ou de la réduire massivement.

G.c.e Dans leur requête du mois de juin, 20.2016 les ~~plaignants~~ avaient déjà demandé de renoncer à la notification de la demande à ywesee ou d'obliger ywesee à garder le secret sur la demande jusqu'à la clôture définitive de la procédure, sous peine des sanctions prévues à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0). Après avoir complété cette demande le

23. juin 2016 autour de vips, le secrétariat et les plaignantes se sont mis d'accord pour envoyer la prise de position aux tiers concernés ywesee et vips après avoir remis une déclaration d'engagement à ne pas rendre la demande publique. Vips a renoncé en juillet4. à 2016 la transmission de la demande. Swissmedic a pris position sur la 2016 demande en juillet7. et ywesee a déposé sa prise de position le 13 juillet2016.

G.c.f En septembre6., les plaignantes ont2016 déposé une expertise économique.

G.c.g L'instance inférieure est entrée en matière sur 2016 la demande du secrétariat en septembre26. et a procédé à l'audition des parties le 24 octobre 2016. Y ont participé, pour les recourantes, deux représentants légaux ainsi que H. _____ ([...] de HCI), K. _____ ([...] de HCI) et L. _____ ([...] de Galenica Santé) ont participé. L'instance précédente a également entendu ouwerkerk (A. _____), ywesee (M.) et N. _____, [...] de Documed et e-mediat, ont été entendus comme témoins.

G.c.h En novembre, l'instance inférieure a 21.exigé2016 de la plaignante 2 une copie de tous les contrats et dispositions entre e-mediat et les maisons de logiciels qui étaient en2012 vigueur à la fin de l'année. Les contrats modifiés ou nouvellement conclus après cette date ont également été demandés.

G.c.i Finalement, HCI a déposé une autre expertise économique.

G.d Disposition

G.d.a En décembre 19., l'instance inférieure a2016 rendu la décision attaquée avec le dispositif suivant :

"1. il est constaté que Galenica SA, par l'intermédiaire de sa filiale HCI Solutions SA, occupe depuis janvier 01. une position dominante au sens de l'art. 4, al. 1, LCart2 sur 2013 le marché des données médicamenteuses traitées et lisibles par machine ainsi que sur le marché de l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments.

2. Il est interdit à Galenica SA et à HCI Solutions SA d'utiliser et d'imposer dans leurs contrats avec les éditeurs de logiciels des clauses contractuelles qui prévoient l'obligation pour les éditeurs de logiciels de se procurer exclusivement auprès de HCI Solutions SA des partenaires et des données de base de produits supplémentaires ou qui interdisent aux éditeurs de logiciels d'utiliser à d'autres fins les structures des logiciels basés sur la banque de données du Groupe Galenica.

3. Galenica SA et HCI Solutions SA sont tenues d'offrir aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché le service d'intégration des informations sur les médicaments dans les indices et d'autres services de manière dégroupée. Galenica SA et sa filiale HCI Solutions SA sont tenues de proposer le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS à des prix basés sur les coûts.

4. Galenica SA et HCI Solutions SA se voient imputer un montant de CHF 4'546'123 en application de l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 7 LCart pour comportement illicite. Le montant total de CHF 4'546'123 est mis à la charge des destinataires de la décision, qui en sont solidairement responsables.

5. Les réquisitions de preuves de Galenica SA et de HCI Solutions SA, y compris celles déposées par les anciennes filiales Documed SA et e-mediat SA, sont rejetées.

6. Les frais de procédure d'un montant de CHF [...] seront facturés à Galenica SA et à HCI Solutions AG a été imposée.

7. Pour le reste, l'enquête est close.

8. [Ouverture de la décision]

9. [notification de la décision]

[indication des voies de

recoursj"

B-2597/2017

G.d.b A l'appui de sa décision, l'instance inférieure a considéré en résumé que le groupe Gale-nica, par le biais de ses filiales HCI, Documed et e-mediat, occupait une position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments ainsi que sur le marché de l'accès aux enregistrements électroniques concernant les informations sur les médicaments.

G.d.c Documed et e-mediat ont certes exigé des titulaires d'autorisation, à partir du 1er janvier 2013, une indemnité pour le service fourni auparavant gratuitement pour l'enregistrement dans leur banque de données. Il n'est toutefois pas suffisamment établi que l'élément constitutif de l'imposition de prix inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart est ainsi rempli. En particulier, le caractère inéquitable du prix pour l'enregistrement des informations sur les médicaments dans la banque de données ne peut pas être prouvé avec le niveau de preuve requis.

G.d.d L'instance précédente a en outre considéré qu'e-mediat avait inclus dans un contrat, et peut-être aussi dans un autre contrat avec une maison de logiciels, une clause interdisant aux maisons de logiciels de se procurer sur le marché des données de base supplémentaires sur les partenaires et les produits. Ils devraient accorder un droit de priorité exclusif à e-mediat. Ce n'est que si e-mediat ne souhaite pas ou ne peut pas proposer ces données que les éditeurs de logiciels sont autorisés à se procurer ces données auprès d'autres fournisseurs de données ou à se procurer eux-mêmes ces données auprès de sources primaires et à les valoriser. Il existe donc une obligation d'achat exclusif en faveur d'e-mediat pour les données nouvellement demandées. Dans d'autres⁸³ contrats avec des entreprises de logiciels, on trouve en outre une clause interdisant aux entreprises de logiciels d'utiliser les structures existantes pour des produits d'autres affineurs de données ou pour leurs propres banques de données, si les entreprises de logiciels souhaitent elles-mêmes affiner les données. Les deux clauses fermeraient le marché des données affinées et lisibles par ordinateur concernant les informations sur les médicaments aux concurrents actuels et potentiels et produiraient ainsi des effets anticoncurrentiels. En effet, en raison de ces clauses, les concurrents potentiels devraient proposer un ensemble complet de données. Une peine conventionnelle a également été convenue pour garantir l'exécution du contrat. L'application systématique de ces clauses montre que la stratégie était dirigée contre d'éventuels concurrents. Il n'y a pas de raisons objectives de justifier ces clauses, c'est pourquoi elles ont eu pour effet d'empêcher les concurrents de vendre de manière abusive au sens de l'art. 7 Alinéa 1 en relation avec . L'article 3,

paragraphe 1,2 point e), de la loi sur les cartels limite la concurrence.

G.d.e En outre, l'instance inférieure a considéré que le soupçon de ventes liées illicites s'était également partiellement confirmé. Les entreprises de logiciels et les fournisseurs de prestations qui achètent les produits INDEX auprès d'e-mediat doivent se procurer aussi bien les informations sur les médicaments que les données des produits non pharmaceutiques. Dans le cas de ce regroupement de données, l'existence d'effets d'éviction ne peut pas être prouvée. C'est pourquoi il convient d'appliquer à cet égard l'élément constitutif de la condition liée à la conclusion de contrats au sens de l'art. 7 al.1 en relation avec l'art. L'art. 2, al. 1, let. f, LCart n'est pas rempli.

G.d.f Il convient toutefois d'apprécier différemment les faits selon lesquels les informations sur les médicaments ne sont intégrées dans les banques de données INDEX que si les titulaires d'une autorisation se procurent simultanément auprès de Documed/e-mediat le service de contrôle de qualité rédactionnel, de traitement technique des informations spécialisées et d'optimisation des tableaux et graphiques. De plus, le téléchargement des informations sur les médicaments sur AIPS est proposé gratuitement. Il s'agit ici d'un simple regroupement. Le service de contrôle de la qualité rédactionnelle et technique est un ~~site~~ service distinct du service d'intégration dans le Compendium et dans les données INDEX. Le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS est également une étape de travail supplémentaire qui peut être effectuée indépendamment de l'intégration des données dans les produits INDEX. Ce regroupement de modules a des effets d'éviction et d'exploitation, et donc des effets préjudiciables à la concurrence. Aucune justification suffisante n'a été avancée, car ni l'argument des coûts supplémentaires marginaux, ni celui du couplage encore autorisé dans le domaine réglementé dans l'enquête "Publication d'informations sur les médicaments", ni les arguments en rapport avec la sécurité des patients n'ont porté leurs fruits. Ainsi, l'état de fait de la condition ~~lie~~ à la conclusion de contrats au sens de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, let. b, LCart, n'est pas rempli. L'article 7, paragraphe 2, point f), de la LCart est rempli.

G.d.g En outre, l'instance inférieure a constaté que les prix des modules du catalogue de prestations de Documed/e-mediat étaient identiques pour les titulaires d'autorisation, indépendamment du fait que les informations sur les médicaments aient été modifiées ou non. Dans ce contexte, une entrave à la concurrence et des cas concrets de discrimination en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7, al. 2, let. b, LCart) ne sont pas suffisamment prouvés. La fixation indifférenciée des prix jusqu'à présent

pour l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données INDEX n'a pas été prouvée comme étant problématique du point de vue du droit des cartels.

G.d.h Enfin, l'instance précédente a considéré que la procédure d'enquête avait également soulevé la question de savoir si HCI s'était comportée de manière illicite en relation avec l'appel d'offres de l'AIPS, en faisant appel aux concurrents pour l'appel d'offres concernant le prix de manière abusive au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. alinéa, lettre d, de la LCart. L'offre de HCI pour l'implémentation et l'exploitation annuelle de l'AIPS était nettement inférieure aux offres des autres soumissionnaires. Il a toutefois été renoncé à une analyse complète des coûts, ce qui laisse ouverte la question de savoir si les éléments constitutifs de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, al. 2, let. b, de la loi sur les marchés publics sont remplis. al. 2, let. d, LCart est remplie. Cela se justifie par le fait que l'abus de prix à l'égard des titulaires de l'autorisation est au centre de l'affaire, que d'autres comportements abusifs ont été prouvés et que le coût d'une analyse des coûts est disproportionné par rapport au résultat possible d'une autre infraction à l'art. 7 LCart serait disproportionnée.

G.d.i En conclusion, l'instance inférieure a conclu que les plaignantes devaient être sanctionnées sur la base de l'article 49a, alinéa 1, LCart en raison de comportements illicites au sens de l'article 7 LCart. Il faut partir du principe qu'il y a eu une infraction au droit des cartels par dol éventuel. Pour déterminer le montant de base, on peut se baser sur les chiffres d'affaires cumulés de Documed et d'e-mediat pour les années jusqu'à 2013. Un montant de base de 5% doit être considéré comme adapté à la gravité et à la nature des infractions au droit des cartels. Les pratiques et les effets anticoncurrentiels auraient débuté avec l'offre faite aux titulaires de l'autorisation en septembre 2012 et se seraient poursuivies jusqu'au moment où la décision a été rendue. C'est pourquoi il faut partir d'une durée de plusieurs mois (de septembre 2012 à mi-mai 2016) et augmenter le montant de la sanction de 33,3333 %. En outre, le montant de base doit être augmenté en raison de circonstances aggravantes. Il s'agit d'une infraction répétée à la loi sur les cartels. En ce qui concerne Documed, une pratique illicite au sens de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, let. b, LCart a été commise dès 2008. al. 2, let. a, LCart, a été constatée par un jugement entré en force. La courte durée depuis la dernière infraction ainsi que la similitude de l'infraction doivent être considérées comme des circonstances aggravantes, ce qui justifie une augmentation de la sanction de 20 %. En revanche, il n'existe pas de

circonstances atténuantes. Les plaignantes n'ont pas mis fin à leur comportement et leur coopération n'est pas supérieure à la moyenne. En conséquence, l'instance inférieure a considéré qu'une sanction d'un montant de 4'545'123 francs était appropriée,

qui doit être mise à la charge des requérantes avec responsabilité solidaire.

G.d.j En ce qui concerne les frais, l'instance inférieure a finalement considéré que les recourantes étaient tenues de payer des frais au sens des art. 27 ss. LCART. Compte tenu de la décision divergente de la proposition du secrétariat, il convient d'accorder une déduction forfaitaire d'un tiers des frais pour les faits qui n'ont pas été établis et de les mettre à la charge de la caisse de l'Etat. Par conséquent, un émolument de [...] francs doit être mis à la charge des requérantes, qui sont solidairement responsables.

H. Procédure devant le Tribunal administratif fédéral

H.a Plainte

H.a.a Le 4 mai 2017, les recourantes ont déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de l'instance inférieure du 19 décembre 2016.

H.a.b Ils présentent les requêtes juridiques suivantes :

"1. annuler les chiffres 1, 2, 3, 4 et 5 du dispositif de la décision de la Commission de la concurrence du 19 décembre 2016 en ce qui concerne HCI Solu-~~ts~~SA et en ce qui concerne Galenica SA.

2. Eventuellement : les chiffres et4 le 6dispositif de la décision de la Commission des concours de décembre19. doivent2016 être corrigés en renonçant à infliger une sanction et/ou des frais de procédure à Galenica SA et HCI Solutions SA ou en réduisant la sanction et/ou les frais de procédure concernant Galenica SA et HCI Solutions SA.

- avec frais et indemnités à la charge de la Confédération -"

H.a.c Parallèlement, ils déposent les motions de procédure suivantes :

"1) Le dossier de l'enquête 32-0249 doit être retiré auprès de l'instance inférieure.

*2. Il y a lieu de procéder à un deuxième échange d'écritures au sens de l'art. 37 LTAF.
en relation avec l'art. Art. 57 al. de la PA2.*

3. Il convient d'organiser une audience publique des parties au sens de l'art. 40 al. 1 LTAF et/ou une audience d'instruction au sens de l'art. 57 al. 2 PA.

4. La présente plainte ainsi que toutes les annexes à cette plainte contiennent des secrets d'affaires des parties. En conséquence, les informations qu'elles contiennent ne doivent pas être divulguées à des tiers.

5. En cas de publication d'une décision, le texte à publier doit être communiqué aux plaignantes avant sa publication afin de vérifier l'absence d'éventuels secrets d'affaires".

H.a.d En outre, ils demandent dans le recours et dans d'autres requêtes l'audition des parties de H._____, O._____et K._____.

H.a.e A l'appui de leur recours, les requérantes invoquent l'établissement inexact ou incomplet des faits pertinents, diverses violations du droit fédéral ainsi que l'inopportunité.

H.a.f En ce qui concerne la constatation de la position dominante, les plaignantes critiquent tout d'abord la délimitation du marché effectuée par l'instance inférieure en ce qui concerne les parties adverses des fournisseurs de prestations. Ainsi, les éditeurs de logiciels ne feraient pas partie de la contrepartie du marché, car les contrats de licence seraient conclus directement avec les fournisseurs de prestations - à l'exception de medINDEX. Lors de la délimitation géographique du marché, il faut en outre tenir compte du fait qu'une concurrence potentielle peut également émaner de fournisseurs étrangers.

H.a.g En ce qui concerne l'appréciation de la position sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, les recourantes reprochent à l'instance inférieure d'avoir nié à tort l'existence d'une concurrence actuelle et potentielle. En effet, HCI ne peut pas se comporter de manière indépendante. Avec ywesee, il existe une concurrente actuelle et d'autres concurrents pourraient également concurrencer HCI s'ils effectuaient des investissements et mettaient en place une rédaction spécialisée. En outre, il faut tenir compte du fait que le marché va fortement évoluer avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LPTh. Enfin, le marché se caractérise par de faibles coûts irrécupérables, l'absence de coûts de commutation importants et d'autres effets de verrouillage. Au contraire, les inventions et les innovations joueraient un rôle important, ce qui se traduirait par un résultat "the winner takes it all".

H.a.h En ce qui concerne l'autre partie au marché des titulaires d'autorisations, les plaignantes font valoir que le marché de produits en cause n'est pas seulement

comme l'a constaté l'instance précédente, le marché de l'"accès" aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments, mais aussi "la préparation et le contrôle des données ainsi que l'enregistrement et la conservation/l'entretien dans les données électroniques et, en même temps, l'utilisation d'une infrastructure mise en place". La délimitation géographique du marché doit tenir compte de l'ouverture future du marché. Lors de l'évaluation de la position sur le marché, il faut tenir compte du fait que, sur le marché opposé à celui de HCI, il y a parfois des groupes pharmaceutiques actifs au niveau mondial qui ont la force financière d'entrer à tout moment sur le marché. [...]. Avec ywesee, il existe une concurrente actuelle. En conclusion, l'instance inférieure a considéré de manière erronée que HCI disposait d'une part de marché de 100 % et qu'une concurrence potentielle n'était pas possible.

H.a.i Les recourantes contestent en outre la constatation séparée de la position dominante dans le dispositif. D'une part, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, une telle mention dans le dispositif d'une décision de sanction selon l'art. 49a LCart n'est ni nécessaire ni admissible. D'autre part, les requérantes n'appartiendraient plus au même groupe en raison des restructurations qui ont eu lieu. Déjà au moment de la notification de la décision, la recourante n'était plus¹ une filiale de la recourante, raison pour laquelle la constatation du chiffre du 1dispositif doit être annulée.

H.a.j En ce qui concerne le reproche de restriction des ventes par les clauses A et B des contrats conclus avec les éditeurs de logiciels, les requérantes font valoir que ces deux clauses ne constituent pas une interdiction de coopérer avec des fournisseurs tiers et donc pas une obligation d'achat exclusif, mais seulement une réserve de consentement. La clause A ne figure que dans un seul contrat¹⁷⁵ et la clause B que dans 83 contrats sur un total, de sorte que la grande majorité des éditeurs de logiciels n'étaient pas liés par une telle clause. De plus, aucune société de logiciels n'a jamais invoqué la clause A ou B. Au contraire, HCI aurait donné l'autorisation correspondante si elle avait été sollicitée. L'instance inférieure n'a pu prouver par aucun exemple que les clauses modifiées avaient un effet restrictif sur les ventes. Le manque de succès des concurrents serait dû aux différences de qualité des données proposées.

H.a.k De plus, en s'appuyant sur le droit européen de la concurrence, il faudrait, pour que les éléments constitutifs de l'art. 7 Paragraphe en¹ relation avec l'art. alinéa. 2

lettre e LCart, un préjudice à la concurrence efficace est nécessaire. Or, l'instance inférieure n'a ni démontré ni prouvé l'existence d'un tel préjudice. HCI n'aurait pas poursuivi de stratégie d'éviction avec les clauses, mais aurait simplement voulu s'assurer que les données INDEX ne seraient pas modifiées à son insu ou mélangées avec des données de tiers ou qu'elles ne seraient transmises qu'incomplètement aux fournisseurs de prestations. En outre, d'un point de vue qualitatif, il n'existait pas de base de données comparable en Suisse durant la période examinée, raison pour laquelle le succès de HCI reposerait sur la qualité de ses prestations et non sur les clauses contractuelles mentionnées par l'instance inférieure. En tout état de cause, il existe une explication alternative crédible pour laquelle ywesee et ouwerkerk n'auraient pas pu entrer sur le marché avec le succès souhaité.

H.a.l Ensuite, les requérantes font valoir que les clauses visaient à éviter des perturbations dans les contrats de licence entre HCI et les fournisseurs de prestations, des risques de responsabilité et de réputation ainsi que des violations de la LCD. En conséquence, le comportement serait justifié par des raisons commerciales légitimes. L'instance inférieure n'a toutefois pas examiné ces arguments.

H.a.m En ce qui concerne le reproche de couplage illicite de prestations, les plaignantes font valoir qu'un couplage n'est illicite que si deux biens ou prestations séparés sont effectivement proposés en combinaison. L'examen de l'existence de biens séparés doit être effectué sur la base d'une délimitation orientée vers le marché. Une analyse précise, axée sur le marché, de la question de savoir si les prestations couplées sont demandées sur des marchés différents ne peut être omise que s'il est manifestement établi que le produit principal et le produit complémentaire sont des produits distincts. En l'espèce, l'instance inférieure n'a pas examiné le contenu et l'importance des services prétendument liés, n'a pas procédé à une délimitation du marché et a renoncé à une analyse orientée vers le marché de la question de savoir si les services liés étaient demandés sur différents marchés. Il n'y a pas de justification pour cette renonciation.

H.a.n La validation des données par la rédaction spécialisée est une caractéristique nécessaire des fichiers INDEX et Compendium. Les autres entreprises qui proposent des mesures d'assurance qualité ne fournissent pas les prestations nécessaires à l'assurance qualité des bases de données INDEX. Le site

n'apporte pas non plus la preuve de l'effet d'éviction allégué par l'instance précédente.

H.a.o Le Compendium et les bases de données INDEX contiennent des données extrêmement sensibles, dont HCI garantit l'exactitude à ses partenaires contractuels, raison pour laquelle HCI doit s'assurer elle-même de l'exactitude et de l'exhaustivité des données. De plus, le téléchargement sur l'AIPS n'occasionne qu'une dépense marginale de quelques secondes ou minutes. Par conséquent, ce comportement se justifie par les motifs légitimes de la sécurité des patients et du gain d'efficacité.

H.a.p En ce qui concerne la sanction, les requérantes font valoir que l'instance précédente a conclu à tort qu'elles avaient agi au moins par dol éventuel. En ce qui concerne le reproche de couplage, on ne peut pas déduire de l'ancienne procédure en matière de droit des cartels contre Documed la prévisibilité d'une infraction à la loi sur les cartels. A cela s'ajoute le fait que, dans la lettre du secrétariat de décembre 2012, le reproche de couplage illicite de ~~petite~~ ~~petite~~ existait pas encore et que HCI avait préalablement remis les nouveaux contrats au secrétariat. Elle a également demandé conseil, ce qui a été refusé par le secrétariat. L'instance inférieure n'a pas motivé en quoi les recourantes avaient violé un devoir objectif de diligence ou en quoi il y avait eu une faute d'organisation. En conséquence, il convient de nier toute négligence.

H.a.q Ensuite, les requérantes critiquent également le calcul de la sanction. L'instance inférieure aurait omis de procéder à un calcul séparé des chiffres d'affaires pertinents sur les deux marchés sur la base des marchés de produits pertinents délimités et des comportements reprochés. En outre, l'instance inférieure n'aurait dû tenir compte, lors de la détermination du montant de base, que des chiffres d'affaires de Documed et d'e-mediat qui ont été effectivement réalisés sur les marchés pertinents. Or, l'instance précédente a également inclus dans son calcul des chiffres d'affaires réalisés sur des marchés non pertinents, ainsi que des chiffres d'affaires internes au groupe. Ces derniers doivent toutefois être déduits.

H.a.r En outre, les considérations de l'instance inférieure relatives à la nature et à la gravité de l'infraction ne sont pas non plus défendables. Le comportement de HCI ne serait pas l'expression d'une stratégie globale "qui aurait permis d'assurer le contrôle de l'ensemble de la chaîne de création de valeur". Les considérants sont également inappropriés, car

l'instance inférieure y considère implicitement que

B-2597/2017

que les comportements qui n'ont pas été qualifiés d'illicites ont néanmoins un contenu illicite. La durée de l'infraction a également été fixée de manière erronée à 44 mois au lieu de 40 mois. L'augmentation de 33,33 % du montant de base semble toutefois justifiée. Le fait que Documed se soit déjà rendue coupable d'une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart, ne ~~peut~~ être prise en compte comme facteur aggravant ou au maximum à hauteur de 10% en raison de la similitude non prouvée des comportements. D'un autre côté, la bonne coopération de HCI doit être prise en compte dans le calcul de la sanction.

H.a.s Enfin, les recourantes contestent la fixation des frais par l'instance inférieure. Elles estiment que les frais de première instance à leur charge doivent être réduits non pas d'un, mais de deux tiers, étant donné que quatre des six comportements examinés au total ont été qualifiés de non abusifs et que les reproches maintenus sont des "faits secondaires".

H.b Consultation

H.b.a Dans sa réponse du 10 juillet 2017, l'instance inférieure a demandé le rejet du recours. En même temps, elle a déposé le dossier de la procédure (sur deux memory sticks).

H.b.b Tout d'abord, l'instance inférieure motive sa décision de manière générale en affirmant que le concept réglementaire prévoit que tous les affineurs de données peuvent télécharger de la plateforme AIPS, qui doit être considérée comme un lien entre les titulaires d'autorisation et les affineurs de données, la base complète des informations professionnelles et des informations sur les patients, afin de l'utiliser ensuite pour leurs produits commercialisés. Avec son modèle commercial, HCI inverse ce concept. De plus, le système légal de la mission publique de garantie de la sécurité des patients ne prévoit pas HCI ou sa banque de données. C'est pourquoi l'affirmation selon laquelle HCI assume une tâche publique et doit garantir la sécurité des patients ne repose sur aucune base légale et n'est pas correcte. En outre, l'horizon temporel des comportements doit être pris en compte, notamment dans le contexte de la décision du Tribunal administratif fédéral concernant l'obligation de publication. Cette décision et l'introduction de l'AIPS auraient entraîné, du point de vue des plaignantes, le risque de perdre le monopole sur les informations (électroniques) relatives aux médicaments.

Pour assurer leur position sur le marché, les plaignantes ont pris différentes mesures en 2012, dont certaines seulement constituaient une concurrence par les mérites et d'autres des comportements abusifs au sens de l'art. 7 LCart, qui doivent être qualifiées de comportement abusif. Les mesures ou modifications prises après 2014 n'auraient donc guère eu d'effet et n'auraient pas pu ébranler l'image globale des pratiques abusives.

H.b.c En ce qui concerne la délimitation du marché et la constatation de la domination du marché, l'instance inférieure renvoie à ses explications dans la décision attaquée. Elle a expliqué pourquoi une concurrence "autour" du marché était rejetée. Mais même si l'on parlait du principe d'une concurrence "autour" du marché, il y aurait une position dominante. En effet, aucun concurrent actuel n'est en mesure de disputer le marché aux plaignantes et il n'existe aucun signe concret de l'apparition d'une concurrence potentielle susceptible d'avoir une influence disciplinaire sur le comportement des plaignantes.

H.b.d En ce qui concerne la constatation isolée de la position dominante des plaignantes, l'instance inférieure renvoie également aux considérations qu'elle a formulées dans la décision. En complément, elle constate qu'il est inexact de dire que HCI n'était plus une filiale de Vifor (anciennement Galenica) au moment de la notification de la décision. Certes, il ressort du contrat d'apport en nature que HCI a été transférée à Galenica Santé, fondée le 13 février 2017 et opérant entre-temps sous la raison sociale Gale- nica SA. Mais du point de vue du droit des cartels, rien n'a changé à ce moment-là, puisque Galenica Santé était¹ une filiale à 100% de la plaignante au moment de sa création. En effet, selon [...], l'apporteur en nature, la recourante, a reçu 50'000'000 d'actions nominatives, soit 100% des actions, en 1, contrepartie de l'apport en nature. Il s'agirait donc²⁰¹⁷, dans le cadre de l'apport en nature de février^{13.}, d'une restructuration interne au groupe qui n'aurait² pas eu d'influence sur les possibilités de contrôle de la recourante sur¹ la recourante.

H.b.e En ce qui concerne le reproche de restriction des ventes, il a été expliqué en détail dans la décision que les clauses A et B ont cimenté la position des plaignantes sur le marché et fermé le marché aux concurrents potentiels. D'une part, en principe

le pourcentage de contrats dans lesquels les clauses pertinentes ont été insérées n'est pas pertinent, pour autant que ces clauses aient eu un effet de fermeture. D'autre part, le libellé de la clause A plaide déjà contre une simple exigence de consentement. Le fait que les requérantes elles-mêmes n'aient pas été confrontées à une demande ne permet pas de conclure que les clauses n'ont pas eu d'effet. Au contraire, la définition contractuelle pourrait déjà avoir un effet de fermeture, en particulier si l'on considère que les obstacles à l'accès au marché pour d'éventuels fournisseurs de données tiers sont déjà très élevés sans ces clauses.

H.b.f L'instance inférieure renvoie également à ses explications dans la décision en ce qui concerne les motifs justificatifs avancés par les recourantes. L'argument selon lequel la clause aurait servi à prévenir des infractions à la LCD est nouveau. Il n'est toutefois pas pertinent, car les moyens de droit civil et/ou pénal sont manifestement des moyens plus doux que l'entrave à la concurrence. Comme l'argument n'est avancé que dans le cadre de la plainte, cette justification ne peut guère correspondre à l'objectif initial de la clause.

H.b.g En ce qui concerne le reproche de couplage, l'instance inférieure maintient intégralement les considérants de sa décision. Le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments en vue de leur publication ainsi que le téléchargement de ces informations sur l'AIPS, d'une part, et l'affinage des informations sur les médicaments (y compris un [nouveau] contrôle de qualité quelconque lié à la création du produit spécifique), d'autre part, ne relèvent pas du même marché. Les effets d'exploitation et d'entrave de la vente liée doivent être reconnus dans le cas présent, même si, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il n'est pas nécessaire de le prouver séparément. Aucun motif justificatif suffisant n'a été avancé. La décision démontre que ni l'argument des coûts supplémentaires marginaux, ni celui du couplage encore autorisé en 2008 dans le domaine réglementé, ni les arguments en rapport avec la sécurité des patients n'ont été retenus. Le contrôle de la qualité en vue de la publication ne doit pas nécessairement être effectué avec celui d'un affineur de données en ce qui concerne son propre produit.

H.b.h En ce qui concerne la sanction, la décision a expliqué pourquoi il y avait au moins un dol éventuel.

De plus, tous les éléments d'une infraction par négligence au droit des cartels ont été démontrés. La conception du modèle d'affaires et des contrats est une décision stratégique prise par la direction. Par conséquent, une faute d'organisation - suffisante pour établir une faute au sens de l'imputabilité - existe dans tous les cas.

En outre, l'argument des recourantes selon lequel elles n'ont commis aucune faute en remettant au secrétariat les contrats révisés est également erroné. La remise des contrats a eu lieu dans le cadre de la procédure de droit des cartels et non dans le cadre d'une procédure d'opposition au sens de l'article 49a, alinéa b,2 LCart ou d'une consultation au sens de l'article 23, alinéa 2, LCart. En ce qui concerne la demande de conseil de 2013 invoquée par les recourantes, il convient de retenir que pendant une procédure d'enquête en matière de droit des cartels, il n'y a pas de place pour un conseil au sens de l'art. 23 LCart. 23 al. de la LCart2.

H.b.i En ce qui concerne le calcul de la sanction, l'instance inférieure explique qu'une répartition par marché n'est pas nécessaire et qu'elle est en outre artificielle, puisque le chiffre d'affaires a été réalisé sur les deux marchés mentionnés et que le résultat du calcul n'est pas non plus contesté par les recourantes. En ce qui concerne le reproche des recourantes selon lequel des chiffres d'affaires de marchés non pertinents auraient été pris en compte dans le calcul de la sanction, l'instance inférieure a constaté que les chiffres d'affaires "corrigés" présentés par les recourantes n'étaient pas transparents et que des chiffres d'affaires différents avaient été présentés comme chiffres d'affaires "corrigés" sans justification objective. Il n'est pas prouvé que des chiffres d'affaires ont été réalisés sur d'autres marchés, ni à quelle hauteur. En outre, les chiffres d'affaires internes au groupe ne doivent pas être déduits, car il n'y a pas lieu, dans la pratique, de distinguer entre la part du chiffre d'affaires qui a été créée grâce à un comportement anticoncurrentiel et celle qui n'est pas liée à un tel comportement.

H.b.j Le reproche selon lequel la motivation de la sanction donne l'impression que les quatre reproches non confirmés du Secrétariat sont néanmoins entachés d'illégalité, est erroné. Au contraire, c'est précisément pour cette raison que le montant de base a été massivement réduit (5%) par rapport à la demande (10%). Le fait que Documed se soit déjà rendue coupable d'un comportement illicite au sens de l'art. 7 LCart, constaté de manière juridiquement valable, a également été pris en compte de manière correcte dans le calcul de la sanction.

a été prise en compte à titre de circonstance aggravante. En effet, contrairement à la disposition en vigueur dans l'UE, l'art. 5, al. 1, let. a, de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ordonnance sur les sanctions LCart, OSCart, RS 251.5) ne contient pas de limitation aux infractions identiques ou similaires. La bonne coopération invoquée par les requérantes doit être niée, la procédure ne s'étant à aucun moment avérée particulièrement transparente.

H.b.k En ce qui concerne la mise à la charge des frais de première instance, il ne peut être procédé à une réduction schématique en fonction du nombre de reproches initialement examinés par rapport à ceux qui ont été confirmés. Il faut plutôt tenir compte du fait qu'une partie importante des frais est consacrée à l'établissement des faits et à la compréhension du marché.

H.c Réplique et duplication

H.c.a Dans leur réplique du 13 septembre 2017, les recourantes maintiennent les demandes juridiques formulées dans leur recours du 4 mai 2017.

H.c.b En ce qui concerne l'argument de l'instance inférieure selon lequel leur modèle d'affaires détourne le concept prévu par la réglementation, les recourantes font valoir que des entreprises telles que HCI ne sont pas tenues de proposer leurs services privés dans le sens d'un concept réglementaire. En outre, la création de l'AIPS n'avait pas pour but de mettre en œuvre un concept réglementaire de grande envergure, mais uniquement de permettre la création d'une plateforme de publication conforme à la loi. Lorsque le HCI est chargé de préparer les données de l'AIPS, il prépare les versions de l'AIPS ainsi que les autres données (Compendium et INDEX) en parallèle. Il existe un cadre réglementaire insuffisant en ce qui concerne la publication d'informations professionnelles et d'informations sur les patients sur l'AIPS.

H.c.c En ce qui concerne la question de la position dominante, il faut tenir compte du fait que les marchés examinés peuvent évoluer rapidement, comme le montre la révision décidée de la loi sur les produits thérapeutiques. En outre, en raison de la présomption d'innocence, l'argument de l'instance inférieure selon lequel les plaignantes continueraient à faire supporter les coûts de la validation des données aux titulaires de l'autorisation de mise sur le marché, ce qui démontre la

position dominante, ne devrait pas être pris en considération.

B-2597/2017

H.c.d En ce qui concerne les éléments constitutifs de la restriction des ventes, non seulement le droit européen de la concurrence et le récent arrêt *Intel Corporation/Commission de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)* permettent de conclure à la nécessité d'un effet anticoncurrentiel, mais le Tribunal fédéral a également constaté, dans l'arrêt *Publigroupe*, que le caractère abusif, y compris l'atteinte à la concurrence, des pratiques litigieuses mentionnées à l'art. 7, al. 2, LCart, doit être constatée au cas par cas (ATF I 13972, *Publigroupe*, consid. 10.1.2). La constatation de l'instance précédente selon laquelle la fixation contractuelle pouvait déjà avoir un effet d'exclusion du marché et que les clauses avaient éventuellement eu des effets ne suffit donc pas. En ce qui concerne les motifs justificatifs invoqués dans le recours, les recourantes répètent que HCI craignait effectivement que l'utilisation de données de tiers puisse conduire à des relations non transparentes. De plus, le motif justificatif de la prévention des violations de la LCD n'a pas été ajouté, mais les plaignantes se sont déjà penchées sur les possibilités de protection contre les violations de la LCD.

H.c.e En ce qui concerne le reproche de couplage, les plaignantes indiquent qu'il n'y a pas de délimitation des marchés pertinents. Il ressort de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2618/2013 du 24.11.2016, arrêt du Tribunal fédéral du 13 novembre dans l'affaire *Publigroupe* (ATF 139 I 72), qui renvoie notamment à LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, éd5., ainsi que de la jurisprudence récente dans l'UE, que les effets négatifs - l'entrave à la concurrence - doivent être constatés.

H.c.f En ce qui concerne la sanction, les recourantes maintiennent le grief selon lequel il n'y a pas de motivation quant à la nature exacte de la négligence ou de la faute d'organisation. De même, les requérantes maintiennent que, lors de la détermination du montant de base, seuls les chiffres d'affaires réalisés sur les marchés concernés doivent être pris en compte et que les chiffres d'affaires réalisés au sein du groupe doivent être déduits. Elles expliquent par la suite les nombreuses déductions du chiffre d'affaires net de Documed et d'e-mediat.

H.c.g Les recourantes font en outre valoir que la motivation de la sanction de l'instance précédente ne tient pas compte de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, même si l'instance précédente, en tant que telle, compte de la nature et de la gravité de l'infraction, a réduit le montant de base de 10 % à 10 %.

5% de réduction. La motivation de l'instance inférieure concernant la nature et la gravité de l'infraction dans la décision correspond en grande partie à celle du secrétariat dans la demande.

H.c.h Dans sa duplique du 19 octobre 2017, l'instance inférieure conclut au rejet du recours sans modification.

H.c.i L'instance inférieure fait remarquer que les conditions-cadres réglementaires ont été modifiées en janvier 2013. Comme auparavant, seul le domaine de la publication des informations sur les médicaments est réglementé. Celle-ci doit avoir lieu sur la plateforme étatique AIPS. Le perfectionnement, en revanche, est laissé au marché libre et ouvert à la concurrence. Dans ce contexte, les plaignantes ont remplacé leurs offres jusqu'alors séparées sur le papier par une nouvelle offre commune aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché, comprenant l'enregistrement dans la banque de données INDEX. Partant de leur position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et de la position dominante qui en résulte sur le marché de l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments, elles ont couplé la préparation des données pour la publication avec l'accès dans leur banque de données. Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché n'auraient ainsi plus pu choisir librement qui prépare leurs informations sur les médicaments pour la publication sans subir de désavantage économique. Ce n'est pas à l'entreprise dominante de décider ce qui est conforme au marché et efficace du point de vue de la demande. Un comportement efficace et avantageux pour une entreprise dominante n'est pas automatiquement efficace et avantageux pour le marché ou la concurrence. Le couplage entraverait les concurrents au niveau de la publication et désavantagerait les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché.

H.c.j Durant la période où l'introduction d'une plate-forme de publication officielle aurait permis l'ouverture du marché, les plaignantes auraient non seulement procédé à la vente liée, mais auraient également inséré des clauses restrictives dans leurs contrats avec les éditeurs de logiciels. Ces clauses restreindraient la concurrence et contribueraient à maintenir les structures de marché antérieures. Les tentatives d'au moins deux concurrents de s'implanter sur le marché ont été vaines. L'évolution hypothétique du marché sans couplage et sans ces clauses ne peut pas être prouvée. Le marché naissant aurait été étouffé dans l'œuf dès le départ.

H.c.k Par requête du 27 novembre 2017, les recourantes ont spontanément pris position sur la duplique de l'instance inférieure.

H.d Autres étapes de la procédure

H.d.a Le 16 novembre 2018, les recourantes ont déposé une nouvelle requête, accompagnée d'une note de frais. Les recourantes y expliquent en substance qu'elles ont provisoirement adapté leur comportement suite à la procédure devant l'instance inférieure, de sorte que les comportements qualifiés d'illicites par l'instance inférieure ne sont plus pratiqués. Les expériences faites sur le marché depuis l'adaptation du comportement montreraient que les comportements de HCI qualifiés d'abusifs par l'instance inférieure n'ont pas eu d'effet négatif sur la concurrence.

H.d.b En avril 2017, HCI a informé par écrit les éditeurs de logiciels qu'elle n'était plus liée par la réserve de consentement prévue par la clause B. En conséquence, la clause B n'est plus en vigueur dans une grande partie des contrats depuis 2015 et a été supprimée à grande échelle en avril 2017. Malgré le changement de comportement, les conditions de concurrence n'ont pas changé. Aucun fournisseur de données supplémentaire n'est entré sur le marché entre-temps et les fournisseurs existants n'ont pas augmenté leur part de marché. Il en résulte que les clauses n'ont pas eu d'effet sur la concurrence. En ce qui concerne le comportement qualifié d'illicite de la vente liée, HCI a également été amenée à proposer en option le contrôle de la qualité des ~~firmes~~ spécialisées. Cette optionnalité serait artificielle et source de confusion. Seul un faible pourcentage de titulaires d'autorisation renoncerait désormais au contrôle de qualité. Lors du traitement ultérieur des données dans l'INDEX (structuration, Clinical Decision Support), le HCI doit néanmoins effectuer un contrôle de qualité qui porte sur presque tous les chapitres pertinents que le HCI doit également contrôler dans le cadre de la vérification mandatée de l'information professionnelle. Il n'y a pas eu d'entrée sur le marché d'entreprises qui assureraient le contrôle de la qualité en concurrence avec l'offre de HCI. Comme il n'y a eu ni entrée sur le marché ni autres changements sur le marché permettant de conclure à une atteinte à la concurrence par HCI avant l'adaptation du comportement, il est établi que l'instance inférieure a qualifié à tort le comportement de HCI d'abusif. Enfin, depuis le mois¹. de janvier, HCI aurait également 2017 interdit l'upload

sur l'AIPS, sur mandat des titulaires d'autorisation, en tant que prestation de service séparée au prix de 30 francs. Depuis cette modification, à une seule exception près (P. _____), tous les titulaires d'autorisation font appel à ce service du HCI. Par ailleurs, certains petits titulaires d'autorisation effectuent eux-mêmes le téléchargement. Mais là encore, il n'y a pas eu d'entrée sur le marché. En outre, certains titulaires d'autorisation avaient déjà voulu procéder eux-mêmes au téléchargement sur AIPS. Par conséquent, l'élément constitutif de l'entrave à la concurrence n'est pas non plus rempli en ce qui concerne le téléchargement sur AIPS.

H.d.c L'instance inférieure a pris position sur la requête des plaignants du 16. novembre, par 2018 lettre du mois 5. de février 2019. Elle estime que, dans l'intérêt de l'économie de la procédure et du principe de célérité, la requête des plaignantes doit être retirée du dossier en tant qu'argument tardif et non pertinent pour l'issue de la procédure. Il ne s'agit pas d'éléments de fait nouveaux qui doivent être portés à la connaissance du public. Les effets invoqués se situent en dehors de la période d'enquête et ne font pas partie de l'objet du litige. En outre, il n'est pas possible de tirer des conclusions pertinentes pour des périodes antérieures à partir d'une évolution ultérieure dans d'autres circonstances de fait.

H.d.d L'instance inférieure poursuit en expliquant que pour une appréciation basée sur le passé selon la loi sur les cartels, les seuls éléments essentiels sont la concurrence qui aurait été possible au moment de la pratique abusive et l'existence effective d'entraves à la concurrence. Pour déterminer si la concurrence aurait été possible dans le passé, la circonstance invoquée, à savoir que l'adaptation du comportement n'a pas entraîné de réaction des autres entreprises, n'est pas pertinente. Cela est d'autant plus vrai que la situation concurrentielle actuelle est fondamentalement différente de celle qui prévalait à l'époque.

H.d.e Dans leur requête du mois de mars 15., 2019 les recourantes ont pris position spontanément sur la prise de position de l'instance inférieure du 5 février 2019 et affirment ne pas être d'accord avec les explications de l'instance inférieure.

H.d.f La demande procédurale de l'instance inférieure de rejeter la requête des recourantes du 16 novembre 2018 du dossier a été rejetée par décision incidente de février 19. 2019.

H.d.g Par requête du 3 mai 2019, les recourantes ont déclaré, à la demande de la juge d'instruction, qu'elles renonçaient à la tenue d'une audience publique au sens de l'art. 40 LTAF, étant donné qu'un échange répété sur les points de vue juridiques avait déjà eu lieu. En revanche, les recourantes maintiennent explicitement les demandes de preuves qu'elles ont formulées.

Le Tribunal administratif fédéral considère que

1. Conditions de procédure

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et avec libre cognition si les conditions de procédure sont remplies et s'il faut entrer en matière sur un recours (ATF 2007/6 consid. avec 1 renvois).

1.1 Compétence matérielle et objet de la contestation

1.1.1 Conformément à l'art. 31 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du mois de juin (17.2005LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral statue sur les recours contre les décisions prises en vertu de l'art. 5 PA, qui ont été rendues par l'une des autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF, pour autant qu'aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF ne soit donnée.

1.1.2 L'instance inférieure constitue une commission fédérale au sens de l'art. 33 let. f LTAF (art. 18. LCart, art. 2 al. et 3 art. 57a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 [LOGA, RS 172.010], art. 7a et art. 8a de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du novembre [25.1998OLOGA, RS 172.010.01]).

1.1.3 Les décisions au sens de l'art. 5 PA, les décisions des autorités qui, en vertu du droit public fédéral, soit fondent, déterminent, modifient, annulent ou constatent les droits et obligations du destinataire de la décision, soit rejettent la demande du destinataire de la décision ou n'entrent pas en matière sur celle-ci.

1.1.4 Par décision du 19 décembre 2016, l'instance inférieure a constaté à l'encontre des plaignantes que Galenica, par le biais de sa filiale HCI, disposait d'une position dominante sur deux marchés déterminés au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Elle a en outre qualifié certains comportements de pratiques illicites à sanctionner selon l'art. 49a al. 1 LCart, conformément à l'art. 7 LCart, et a par conséquent ordonné, au chiffre et2 au 3dispositif, des mesures visant à éliminer les restrictions illicites à la concurrence constatées. L'instance inférieure a infligé aux recourantes une sanction administrative de 4'564'123 francs avec responsabilité solidaire. En outre, l'instance inférieure a obligé les recourantes à payer des frais de procédure de [...] francs.

1.1.5 Les possibilités d'action commerciale des requérantes ont ainsi été restreintes. L'instance inférieure a imposé aux recourantes, sur la base du droit public de la Confédération, des obligations de manière souveraine, obligatoire et contraignante, et les a ainsi soumises à la loi au sens de l'art. 5 al. let1. a PA.

1.1.6 Il n'y a pas d'exception selon l'art. 32 LTA.

1.1.7 Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent à raison de la matière pour traiter le présent recours.

1.2 Qualité pour recourir et autres conditions d'entrée en matière

1.2.1 La légitimation à recourir suppose, selon l'art. 48 PA, il faut que (i) le requérant a participé à la procédure en première instance ou n'a pas eu la possibilité d'y participer, qu'il est particulièrement touché par la décision attaquée et qu'il a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée, ou (ii) qu'une loi fédérale confère expressément ce droit au requérant.

1.2.2 Les recourantes ont participé à la procédure d'instruction en première instance en tant que parties (art. 48 al. 1 let. a PA). En tant que destinataires de la décision, dont les demandes ont été au moins partiellement rejetées dans la procédure de première instance, elles sont particulièrement touchées par la décision attaquée. En outre, les recourantes sont touchées par la décision attaquée en raison de la constatation de la position dominante (ch. du 1dispositif), des mesures prises au sens de l'art. 30 LCart (ch. et2 3) ainsi que l'obligation de payer une sanction administrative (ch. 4) et des frais de procédure.

(ch. 5) (art. 48 al. 1 let. b PA) et ont un intérêt à leur annulation ou à leur ~~nullité~~ doit être reconnu comme digne de protection (art. 48 al. 1 let. c PA). Les recourantes sont donc habilitées à recourir sur la base de l'art. 48 al. de la 1 PA, ont qualité pour recourir.

1.2.3 Dans leur recours, les recourantes invoquent la constatation incorrecte ou incomplète des faits pertinents, diverses violations du droit fédéral ainsi que l'inopportunité. Ces griefs sont des motifs de recours recevables au sens de l'art. 49 PA.

1.2.4 Le délai de recours selon l'art. 50 PA a été respecté par le recours du 4 mai 2017 (date d'envoi de la décision : 20 mars 2017), compte tenu de la suspension des délais prévue à l'art. 22a al. 1 let. a PA. En outre, l'acte de recours remplit les exigences légales quant au contenu et à la forme (art. 52 PA) et les représentants ont justifié de leurs droits (art. 11 PA).

1.2.5 La clôture des frais a été payée dans le délai imparti (art. 63 al. 4 PA). Les autres conditions du jugement sur le fond sont remplies. Il convient d'entrer en matière sur le recours.

2. Champ d'application de la loi sur les cartels

La loi sur les cartels est déterminante pour l'appréciation de l'affaire litigieuse. Son application présuppose que le champ d'application personnel et matériel ainsi que le champ d'application spatial et temporel soient donnés.

2.1 Champ d'application personnel

2.1.1 Selon l'article 2, alinéa 1 de la LCart, la loi sur les cartels s'applique à titre personnel aux entreprises de droit privé et de droit public. Les destinataires de la loi sur les cartels sont donc les "entreprises". Selon la définition légale de l'article 2, alinéa 1^{bis} LCart, sont considérés comme tels tous les demandeurs ou fournisseurs de biens et de services dans le processus économique, indépendamment de leur forme juridique ou de leur organisation.

2.1.2 Au-delà du libellé de l'art. 2 LCart^{1bis}, un participant au processus économique doit disposer d'une indépendance économique pour être considéré comme un destinataire de la loi sur les cartels. L'indépendance économique

L'indépendance économique est une condition constitutive de la notion d'entreprise. Cela signifie que les entités qui ne participent pas de manière autonome au processus économique ne doivent pas non plus être qualifiées d'entreprises au sens de la loi sur les cartels (arrêt du TAF B-2977/2007 du

27 avril 2010, *Publigroupe*, consid. 8.2.2 ; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in : Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [éd.], DIKE-Kommentar KG, 2018, art. 2 N 20 [ci-après cité : {AUTOR}, DIKE-KG]). L'existence d'une indépendance économique présuppose qu'un participant au processus économique peut déterminer son comportement économique sous sa propre responsabilité, sans influence extérieure significative (MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in : Amstutz/Reinert [éd.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl, 2021, art. 2 N 82 [ci-après cité : {Autor}, BSK-KG] ; BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in : Baker & McKenzie, Handkommentar zum Kartellgesetz, 2007, art. 2 N 5 [ci-après cit : {Autor}, Handkommentar KG] ; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rz. 1.58). En principe, la prise d'influence sur les affaires stratégiques entraîne déjà l'existence d'une unité économique au sens de la notion d'entreprise en droit des cartels. La prise d'influence d'un tiers contrôlant sur le domaine d'activité opérationnel et donc sensible à la concurrence n'est pas une condition sine qua non (arrêt du TAF B-8399/2010 du septembre 23. *Baubeschläge* 2014, *Siegenia-Aubi*, E. 2.7).

2.1.3 Le champ d'application personnel est donc lié à la notion d'entreprise. In casu, la question de la notion d'entreprise se pose en particulier dans le contexte d'un groupe de sociétés. Un groupe représente une association particulière de sociétés qui repose, au sens large, sur un regroupement de différentes unités d'organisation juridiquement indépendantes en une unité économique autonome sous une direction de groupe supérieure (arrêt du TAF B-831/2011 de décembre 18. 2018, *SIX*, consid. 39).

2.1.4 Dans le cas des groupes, les sociétés du groupe juridiquement indépendantes ne constituent pas des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, faute d'autonomie économique. Dans de tels cas, c'est le groupe dans son ensemble qui est considéré comme une entreprise, et non une société du groupe déterminée (arrêt du TF 2C_484/2010 du juin 29. *Publigroupe* 2012., consid. [non publié 3 dans ATF I 13972] ; arrêts du TAF B-7633/2009 du 14 septembre *ADSL* 2015, II, consid. 29 ; B-581/2012 du septembre 16. *Nikon* 2016.,

E. 4.1.3 ; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 4.1 ; RALF MICHAEL STRAUB,
Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in : Festschrift für Anton K.
Schnyder zum

65. anniversaire, p2018,. ss1269, p. ss1278 ; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, art. 2 N 31 ; JÜRIG BORER, Droit de la concurrence I, Loi suisse sur les cartels, éd3.. 2011, Art. 2 Rz. 11).

2.1.5 L'instance précédente a considéré que Galenica et HCI (ainsi que Documed et e-mediat jusqu'en 2016) étaient des sociétés juridiquement indépendantes, agissant dans le processus économique en tant que demandeurs ou fournisseurs de biens et/ou de services. Documed et e-mediat se sont officiellement 2013 présentées ensemble, en particulier lors des offres pour les nouveaux contrats avec les titulaires d'autorisation, de sorte que le comportement en question peut être attribué soit à elles deux, soit à HCI en tant que société de gestion des deux, soit à Documed d'une part et à e-mediat d'autre part. Suite au contrat de fusion conclu en janvier 1., 2016 HCI a repris les activités de Documed et d'e-mediat. C'est d'eux qu'émanerait le comportement à apprécier. Il est en outre concevable qu'elles aient été intégrées dans la stratégie globale du groupe Galenica et placées sous la direction de la société mère. Les différentes restructurations opérées récemment au sein du Groupe permettent de conclure que Galenica, en tant que société mère, n'a pas seulement la possibilité d'exercer une influence, mais qu'elle le fait aussi, du moins en partie. Le sujet de l'entreprise au sens du droit des cartels est donc l'ensemble des sociétés regroupées et donc le groupe dans son ensemble.

2.1.6 Ces considérations de l'instance précédente ne sont pas contestables. Au vu des circonstances, l'instance précédente a conclu à juste titre que l'ancien Groupe Galenica dans son ensemble était l'entreprise déterminante au sens de l'art. 2 al. de la LCart^{1bis}. L'existence d'une unité d'organisation économique de l'ancien Groupe Galenica au sens de la notion d'entreprise en droit des cartels n'est pas non plus remise en question par les recourantes. Par ailleurs, le changement de société mère au cours de l'année ne donne pas 2017 lieu à une appréciation différente du champ d'application personnel (cf. à ce sujet E. 3.18), mais ce dernier est pris en compte lors de l'examen des mesures de droit des cartels en

E. doivent être prises en 14 compte.

2.1.7 Alors que le champ d'application personnel de la loi sur les cartels peut donc être affirmé dans le sens précité, les destinataires de la décision et donc les sujets de la sanction ne doivent être déterminés que dans une étape ultérieure (voir ci-dessous E.). 3), car même dans le domaine d'application du droit suisse des cartels, le destinataire de la

décision ne peut être que celui qui est lui-même sujet de la sanction.

dotée de la personnalité juridique et donc titulaire de droits et d'obligations (arrêts B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, consid. 2.8 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. ss65.). En pratique, le groupe n'a pas la qualité de partie dans la procédure cartellaire, faute de personnalité juridique propre (arrêts B-7633/2009, *ADSL II*, consid. ss68 ; B-581/2012, *Nikon*, consid. 4.1.4 ; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. et4.1 suiv.).

2.2 Champ d'application matériel de la loi sur les cartels

2.2.1 Restriction de concurrence déterminante

2.2.1.1 D'un point de vue matériel, la loi sur les cartels est applicable lorsque des entreprises, conformément à l'art. 2, al. 1, LCart, concluent des accords cartellaires ou d'autres accords en matière de concurrence, exercent un pouvoir de marché ou participent à des concentrations d'entreprises (arrêt du TAF B-506/2010 de décembre19. *Gaba2013*,., consid. 3.2.1).

2.2.1.2 Dans le cas présent, c'est la variante de l'exercice d'un pouvoir de marché qui est importante. Cette variante vise les cas d'exercice illicite de la puissance économique par un acteur du marché au moyen de certains comportements répréhensibles. La loi sur les cartels ne donne pas de définition légale du pouvoir de marché. Cette notion ne figure pas non plus à l'article 7 LCart, qui définit les éléments matériels d'un exercice illicite de la puissance économique. Cette disposition ne se réfère pas à l'exercice d'un pouvoir de marché, mais à la caractéristique d'une entreprise dominante sur le marché, qui est définie par l'art. 4 Le contenu de la LCart² est précisé. Il est admis que le pouvoir de marché se situe entre l'influence normale sur le marché, que presque toutes les entreprises peuvent atteindre, et la domination du marché selon l'art. 4, al. 2 LCart, qui n'est accordée qu'aux entreprises disposant d'un certain pouvoir (HEIZMANN/MAYER, DIKE- KG, art. 2 N 50 avec d'autres références).

2.2.1.3 La présente procédure antitrust et la décision attaquée portent notamment sur la limitation prétendument injustifiée des ventes des concurrents ainsi que sur la subordination prétendument injustifiée de conditions à la conclusion de contrats par une entreprise occupant une position particulière sur le marché, et donc sur un exercice prétendument illicite du pouvoir de marché.

2.2.2 Dispositions réservées

2.2.2.1 Selon l'art. 3, al. 1, LCart, les prescriptions sont réservées à la loi sur les cartels dans la mesure où elles ne permettent pas la concurrence sur un marché de produits ou de prestations déterminés, en particulier les prescriptions qui fondent une organisation étatique du marché ou des prix et celles qui confèrent des droits spéciaux à certaines entreprises pour l'accomplissement de tâches publiques. Les effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle ne sont pas non plus couverts par la loi. En revanche, les restrictions à l'importation qui se fondent sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à l'appréciation de la loi sur les cartels (art. al3. LCart2).

2.2.2.2 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les arrêts *Hors-Liste Médicaments* (*recommandations de prix publics concernant Cialis, Levitra et Viagra*), la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart ne doit être appliquée que de manière restrictive. Selon cette jurisprudence, une exclusion de la loi sur les cartels n'est possible que sur la base d'une base légale claire qui ordonne ou autorise un comportement entravant la concurrence (arrêts du TF 2C.75/2014 ; 2C.77/2014 ; 2C.79/2014 et 2C.80/2014, *Hors-Liste Médicaments*, du

28. janvier, 2015 consid. avec 2.2.3 référence à l'ATF II129 consid497. 3.3.3). De plus, selon cette jurisprudence, l'art. 3 al. 1 LCart ne réserve que les normes qui traitent différemment les mêmes faits sous les mêmes aspects, c'est-à-dire lorsqu'il y a un conflit de normes. Les normes qui règlent un état de fait selon des points de vue différents s'appliquent parallèlement et ne s'excluent pas mutuellement (arrêts 2C.75/2014 ; 2C.77/2014 ; 2C.79/2014 et 2C.80/2014, *Hors-Liste Médicaments*, consid. avec 2.4.1 référence à l'ATF II 137 *Terminaison 199, téléphonie mobile*, consid. et 3.4 arrêt du TF 2A.142/2003 du 5 septembre, consid2003. 4.1.3).

2.2.2.3 Les dispositions relatives à l'information sur les médicaments dans la loi sur les produits thérapeutiques et l'ordonnance sur les médicaments (art. 11, al. 1, let. f et al. ainsi que 3 art. LPT16, art. 14 s. OAMédcopy) ne justifient pas de réserve au sens de l'art. 3, al. 1, LCart. Il en va de même pour les directives de Swissmedic selon lesquelles les titulaires d'autorisation doivent publier les informations sur les médicaments sur AIPS. En effet, il ne s'agit pas ici de la publication sur AIPS, mais de la commercialisation des informations sur les médicaments. Ce dernier point n'est pas réglé par ces dispositions. De même, les obligations de contrôle et de diligence dans le maniement des

médicaments ne sont pas régies par la loi.

B-2597/2017

au niveau des fournisseurs de prestations (art. 3 et 26 LPT_h) ne constituent pas une réserve au sens de l'art. 3 al. de la LCart₁. En effet, elles ne concernent pas la publication des informations sur les médicaments en tant que telles ou une commercialisation ultérieure de ces données.

2.2.2.4 En outre, aucune protection du droit d'auteur des recourantes sur les données des bases de données INDEX n'a été démontrée, raison pour laquelle un examen de la relation entre la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (loi sur le droit d'auteur, LDA, RS 231.1) et la loi sur les cartels peut être omis. En outre, il n'est pas contesté qu'il n'existe pas non plus de protection par d'autres droits de propriété intellectuelle (art. al3. LCart₂, cf. ci-après consid. 12.6.17).

2.2.2.5 Dans l'ensemble, il convient donc de constater avec l'instance précédente qu'aucune disposition n'est visible sur les marchés à évaluer en l'espèce qui pourrait justifier une réserve selon l'art. 3 LCart peuvent justifier. Une telle réserve n'a d'ailleurs pas été invoquée par les recourantes.

2.2.2.6 Le champ d'application matériel de la loi sur les cartels est donc donné. Dans le cadre de l'examen juridique, il convient d'évaluer si les plaignantes disposent d'un pouvoir de marché au sens de l'art. 2 al. de la LCart₁ ont exercé. L'application de la loi sur les cartels n'est pas exclue en raison d'une réserve expresse en faveur d'autres dispositions ou du principe de la *lex specialis*.

2.2.3 *Digression : révision de la loi sur les produits thérapeutiques*

2.2.3.1 Le 7 novembre 2012, le Conseil fédéral a transmis au Parlement le message relatif à la modification de la loi sur les produits thérapeutiques (message relatif à la modification de la loi sur les produits thérapeutiques du 7 novembre 2012, [FF 2013 1]). Le Conseil national et le Conseil des Etats ont ensuite débattu du projet et adopté la loi révisée sur les produits thérapeutiques lors du vote final du 18 mars 2016 (FF 2016 1953). Le délai référendaire a expiré le 7 juillet 2016 sans avoir été utilisé (RO 2017 2745).

2.2.3.2 L'art. 67 LPT_h est également concerné par la révision. Les alinéas 3 à 9 de cet article ont été modifiés comme suit :

³ Les titulaires de l'autorisation, les représentants des professions médicales intéressées, les personnes disposant d'une compétence d'autorisation

autonome au sens de l'article ainsi que 25 les patients ou leurs représentants sont informés par écrit de l'existence de l'autorisation.

Les associations gèrent ensemble une institution sous la forme d'une fondation qui exploite un répertoire électronique contenant les contenus des informations sur les médicaments prescrits par la loi dans les domaines humain et vétérinaire.

⁴ L'institution publie dans le répertoire électronique visé à l'al. 3 le contenu des informations sur les médicaments des titulaires d'autorisation, de manière ~~complet~~ et actualisée, sous une forme appropriée et structurée, aux frais de ces derniers. Un répertoire simple contenant les informations complètes et actualisées sur les médicaments est accessible à tous, publiquement et gratuitement.

⁵ Les titulaires d'autorisation fournissent à l'institution les contenus des informations sur les médicaments prescrits par la loi sous la forme prévue à cet effet. Si les titulaires de l'autorisation ne remplissent pas cette obligation, l'institution établit la structuration à leurs frais.

⁶ L'institution fixe, en collaboration avec l'institut et les personnes habilitées à remettre des données sous leur propre responsabilité selon l'article, les exigences relatives au volume et à la structure des données selon l'alinéa 4 et à leur livraison selon l'alinéa 5. A cet effet, il tient compte, dans la mesure du possible, des normes internationales pertinentes.

⁷ Les services fédéraux compétents peuvent rendre accessibles, via le service d'annuaire, d'autres informations publiées par les autorités.

⁸ Si l'institution ne remplit pas sa tâche, l'institut publie le contenu des informations sur les médicaments prescrites par la loi sous la forme d'un répertoire électronique, aux frais des titulaires d'autorisation. L'institut peut confier l'élaboration et l'exploitation du répertoire à des tiers.

⁹ Dès qu'il reçoit une demande d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament, l'institut publie l'indication, les principes actifs de ce médicament ainsi que le nom et l'adresse du requérant, pour autant qu'aucun intérêt digne de protection lié au secret ne s'oppose à la publication.

2.2.3.3 Le projet du Conseil fédéral ne prévoyait pas encore les alinéas 3 à 9 de l'art. 67 nLPTab, mais proposait ce qui suit à l'art. 67, al. 1^{bis}, P-LPTab (FF 2013 131, s143.) :

L'institut peut publier les informations destinées aux professionnels et aux patients (informations sur les médicaments) sous la forme d'un répertoire électronique, aux frais du titulaire de l'autorisation. Il confie l'élaboration et l'exploitation du répertoire à des tiers.

2.2.3.4 Les dispositions révisées sont entrées en vigueur le 1er janvier 2019. En vertu de l'art. 67, al. 3 nLPM, la fondation Refdata est chargée depuis le 1er janvier 2019 de la publication des informations destinées

aux professionnels et au public concernant les médicaments à usage humain et vétérinaire. Refdata prend ainsi le relais de Swissmedic.

de ses responsabilités actuelles. Il incombe désormais à la fondation Refdata de veiller à ce que les titulaires d'autorisation disposent d'une plateforme de publication leur permettant de remplir leurs obligations en la matière à moindre coût. La fondation Refdata a chargé les partenaires actuels de l'exploitation des plateformes de publication pour les médicaments à usage humain et vétérinaire : pour les médicaments à usage humain, HCI et pour les médicaments vétérinaires, la Veterinärpharmakologie und -toxikologie, Vetsuisse Fakultät, à Zurich (www.refdata.ch/fr/faq et <https://www.refdata.ch/de/kontakt> [consulté le 24.08.2020]).

2.3 Champ d'application territorial

2.3.1 La loi sur les cartels est valable sur le territoire suisse et s'applique, conformément au principe des effets expressément prévu à l'art. 2, al. 2 LCart, à tous les faits qui ont des répercussions en Suisse. Cela vaut même s'ils ont été provoqués à l'étranger.

2.3.2 En l'espèce, tant le comportement à examiner que les conséquences qui en découlent se rapportent à la Suisse. Le champ d'application territorial de la loi sur les cartels est donc donné.

2.4 Champ d'application temporel

2.4.1 La loi sur les cartels est entrée en vigueur en juillet 1996, et plusieurs modifications législatives ont été apportées entre-temps. L'article 49a LCart, qui constitue la base juridique d'une sanction des plaignantes, a été inséré dans la loi sur les cartels par la loi fédérale de juin 2003 et est entré en vigueur le 1er avril 2004.

2.4.2 Les comportements des plaignantes à évaluer en l'espèce ont commencé au plus tôt en septembre 2012. Le champ d'application temporel de la loi sur les cartels est donc donné.

3. Destinataires légitimes de la décision

3.1 L'instance précédente a considéré que l'ancien Groupe Galenica ne pouvait pas être destinataire de la décision, car en tant que groupe, il n'est pas un sujet de droit selon le droit suisse. Il était donc approprié de prendre en compte, outre les filiales Documed, e-mediat et HCI directement impliquées, également le groupe Galenica, en raison des liens existant entre les sociétés.

Galenica, la société mère du groupe, doit être traitée comme destinataire de la décision. Il convient en outre de tenir compte du fait que Documed et e-mediat ont été fusionnés dans HCI au 1er janvier 2016 et qu'il n'existe juridiquement plus que HCI.

3.2 Les recourantes font valoir qu'en raison des restructurations du Groupe Galenica (cf. supra consid. B.a), il n'existe plus aujourd'hui de relation de groupe entre HCI et Galenica. Déjà au moment de la notification de la décision attaquée, HCI n'était plus une filiale de Galenica. L'autorité de recours doit fonder sa décision sur l'état de fait qui était déterminant au moment de sa décision. La recourante n'est plus la société mère de la recourante 2. L'actuel Groupe Galenica et l'actuel Groupe Vifor Pharma sont chacun des groupes indépendants, cotés en bourse, le premier étant principalement actif dans la distribution et la vente de médicaments en Suisse et le second étant orienté vers l'international et produisant des préparations à base de fer. Il n'y a donc aucun sens à condamner la requérante 1 à une sanction qui n'a rien à voir avec son activité commerciale et à lui imposer des règles de comportement qui n'ont aucun lien avec elle. Il est également inutile de constater la position dominante de la plaignante. 1.

3.3 Dans sa consultation, l'instance précédente a relevé qu'il ressortait certes du contrat d'apport en nature que HCI avait été transférée à Galenica Santé, fondée le 13 février 2017 et opérant entre-temps sous le nom de Galenica SA. Mais du point de vue du droit des cartels, rien n'a changé à ce moment-là, puisque Galenica Santé était, au moment de sa fondation, une filiale à 100% de l'ancienne Galenica, aujourd'hui connue sous le nom de Vifor Pharma SA. Selon [...], l'apporteur en nature, c'est-à-dire la recourante, a reçu 50'000'000 d'actions nominatives, soit 100% des actions, en contrepartie de l'apport en nature. Le contrat d'apport en nature du 13 février 2017 est donc une restructuration interne au groupe qui n'a pas eu d'influence sur les possibilités de contrôle de la recourante sur la recourante 2. Ce n'est que le 7 avril 2016 que 97,5% des actions de Galenica Santé, redevenue entre-temps Galenica SA, ont été vendues en bourse. Depuis cette date, la partie plaignante 1 ne peut plus exercer de contrôle sur Galenica Santé.

3.4 Dans le domaine d'application du droit suisse des cartels, le destinataire d'une décision ne peut en principe être que celui qui est lui-même un sujet doté d'une personnalité juridique et donc titulaire de droits et d'obligations. Un groupe ne constitue pas un sujet de droit approprié en vue d'une participation à la procédure en tant que partie et de l'adoption de décisions relevant du droit des cartels, car il ne peut pas être lui-même titulaire de droits et d'obligations. Par conséquent, dans les affaires de concurrence, le sujet déterminant de la procédure en tant qu'objet d'appréciation et le destinataire de la décision en tant que partie à une procédure en matière d'ententes sont nécessairement différents (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 121 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 68). En conséquence, les sanctions de droit de la concurrence à infliger à un groupe de plusieurs sociétés sans personnalité juridique ou à un groupe de sociétés doivent être attribuées aux sujets de droit déterminants ayant la personnalité juridique au sein des structures économiques données. Les destinataires de la décision ne peuvent être que certaines sociétés du groupe juridiquement indépendantes, resp. des sanctions ne peuvent être adressées qu'à celles-ci (arrêts du TAF B-771/2012 du 25 juin 2018, *Cellere*, consid. 9.5.1 ; B-581/2012, *Nikon*, consid. 4.1.4 et 8.2.6 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 67 s.; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, consid. 2.8 ; HEINEMANN, *Konzerne als Adressaten des Kartellrechts*, in : Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht : Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht*, p 2015, . 49 et 53).

3.5 En ce qui concerne l'attribution concrète d'une sanction aux sujets de droit compétents au sein de l'entreprise, le Tribunal fédéral a retenu dans l'arrêt 2C_484/2010 dans l'affaire *Publigroupe* qu'il n'y avait en principe rien à redire à ce que la sanction pour l'infraction au droit des cartels commise par des filiales de l'unité d'entreprise soit infligée à la société mère en tant que sujet de droit responsable de cette infraction. Selon les considérants du Tribunal fédéral, les exigences relatives à l'attribution pénale d'un comportement répréhensible par le droit des cartels à des personnes morales formant une unité d'organisation ne doivent pas être exagérées (cf. arrêts 2C_484/2010, *Publigroupe*, cons. [appréciation 3.4 non publiée dans ATF I 13972] ; B-771/2012, *Cellere*, cons. 9.5.2).

3.6 Le Tribunal administratif fédéral a poursuivi cette jurisprudence dans la mesure où il exige, d'une part, que l'instance inférieure ~~exerce son~~ pouvoir d'appréciation de manière conforme à ses obligations dans le cas d'espèce pour que les sujets de droit puissent être considérés comme destinataires de la décision. D'autre part, le Tribunal administratif fédéral

a conclu qu'en règle générale, il devrait être approprié de prendre en compte, outre la société supérieure dont la

le pouvoir de direction supérieur, les sociétés du groupe qui ont participé au comportement concurrentiel en question doivent également être considérées comme destinataires de la décision. L'implication de la seule société mère n'est en principe pas suffisante, même si, dans certains cas, pour des raisons d'économie de procédure, il peut suffire d'impliquer une seule société du groupe. C'est le cas, par exemple, lorsque la société du groupe qui agit est domiciliée en Suisse, mais que la société mère et toutes les autres sociétés du groupe concernées ont leur siège à l'étranger (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. et suiv72.). *Nikon*, la (seule) sanction cartellaire infligée à une filiale suisse d'un groupe ; ceci entre autres avec l'indication qu'une filiale ne peut pas sans autre faire valoir, en se référant à sa propre personnalité juridique, qu'il s'agit d'un comportement d'autrui, même à l'égard de faits qui ont été provoqués par la société mère ou une société sœur (arrêt B-581/2012, *Nikon*, consid. et 4.1.58.2.6).

3.7 En l'espèce, l'instance inférieure a adressé la décision relevant du droit des cartels d'une part à la plaignante 1 en tant que société supérieure de l'ancien groupe Gale-nica et ancienne société mère de la plaignante, et d'autre part à la plaignante 2 en tant que société du groupe ayant participé au comportement concurrentiel en cause.

3.8 Il n'est pas fait valoir que la recourante 2 ne devrait pas être considérée comme destinataire de la décision, et il n'y a pas non plus de raisons de le faire au vu de ce qui précède. Documed et e-mediat ont fusionné le 1er janvier 2016 dans la recourante 2. Par conséquent, seule cette dernière existe encore juridiquement et il est incontestable qu'elle doit se laisser imputer les comportements de Documed et d'e-mediat.

3.9 En ce qui concerne le choix en première instance de la recourante 1 comme destinataire de la décision, il faut tenir compte des restructurations intervenues jusqu'à la notification de la décision. La décision attaquée, accompagnée d'une lettre du 20 mars 2017, est parvenue aux recourantes le 21 mars 2017. La plaignante a été informée le

13 février 2017 à la société Galenica Santé, fondée le même jour, dont la raison sociale est à nouveau Galenica SA. Or, comme l'a fait valoir à juste titre l'instance précédente, Galenica Santé était, au moment de sa création ainsi qu'au moment de l'ouverture de la procédure attaquée, une société anonyme.

Il ressort en effet de [...] que la recourante 1 reçoit en contrepartie de l'apport en nature 50'000'000 d'actions nominatives, soit 100% des actions. Jusqu'à la vente des actions de Galenica Santé le 7 avril 2017, il n'y avait qu'une restructuration interne au groupe. La plaignante 1 disposait toujours des possibilités de contrôle sur la plaignante 2 et représentait toujours la société de tête de l'ancien Groupe Galenica. La recourante 2 peut être qualifiée de société fille de la recourante au moment de la notification de la décision de l'instance précédente. En conclusion, le choix de l'instance précédente comme destinataire de la décision n'est donc pas critiquable du point de vue de l'époque.

3.10 Dans l'optique actuelle, il convient toutefois de noter que le 7 avril 2017, 97,5% des actions de Galenica Santé, qui a entre-temps repris le nom de Galenica SA, ont été vendues en bourse. Selon le communiqué de presse du Groupe Galenica du 7 avril 2017, le Groupe ne détiendra plus aucune action de Galenica Santé à l'avenir. La part d'actions restante de 2,5% serait réservée à l'échange d'actions pour les collaborateurs de Galenica Santé ayant droit à des prestations. La plaignante 1 ne peut donc plus exercer de contrôle sur Galenica Santé (nouvelle Galenica) et donc sur la plaignante. La plaignante n'appartient plus au même groupe que la plaignante 1.

3.11 La question se pose donc de savoir ce que cette restructuration signifie pour la définition actuelle des destinataires légitimes des décisions. Dans l'Union européenne, le concept de continuité économique s'est d'abord développé dans le cadre de telles ~~études~~ Dans l'affaire *du sucre* (arrêt de la CJCE du 16 décembre 1975 C-40/73 *Suiker Unie et al./Commission*, Rec. p1975. 1663) ainsi que dans l'affaire du *zinc rhénan* (arrêt de la CJCE du mois de mars 28.C-29/83 1984 *Rheinzink/Commission*, Rec. 1984 p. 1679), la CJCE est parvenue à la conclusion que la nouvelle entreprise devait être considérée comme le successeur économique de l'entreprise "coupable". La responsabilité pour les infractions à la concurrence a suivi l'activité commerciale transférée, sans que la question du maintien de l'entité juridique de l'entreprise coupable ne joue un rôle. L'amende a été infligée à l'entité qui, au moment de la décision, était propriétaire du secteur d'activité qui se comportait à l'époque de manière anticoncurrentielle (ANNA ANTONIA SKOCZYLAS, *Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern*,

2011, p. 90 ; DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, in : Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, GesKR 2015, p. 356, 364 s.).

3.12 Cette pratique a été modifiée par la suite et la Commission a introduit le principe selon lequel, tant que la personnalité juridique de l'entreprise auteur de l'infraction subsiste, la responsabilité de l'infraction incombe en premier lieu à l'entité qui dirigeait l'entreprise en question au moment où l'infraction a été commise (décision 86/398/CEE de la Commission d'avril 1986 relative à une procédure d'application de l'article du traité 85 CEE, COMP/IV/31.149 *Polypropylène*, JO 230/1, point 96 ; SKOCZYLAS, précité, p. 91). La CJCE a confirmé cette modification de la pratique et a constaté que le critère de la continuité économique ne pouvait s'appliquer "que si l'entité à laquelle l'entreprise ayant commis l'infraction au droit de la concurrence était rattachée au moment de l'infraction avait cessé d'exister juridiquement". Tant que l'entité juridique de l'entreprise contrevenante continue d'exister, il n'est pas nécessaire de sanctionner l'acquéreur pour quelque chose qu'il n'a pas commis (arrêt de la Cour de justice du 8 juillet 1999, C-49/92 P *Anic Participazioni SpA/Commission*, Rec. 1999 I-4162 points 78 et 145 ; voir aussi GA Kokott, conclusions du 3 juillet 2007, Rec. 2007 I-10896 point 78, concernant : arrêt de la CJCE du 11 décembre 2007 C-280/06 *ETI/Commission*, Rec. I-10925/2007 ; SKOCZYLAS, op. cit., p. 91 ; GRAF, op. cit. 364) Ce principe s'applique encore aujourd'hui dans le droit de la concurrence de l'UE (SKOCZYLAS, op. cit. 91)

3.13 Jusqu'à présent, la doctrine et la jurisprudence suisses ne se sont que peu penchées sur l'imputation des amendes cartellaires ou sur les destinataires légitimes de la décision après une restructuration. Dans l'arrêt B-771/2012 du 25 juin 2018 dans l'affaire *Cellere*, le Tribunal administratif fédéral a eu à juger le cas selon lequel, alors qu'une procédure de recours était en cours, les actifs et les passifs de la filiale ont été transférés à une autre société du groupe suite à une fusion et, par la suite, la société mère (recourante 2) de la recourante 1 a été radiée du registre du commerce. Le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion qu'en lieu et place de la société mère disparue (ex-plaignante 2), c'est son successeur juridique et société du groupe qui doit être considérée comme destinataire des sanctions pour toutes les participations aux accords avérées de l'(ex-)plaignante. A l'appui de cette décision, il a été constaté en substance qu'il s'agissait manifestement d'une restructuration au sein de la société mère.

"groupe". La reprise des actifs et passifs de l'ex-plaignante 2 aurait eu lieu en pleine connaissance de la sanction prononcée à l'encontre de la société du groupe reprise. Il n'est pas acceptable que le groupe responsable des infractions au droit des cartels en question empêche, par la liquidation d'une société du groupe, l'exécution de la créance de sanction qui, au ~~moment~~ de la restructuration interne de l'entreprise, représentait une position passive connue (à garantir par des provisions) de la société du groupe reprise (arrêt B-771/2012, *Cellere*, consid. f9.5.5.).

3.14 Dans l'arrêt B-831/2011 du 18 décembre 2018 dans l'affaire *SIX*, le Tribunal administratif fédéral a considéré que la recourante 1 était le destinataire adéquat de la décision. La plaignante 1, en tant que société faîtière du groupe, n'a été créée qu'après les comportements reprochés, suite à la fusion du groupe *SIX*. De plus, elle n'a été impliquée que relativement tard dans la procédure d'enquête, mais elle a eu la possibilité d'exercer de manière appropriée les droits procéduraux conférés par sa position de partie jusqu'à la fin de la procédure administrative en matière de cartels (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. ss132).

3.15 TAGMANN/ZIRLICK sont d'avis qu'en principe, une entreprise responsable est et reste responsable aussi longtemps qu'elle existe en tant que personne morale. Si elle n'existe plus suite à une reprise, l'amende doit être mise à la charge du successeur juridique. En revanche, ils ne précisent pas si c'est l'aliénateur ou l'acquéreur, ou les deux, qui doivent supporter la sanction, lorsque l'entreprise responsable ne fait que vendre la partie de l'entreprise à l'origine de l'infraction (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, art. 49a N 100).

3.16 SKOCZYLAS renvoie à Tagmann/Zirlick et constate également qu'en cas de restructuration, une entreprise responsable est en règle générale responsable aussi longtemps qu'elle existe en tant que personne morale. Si, suite à une fusion, elle est absorbée par une autre entreprise, une éventuelle amende doit être infligée à cette dernière. Si une entreprise dominante cède l'ensemble de ses activités opérationnelles et devient ainsi une pure société holding, l'acquéreur de la partie de l'entreprise concernée doit être tenu pour responsable, conformément à la pratique de l'UE (SKOCZYLAS, op. cit., p. m135.H. sur p. f92.).

3.17 Enfin, GRAF est d'avis que tant que l'aliénateur existe encore, c'est toujours lui qui doit supporter les conséquences pénales du droit des cartels. Une sanction de l'acquéreur n'entre pas en ligne de compte dans tous les cas, même s'il a repris l'ensemble des activités opérationnelles de l'aliénateur délinquant ou si l'entreprise criminelle a disparu par restructuration (GRAF, op. cit., p. s364.).

3.18 En l'espèce, la plaignante est la1 personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise coupable HCI au moment de l'infraction. Il semble donc approprié, par analogie avec le principe du droit de la concurrence de l'UE susmentionné, d'utiliser la 2plaignante comme destinataire de la 1décision et de la sanction, en plus de la plaignante. Cela correspond également au principe défendu dans la littérature suisse selon lequel une entreprise responsable reste responsable aussi longtemps qu'elle existe en tant que personne morale.

3.19 En ce qui concerne le grief des recourantes selon lequel il n'y a aucun sens à condamner la recourante 1 à une sanction qui n'a rien à voir avec son activité commerciale, il convient de retenir qu'il n'est pas acceptable que l'application d'une éventuelle sanction soit rendue impossible ou difficile par de telles restructurations. Cela doit d'ailleurs être valable indépendamment du fait que la restructuration n'ait aucun rapport avec la procédure en cours - comme le font valoir les recourantes - et qu'elle fasse partie d'une stratégie globale ou qu'elle soit entreprise précisément dans le cadre d'une enquête relevant du droit des cartels et d'une menace de sanction. En ce sens, cet argument n'est pas convaincant.

3.20 L'argument des plaignantes selon lequel la constatation de la maîtrise du marché dans le dispositif n'a plus de sens en ce qui concerne la plaignante 1 en raison des restructurations qui ont eu lieu sera abordé au considérant 10. L'argument selon lequel il est insensé d'imposer à la plaignante 1 des comportements qui n'ont aucun lien avec elle sera repris¹⁴ au consid.

4. Légalité de la procédure en première instance

4.1 Les recourantes reprochent à l'instance inférieure d'avoir établi les faits de manière incomplète sur différents points. Elles invoquent ainsi implicitement une violation du principe de l'instruction.

4.2 Elles font notamment valoir que l'instance inférieure n'a pas mené d'enquête auprès des fournisseurs de prestations lors de l'évaluation de la position sur le marché concernant la partie adverse des fournisseurs de prestations, des entreprises de distribution et des maisons de logiciels, alors qu'une telle enquête aurait été essentielle pour saisir correctement la position de HCI. L'instance inférieure n'a pas non plus examiné le contenu et l'importance de la prestation prétendument couplée (assurance qualité et téléchargement). L'instance inférieure a également omis d'interroger les fournisseurs de prestations sur leurs exigences en matière de qualité des banques de données. L'instance inférieure a également omis d'interroger les titulaires d'autorisation pour savoir s'ils demandaient séparément la prestation de téléchargement et de vérifier les effets d'entrave du couplage à l'aide de questionnaires ou d'enquêtes.

4.3 Les recourantes reprochent en outre à l'instance inférieure d'avoir insuffisamment motivé certains aspects ou d'avoir certes mentionné dans la décision les arguments à décharge qu'elles avaient avancés, mais de ne pas les avoir examinés sur le fond (cf. recours, en particulier n. 92, 122, 152, 167, 176 s., 183, 185, 192, 194, 233). Les recourantes font ainsi valoir une violation de l'obligation de motiver.

4.4 Enfin, les recourantes font valoir que l'instance inférieure a violé le principe *in dubio pro reo* (cf. recours n. 6). En raison de l'établissement insuffisant des faits par l'instance précédente, ceux-ci devraient être présentés en faveur des parties concernées conformément à la règle d'appréciation des preuves "*in dubio pro reo*" découlant de la présomption d'innocence. En outre, dans l'ensemble de la motivation de la sanction, l'instance inférieure semble partir implicitement du principe que les comportements qui n'ont pas été qualifiés d'inadmissibles ont néanmoins un contenu illicite qui doit être pris en compte dans le calcul de la sanction.

4.5 L'instance inférieure répond que les reproches des plaignantes sont infondés. Elle a satisfait au principe de l'instruction et au degré de preuve requis.

4.6 Tant dans la procédure administrative en matière de cartels que dans la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral, il convient, conformément à l'art. 12 PA en relation avec l'art. 39 LCart, d'examiner les faits. L'art. 39 LCart et l'art. 37 LTAF prévoient que les faits doivent être examinés d'office (principe de l'enquête). Dans le cadre du principe de l'instruction, l'instance inférieure doit établir les faits pertinents, c'est-à-dire les bases de décision factuelles qui sont pertinentes pour la réglementation du rapport juridique en question. Le devoir d'enquête des autorités est complété par le devoir de collaboration des parties selon l'art. 13 PA (ATF II143 consid. 425. 5.1 ; *Liaison des prix du 129livre* 18,, consid. 7.1 ; arrêt du TF 2A.430/2006 du février 6. *Sammelrevers* 2007,, consid. 10.2 ; arrêts du TAF B-771/2012, *Cellere*, consid. 6.4.1 ; B-5685/2012 du 17 décembre 2015, *Altimum*, consid. 4.5.1 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 185 ss, B-8430/2010 du 23 septembre *Baubeschläge* 2014, *Koch*, consid. 5.1.1 ; B-8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, consid. 4.1.1; B-8404/2010 du 23 septembre *Baubeschläge* 2014, *SFS unimarket*, consid. 3.2.4 ; KRAUS- KOPF/EMMENEGGER/BABEY, in : Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommen- tar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, éd2.. 2016 [ci-après cit. : [auteur], *Praxiskommentar VwVG*], art. 12 N et 2288).

4.7 Selon l'art. 33 al. PA1, l'autorité accepte les preuves qui lui sont offertes si elles paraissent utiles à l'établissement des faits. Le critère déterminant à cet égard est de savoir si le moyen de preuve est apte à éclairer les faits juridiquement pertinents. Dans ce sens, les preuves offertes ne doivent pas être acceptées lorsqu'elles concernent une question sans importance pour l'appréciation juridique (ATF II144 *BMW* 194,, E. 4.4.2 ; appréciation anticipée des preuves).

4.8 Les sanctions directes prévues à l'article 49a LCart ont un caractère similaire au droit pénal (ATF II 143 *Gaba* 297,, consid. 9.1 ; I 139 *Pub-72, ligroupe*, consid. 2.2.2). Cette qualification a pour conséquence que les garanties constitutionnelles et de la CEDH, qui s'appliquent également à la procédure pénale, doivent en principe être respectées dans la procédure de sanction du droit des cartels (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 2.2.2). Toutefois, la procédure de sanction contre les cartels relève en premier lieu du droit administratif (arrêt du TF 2C_1065/2014 du 26 mai 2016, *publication de la décision de sanction dans l'affaire Nikon*, consid. [considérant 8.2 non publié dans ATF II 142268]), raison pour laquelle les garanties procédurales de la Convention de novembre 4.1950

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) ne s'appliquent pas dans toute leur rigueur et ne prétendent d'ailleurs pas à une validité absolue, mais doivent être intégrées dans une pesée des intérêts au cas par cas (ATF II 140 *Spielbank* 384., consid. avec 3.3.5 renvois ;

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, 73053/01 ch. 43 ; cf. arrêts B-581/2012, *Nikon*, consid. et 5.18.1.1 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 651).

4.9 En ce qui concerne l'obligation de motiver invoquée, il faut retenir que le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. comprend le droit de l'intéressé de pouvoir s'exprimer sur le fond avant qu'un acte portant atteinte à sa situation juridique ne soit adopté (ATF I 136184 consid. 2.2.1 ; 122 II 274 consid. 6b). Il exige de l'autorité qu'elle entende effectivement ses arguments, qu'elle les examine sérieusement et qu'elle en tienne dûment compte dans sa prise de décision (ATF 136 I 184 consid. 2.2.1 ; 123 I 31 consid. 2c). La motivation doit être rédigée de manière à ce que la personne concernée puisse, le cas échéant, contester la décision de manière appropriée. Elle doit mentionner brièvement les principales considérations qui ont guidé le tribunal et sur lesquelles il a fondé sa décision. Il n'est pas nécessaire que la motivation examine en détail tous les points de vue des parties et réfute expressément chacun des arguments (ATF I 136 consid. 2.2.1 ; 133 III 439 consid. 3.3). Elle peut au contraire se limiter aux points de vue importants pour la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2 ; 134 I 83 consid. 4.1).

4.10 Le droit d'être entendu est de nature formelle, de sorte que sa violation entraîne l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée, indépendamment du bien-fondé matériel du recours (ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; 125 I 113 consid. 3 ; 122 II 464 consid. 4a). Selon la jurisprudence, la réparation d'une violation du droit d'être entendu - qui n'est pas particulièrement grave - est toutefois exceptionnellement possible lorsque la personne concernée a la possibilité de s'exprimer devant une instance de recours qui peut examiner librement aussi bien les faits que la situation juridique (ATF I 133 consid. 201. m.2.2., H. sur ATF V 127 consid. 431. 3d/aa).

4.11 La présomption d'innocence invoquée par les recourantes est inscrite dans la Constitution à l'art. 32 Cst¹. et dans le droit de procédure pénale à l'art. 10 al. 1 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0). Selon cette disposition, toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle soit condamnée en bonne et due forme. La CEDH garantit la présomption d'innocence à l'art. 6, ch. 2. La présomption d'innocence a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve ainsi que sur la mesure de la preuve (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 8.3 ; arrêts B-581/2012, *Nikon*, consid. 5.5.1 ; B-

8399/2010, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*, consid. 6.4.4 ; ESTHER
TOPHINKE, in : Nig. B-2597/2017

gli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Art. 1- 195, 2e édition, 2014, Art. 10 N 79). En tant que règle du fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie qu'il incombe à l'autorité de prouver la culpabilité. En tant que règle de preuve, il s'ensuit que le tribunal ne peut tenir un fait pour acquis que s'il n'a pas de doutes insurmontables quant à son existence ; dans le cas contraire, le tribunal doit partir de l'état de fait le plus favorable au prévenu (art. 10 al. CPP3).

La présomption d'innocence vaut en principe également dans la procédure de sanction administrative (ATF 105 Ib 117 consid. 1.a ; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2e éd. 2015, no 728 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd. 2013, no 486). Toutefois, elle ne s'applique pas (non plus) de manière absolue dans la procédure en matière de cartels, et ce sans tenir compte du fait que les garanties de procédure en matière pénale ne s'appliquent pas dans toute leur rigueur dans la procédure de sanction administrative (ATF 140 II 384, *Casino*, consid. 3.3.4 s.). Il convient donc de trouver dans chaque cas un équilibre en fonction des faits. Il serait inadmissible de renverser le fardeau de la preuve au détriment de l'entreprise contre laquelle l'enquête est dirigée (arrêt B-581/2012, *Nikon*, consid. f5.5.2.).

4.12 Les arguments des recourantes concernant la prétendue violation du principe de l'instruction, de l'obligation de motiver et de la présomption d'innocence ont un rapport étroit avec le contenu de la décision attaquée. Il n'y a pas d'indices d'une violation du droit par l'instance inférieure au sens ~~fin~~ En effet, l'instance inférieure a non seulement reconnu expressément son obligation d'établir d'office les faits, mais aussi sa charge de la preuve ainsi que le degré de preuve à remplir à tout moment. On ne peut pas non plus reprocher à l'instance inférieure d'avoir pratiqué un renversement inadmissible du fardeau de la preuve au détriment des recourantes.

4.13 Les griefs des recourantes, selon lesquels l'instance inférieure n'aurait pas tenu compte de leurs arguments ou ne les aurait pas examinés objectivement et sérieusement, portent essentiellement sur l'appréciation juridique de l'affaire par l'instance inférieure. Celle-ci peut avoir conduit à un résultat différent de celui demandé par les recourantes. La légitimité de cette appréciation juridique divergente ne constitue toutefois pas une question de droit d'être entendu. Il s'agit plutôt de questions matérielles qui seront traitées par la suite.

4.14 Par ailleurs, en tant qu'instance de recours dans les procédures de sanction en matière de droit des cartels, le Tribunal administratif fédéral dispose d'un pouvoir de décision complet et d'une compétence d'examen étendue, raison pour laquelle il dispose du même pouvoir de cognition que l'instance précédente en ce qui concerne les questions de droit et de fait. Les recourantes ont donc pu faire valoir dans la procédure de recours tous les aspects par lesquels elles ont critiqué la violation de leur droit d'être entendues par l'instance inférieure. Un éventuel vice de procédure aurait donc de toute façon été réparé par la possibilité de prendre largement position dans le cadre de la procédure de recours.

4.15 Les arguments des recourantes seront examinés en détail dans le cadre de l'appréciation matérielle, c'est-à-dire non pas dans une section séparée sous l'angle d'une erreur formelle de droit (cf. en ce sens déjà l'ATF 2011/32, *Terminaison de la téléphonie mobile*, consid. 1.1.2 ; arrêts B-8430/2010 et B-8404/2010, *Baubeschläge Koch et SFS unimarket*, consid. 3.2.1 et consid. 3.2.5 ; B-581/2012, *Nikon*, consid. 5.5 ; B-771/2012, *Cellere*, consid. 5.3 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 206).

5. Niveau de preuve requis

5.1 La question de savoir quel degré de preuve doit être rempli pour qu'un fait juridiquement pertinent puisse être considéré comme prouvé est déterminante pour l'examen de la situation en matière de preuve.

5.2 La pratique qualifie en principe la preuve par conviction comme mesure de preuve ordinaire (cf. arrêts B-7633/2009, *ADSL II*, consid. et 155 ss ; B-771/2012, *Cellere*, consid. 6.4.4.1 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 1217 ; MAX B. BERGER/ROMAN NOGLER, *Droit de la preuve - le fardeau de la (des) preuve(s)*, recht 1712012, ; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, p2002, 305 ; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in : *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. II, 2012, Art. 157 Rz. 40 ; RHI-NOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*,

3ème édition 2014, n° 999). Selon ce principe, une preuve est apportée lorsque le tribunal est convaincu, d'un point de vue objectif, de la véracité d'une affirmation matérielle. Cela ne présuppose toutefois pas une certitude absolue. En effet, la réalisation du fait n'a pas besoin d'être établie avec certitude ; il suffit que le tribunal n'ait plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait allégué ou que, dans tous les cas, les doutes qui subsistent paraissent légers (cf. ATF III130 consid. 321. 3.2 ; arrêt du TF

2A.500/2002 de mars 24, 2003 consid. 3.5 ; arrêts

B-2597/2017

B-831/2011, *SIX*, consid. 1217 ; B-771/2012, *Cellere*, consid. 6.4.4.1 ; B-5685/2012,

Altimum, consid. 4.5.3.1 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 157 ; B-8399/2010, *Baubebe-*

(voir l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-354/02, *Ferrures Siegenia-Aubi*, consid. 4.3.3 ; B-8430/2010, *Ferrures Koch*, consid. 5.3.3).

5.3 La preuve de la vraisemblance s'appuie en revanche sur la mesure de la probabilité prépondérante, des raisons objectives d'une telle importance plaidant en faveur de la véracité de l'allégation que d'autres possibilités imaginables n'entrent raisonnablement pas en ligne de compte de manière déterminante (ATF 140 III 610 consid. 4.1 ; 132 III 715 E. 3.1 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1218 ; B-771/2012, *Cellere*, consid. 6.4.4.2 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. ss155).

5.4 En ce qui concerne la constatation d'une position dominante et d'une délimitation du marché, le Tribunal fédéral a précisé de manière fondamentale que, dans des situations économiques complexes, une preuve basée sur la certitude ne peut pas être apportée de manière suffisante et n'est donc pas nécessaire (ATF 139 I 72, *Pub- ligroupe*, consid. 8.3.2 et 9.2.3.5). Cette appréciation ne vaut pas seulement pour la constatation de la position dominante sur le marché ou de la délimitation du marché, mais en fin de compte pour tous les éléments constitutifs d'un comportement anticoncurrentiel, dans la mesure où il existe dans le cas d'espèce de multiples relations de cause à effet et donc une complexité concurrentielle correspondante. Pour une preuve juridiquement suffisante des éléments constitutifs du droit des cartels, en présence d'une complexité concurrentielle due à des liens de cause à effet multiples, le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante est par conséquent suffisant et une preuve convaincante n'est pas nécessaire (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1219 ; B-771/2012, *Cellere*, consid. 6.4.4.4 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 80).

5.5 Ce résultat est conforme aux principes régissant l'application de la preuve par conviction en tant que règle et aux exceptions reconnues à cet égard, dans lesquelles une preuve par conviction n'est pas possible ou raisonnablement exigible en raison de la nature de l'affaire (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1220 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 158). En effet, dans le cadre d'un examen des différents éléments constitutifs de la loi sur les cartels, il convient souvent d'intégrer des estimations qui se réfèrent à des événements ou à des effets futurs ou envisageables de manière alternative. Cela correspond à une prise en compte de liens de

causalité hypothétiques (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1220 ; en substance, déjà les arrêts du TF 2A.327/2006 du février 22.2007,

B-2597/2017

20Minuten, consid. 5.4 ; 2A.430/2006, *Sammelrevers*, consid. 10.4). Pour la preuve du lien de causalité naturelle ou en cas de liens de causalité hypothétiques, le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante s'applique (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1218 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 155, avec référence aux ATF 128 III 271 E. 2b/aa ; 121 III 358 E. 5 ; 107 II E269. 1b). Il est en outre évident que plus une matière est complexe, plus le nombre de variantes imaginables du déroulement des événements est élevé. Le degré et l'étendue d'une conviction judiciaire changent donc nécessairement avec l'augmentation de la complexité et des interdépendances qui en résultent. En présence de tels aspects, il n'est donc pas possible d'établir d'emblée une certitude dans un cas particulier, raison pour laquelle une preuve probabiliste est déterminante pour la preuve requise (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1220 ; B-807/2012 de juin 25. *Erne* 2018,, consid. 8.4.4.4 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 163).

6. Demandes de preuves

6.1 Dans leur réponse et leur réplique, les requérantes demandent à H. ____ ([...] of HCl), K. ([...] de HCl) et O. ____ ([...] de HCl).

6.2 L'interrogatoire de H. _____ est demandé sur les points suivants :

- sur les bases de données INDEX et leurs utilisateurs,
- sur la qualité des bases de données INDEX et des bases de données des concurrents,
- parmi les raisons du succès de HCl,
- sur les motifs avancés par les plaignantes pour justifier l'utilisation des clauses A et B dans les contrats avec les éditeurs de logiciels, en particulier sur les craintes de violation de la LCD,
- sur le fait allégué d'avoir autorisé [...] des sociétés de logiciels à utiliser la base de données [...] et de les avoir activement soutenues dans cette utilisation,
- sur le fait invoqué d'avoir également proposé séparément aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché de recourir au contrôle de la qualité ou à la vérification des informations sur les médicaments,
- l'argument selon lequel le HCl n'aurait pas compris pourquoi, contrairement à l'affaire Documed, où le lien entre l'assurance qualité et la publication n'a pas été considéré comme un couplage, cela serait le cas en l'espèce,

- l'argument selon lequel la restructuration de l'ancien Groupe Galenica n'avait aucun lien avec l'enquête en cours de la COMCO,
- en ce qui concerne l'absence de barrières significatives à l'entrée et à la sortie du marché,
- [...],
- sur le fait invoqué que certains titulaires d'autorisations n'auraient pas conclu de contrats avec HCI entre-temps,
- en ce qui concerne la circonstance invoquée selon laquelle Documed et e-mediat auraient également réalisé des ventes sur d'autres marchés (non pertinents).

6.3 l'interrogatoire de K. _____ est demandée

- vers les bases de données INDEX,
- sur la qualité des bases de données INDEX et des bases de données des concurrents,
- sur le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments dans le cadre de l'intégration des données dans le Compendium et les données INDEX, ainsi que sur leur importance pour le HCI, les titulaires d'autorisation et les prestataires de soins,
- le fait que le contrôle de qualité effectué par HCI dans le cadre de l'intégration des données dans le Compendium et la base de données INDEX n'est pas comparable au contrôle de qualité effectué par des tiers pour la gestion d'un dossier d'autorisation de Swissmedic,
- sur le déroulement concret du téléchargement sur AIPS ou sur le fait invoqué que le téléchargement ne dure que quelques secondes ou trois minutes au maximum,
- le fait que le HCI procède à un contrôle de qualité également en ce qui concerne les éléments de données supplémentaires qui ne figurent pas dans les informations destinées aux professionnels examinées par Swissmedic, et
- le fait que le HCI vérifie également l'actualité des informations spécialisées fournies, car il arrive que les versions les plus récentes ne soient pas mises en ligne sur l'AIPS.

6.4 L'audition de O. _____ est enfin demandé concernant le fait invoqué que [...] et certaines entreprises pharmaceutiques n'ont entre-temps pas conclu de contrats avec HCI ou que HCI dépend de la collaboration des titulaires d'autorisation, ainsi que concernant le fait invoqué de n'avoir reçu aucune demande de prestations d'assurance qualité séparées depuis 2013.

6.5 Dans leur réplique, les requérantes demandent en outre la mise en cause de Q. _____ ([...] de HCI), et ce sur les points suivants :

- l'argument selon lequel environ 2013 [...] des titulaires d'autorisations n'auraient pas conclu de contrat avec HCI,
- sur les différentes déductions invoquées sur les chiffres d'affaires de Documed et d'e-mediat, qui n'auraient pas été réalisées sur les marchés en cause,
- l'argument selon lequel les réductions de recettes invoquées sont des réductions de recettes au sens de l'art. 4, al. 1, de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE, RS 251.4) ou l'argument selon lequel ces déductions ne doivent pas être invoquées deux fois pour les mêmes raisons.

6.6 Par requête du 16 novembre 2018, les requérantes demandent en outre à Q. _d'interroger les maisons de logiciels sur le fait qu'elles ont été informées en avril 2017 qu'elles n'étaient plus liées par la clause B et sur l'absence de changement dans les conditions de concurrence depuis lors. En outre, K. _____ sur le fait que HCI propose le contrôle de la qualité en option, mais que seul un faible pourcentage renonce au contrôle de la qualité et que, dans ces cas, HCI doit néanmoins effectuer un contrôle de la qualité presque aussi complet lors du traitement ultérieur des données dans l'INDEX. Enfin, concernant l'absence invoquée d'entrée sur le marché d'entreprises qui effectueraient le contrôle qualité en concurrence avec l'offre de HCI, il convient d'interroger Q. _doit être interrogé.

6.7 L'instance inférieure propose (éventuellement) de rejeter ces dernières demandes de preuve. Les demandes de preuves seraient tardives et il s'agirait plutôt d'offres de preuves. En outre, le contenu de ces offres de preuve ne serait pas pertinent pour le déroulement de la procédure.

6.8 Le Tribunal administratif fédéral est tenu d'administrer les preuves offertes par les parties si elles lui paraissent propres à établir les faits (art. al33. PA1 ; ATF V137 consid270. 3.2). Lors de l'appréciation de cette question, le tribunal dispose toutefois d'une certaine marge d'appréciation, car il doit également respecter le principe de l'économie de procédure. Le tribunal n'est notamment pas tenu d'administrer des preuves si le fait à prouver n'est pas essentiel à la décision ou s'il est déjà prouvé sur la base du dossier ou d'autres moyens de preuve.

(ATF II130 consid475. 2.2 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozes- sieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, éd2.. 2013, point 3.123c). Dans ce cas, les demandes de preuves présentées par les parties sont rejetées dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves. Cela est admissible lorsque le tribunal estime, sur la base des preuves déjà recueillies ou pour d'autres raisons, que les faits pertinents sont suffisamment établis et qu'il est convaincu que sa conviction juridique ne serait pas modifiée par d'autres examens des preuves (ATF I 134consid148. 5.3 ; I131 consid157. 3 ; II130 consid. 4). 429 E. 2.1 ; ATF 2011/47 E. 2.3 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, o p . c i t . , ch. marg. 3.144).

Les auditions des parties demandées par H.__, O._____, K. _____ et Q. _____ doivent donc être rejetées dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves. Dans la mesure où les déclarations relatives à certaines des circonstances susmentionnées sont pertinentes pour la décision, le tribunal considère que les faits sont suffisamment clarifiés. H.__ a déjà été interrogé par le secrétariat en février 20. 2013 lors d'une audition des parties, tout comme G. _____ [...] d'e-mediat et de Documed. En outre, les parties ont pris position sur plusieurs demandes de renseignements au cours de la procédure d'enquête et ont fourni à plusieurs reprises des informations spontanées pour l'établissement des faits. L'instance précédente a, le 24. Lors 2016 de l'audition de HCI, le 10 octobre, H. _____ et K. _____ ont été interrogés. Enfin, dans le cadre de la procédure de recours, les parties ont exposé en détail leurs points de vue et leurs descriptions des faits dans le cadre d'un vaste échange d'écritures et de mémoires spontanés.

7. Autres demandes des plaignantes

Les recourantes présentent cinq requêtes qualifiées de "demandes de procédure" (cf. supra consid. H.a.b), qui se rapportent à la bonne conduite de cette procédure.

7.1 Consultation de dossiers

7.1.1 Par la première "demande de procédure", les recourantes demandent à l'instance inférieure de se procurer le dossier de l'enquête 32-0249. Cette demande n'est pas une demande de procédure, mais une demande de preuve. Dans le cadre de la procédure de recours, qui est régie par le principe de l'instruction (art. PA12), il n'est pas possible de

statuer sur des demandes de preuves, ni en relation avec la procédure de recours, ni en relation avec la procédure de recours.

Les demandes de preuves ne doivent pas être traitées de manière générale et détachée des questions concrètes de fond. Au contraire, les demandes de preuves ne doivent être examinées que par rapport à certaines questions et à des documents à désigner concrètement, lorsque les considérations sur le fond doivent être prises en compte.

7.1.2 Le Tribunal administratif fédéral a consulté le dossier de l'instance précédente dans le sens de la demande de preuve des recourants.

7.2 Ordonnance d'un deuxième échange d'écritures et tenue d'une audience publique et/ou d'une audience d'instruction

7.2.1 Les requérantes demandent en outre qu'un deuxième échange d'écritures soit ordonné (demande de procédure 2) ainsi que la tenue d'une audience publique des parties et/ou d'une audience d'instruction (demande de procédure 3).

7.2.2 Selon l'art. 57 al. 2 PA, l'autorité de recours peut, à tout moment de la procédure, inviter les parties à un nouvel échange d'écritures ou convoquer une audience avec elles. La tenue d'un deuxième échange d'écritures est fréquente dans la pratique et est en tout cas nécessaire lorsque le droit d'être entendu ou l'obligation de clarifier les faits pertinents pour la décision l'exigent. Une procédure orale peut être utile dès lors que des clarifications approfondies ou étendues sont nécessaires et qu'il faut s'attendre à ce que les écrits ne donnent pas suffisamment d'informations sur tous les points déterminants (SEETALER/PLÜSS, Praxiskommentar VwVG, art. VwVG57 N et 3557).

7.2.3 Dans la mesure où des prétentions de droit civil ou des accusations pénales au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH doivent être jugées, le juge d'instruction ordonne une audience publique des parties si une partie le demande (art. 40 al. 1 let. a LTAF). Dans la procédure écrite, le dernier mot revient toujours à la personne privée qui cherche à faire valoir ses droits (en l'occurrence les recourantes), ce qui est justifié d'une part par le droit constitutionnel d'être entendu conformément à l'art. 29 al. Cst2. et, d'autre part, dans le principe du "procès équitable" selon l'art. 6 al. 1 CEDH (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., ch. marg. et3.47 3.50).

7.2.4 En ce qui concerne les demandes des recourantes d'un deuxième échange d'écritures ainsi que de la tenue d'une audience publique des parties et/ou d'une audience d'instruction, il peut être renvoyé aux explications factuelles relatives à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral (cf. considérants H.c et H.d ci-dessus). Un deuxième échange d'écritures a eu lieu et les recourantes ont renoncé à une audience publique des parties par lettre du 3 mai.

7.2.5 En ce qui concerne la demande d'une audience d'instruction, il convient de se référer au point E. ci-dessus. Le Tribunal rejette également la demande de

Enquêtes sur les partis de H._____, O._____
K._____ et

Q._____ parce que les faits à prouver, pour autant qu'ils soient importants pour la décision, sont déjà considérés comme suffisamment prouvés sur la base du dossier et des nombreuses pièces fournies par les parties. Dans ce contexte, la tenue d'une audience d'instruction semble peu judicieuse, car elle ne peut guère contribuer à clarifier la situation. Il est donc renoncé à la tenue d'une audience d'instruction.

7.3 Protection des secrets commerciaux

7.3.1 Enfin, les plaignantes demandent que les informations contenues dans la plainte et les annexes à la plainte ne soient pas divulguées à des tiers, car elles contiennent des secrets d'affaires (demande de procédure 4), ainsi que, en cas de publication d'une décision, que le texte à publier soit communiqué aux plaignantes avant sa publication, afin de vérifier l'absence d'éventuels secrets d'affaires (demande de procédure 5).

7.3.2 Ces deux demandes, qui visent à garantir la protection des ~~secrets~~ d'affaires, doivent être prises en compte dans le cadre de la conduite de la procédure. Le Tribunal administratif fédéral doit en principe publier ses décisions sous forme anonyme (cf. art. 29 al. LTAF2 en relation avec l'art. Art. 4 al. et 2 art. 8 du Règlement sur l'information du Tribunal administratif fédéral du 11 décembre 2006 [RS 173.320.4]), et il devra également se conformer par analogie à l'obligation de respecter les secrets d'affaires qui s'applique ex lege aux autorités de la concurrence en vertu de l'art. 25 al. 1 et 4 LCart.

7.4 Conclusion sur les demandes de preuve et les demandes procédurales

7.4.1 Au sens d'un bilan intermédiaire, il faut ainsi retenir que le dossier

de l'instance précédente a été consulté et qu'un deuxième échange d'écritures a été ordonné. En outre, les conclusions des recourantes, par lesquelles les

Les autorités compétentes doivent tenir compte, dans le cadre de la conduite de la procédure, de la nécessité d'assurer la protection des secrets d'affaires.

7.4.2 Pour le reste, les demandes de preuves et les demandes procédurales des requérantes doivent être rejetées. Il convient d'examiner ci-après les griefs matériels.

8. Marché pertinent

Pour la constatation d'une position dominante sur le marché selon l'art. 7 en relation avec l'art. L'art. 4 al. LCart2, il est nécessaire de délimiter dans un premier temps le marché pertinent sur lequel cette position dominante est prise, avant de pouvoir déterminer dans un deuxième temps la position sur le marché (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.1 ; arrêt du TF 2C_113/2017 du 12 février *Hallenstadion2020*,, consid. 5.1 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 229 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 256 ; DAVID/JACOBS, op. cit, n. 696 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 N s7.).

La loi sur les cartels ne contient pas de définition du marché en cause et ne fixe pas de critères précis pour sa détermination. Toutefois, l'ordonnance du Conseil fédéral de juin 17. sur 1996 le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) présente, à l'article 11, alinéas 1 et 3, des aspects matériels, géographiques et temporels pour l'évaluation des différents projets de concentration. En conséquence, on peut distinguer le marché de produits, le marché géographique et le marché temporel. Selon une jurisprudence constante, ces critères de délimitation s'appliquent également à l'appréciation d'autres restrictions à la concurrence (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.1 ; arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.1 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 230 ; B-506/2010, *Gaba*, consid. 9 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. f256.).

8.1 Marché de produits en cause

Le marché de produits en cause comprend tous les biens et services que l'autre partie au marché considère comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11, al. 3, let. a, OCCE). Le concept de substituabilité de la demande (également appelé concept d'interchangeabilité fonctionnelle ou concept de marché des besoins ; cf. art. 11, al. 3, OCCE) constitue la base essentielle de la délimitation du marché de produits en cause en ce qui concerne les

débouchés. L'élément déterminant est de savoir quels autres biens ou services sont en concurrence avec le produit en question. C'est toujours le cas lorsque

Cas où l'interchangeabilité des différents produits est donnée parce qu'ils sont considérés comme équivalents par les demandeurs en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage prévu (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.2.3.1 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 253 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 270 ; B-506/2010, *Gaba*, consid. et 99.1.4.1).

Le concept de marché des besoins se concentre sur la partie adverse du marché (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.2.4). La définition du marché de produits se fait donc du point de vue de la partie adverse de l'entreprise à laquelle le comportement illicite est reproché (BORER, op. cit., art. 5, n. 11 ; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, n. 280). Il faut partir du consommateur moyen, du demandeur raisonnablement moyen (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.2.4).

Ce qui est déterminant, ce sont les produits qui, de ce point de vue, répondent au besoin de manière satisfaisante et acceptable. Pour qu'il y ait satisfaction, il n'est pas nécessaire d'une part que la prestation soit fournie de manière identique, d'autre part qu'une simple interchangeabilité partielle ne soit pas suffisante (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.2.3.5 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 253 ; B-3618/2013 du novembre 24. *Hallen-2016*, *stadion*, consid. 55 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 270). L'interchangeabilité d'un produit doit être évaluée en particulier sur la base de considérations fonctionnelles, des préférences générales des consommateurs, des structures de marché existantes ainsi que des observations concrètes du marché de tous les produits similaires entrant en ligne de compte. En outre, des réflexions basées sur des modèles, comme le test SSNIP (small but significant and nontransitory increase in price test), peuvent également être utilisées pour la délimitation (ATF 2011/32, *Terminaison de téléphonie mobile*, consid. 9.5.3 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 253 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 270).

Un test SSNIP est un modèle d'analyse du comportement dans le cadre duquel on examine, à l'aide d'une augmentation de prix faible, mais sensible et pas seulement temporaire, de l'ordre de 5 à 10 %, à partir de laquelle augmentation de prix les demandeurs remplacent le produit à évaluer par quels produits comparables. Le test SSNIP ne constitue toutefois pas une condition préalable obligatoire à la délimitation du marché. Il constitue uniquement un moyen qui peut être utilisé en complément pour déterminer le groupe déterminant de produits

interchangeables, dans la mesure où l'interchangeabilité en termes d'utilisation n'est pas déjà établie sur la base d'une comparaison.

des caractéristiques des produits disponibles ou du comportement des utilisateurs jusqu'à présent. Cette fonction complémentaire découle du fait qu'un test SSNIP présente lui-même des faiblesses intrinsèques et un certain potentiel d'erreur et qu'il n'est pas applicable à certains cas de figure. Par conséquent, un test SSNIP ne constitue pas un moyen qui peut ou doit être utilisé sans restriction dans le cadre d'une délimitation du marché (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 269-275 avec références).

8.1.1 Contrepartie du marché

8.1.1.1 En partant de l'objet de la procédure, il convient de déterminer la partie adverse du marché, du point de vue de laquelle le marché en cause doit être délimité. L'objet de la procédure est en l'occurrence la commercialisation d'informations électroniques sur les médicaments.

8.1.1.2 L'instance précédente a considéré que HCI était dans le domaine de la valorisation des données,

c'est-à-dire la préparation de données économiques et scientifiques nécessaires à la distribution, à la remise et à la facturation de médicaments. En face, on trouve les fournisseurs de prestations, qui utilisent les produits de données pour la prescription de médicaments, le conseil, les processus de facturation, etc., ainsi que les entreprises de distribution et les organismes payeurs pour le processus de commande et le contrôle des factures. En outre, les entreprises de logiciels qui proposent des systèmes d'administration des cabinets médicaux, des systèmes de gestion des marchandises et des systèmes économiques, etc. s'opposent aux entreprises de traitement des données. Celles-ci entretiendraient des relations contractuelles avec les éditeurs de données en ce qui concerne l'utilisation des données et les interfaces correspondantes, ce qui les placerait également en face du marché en ce qui concerne l'intégration des bases de données dans la solution logicielle.

8.1.1.3 En outre, l'instance inférieure a considéré que les titulaires d'autorisation faisaient également partie de la contrepartie du marché. Jusqu'à la fin de l'année, 2012 les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ont certes demandé et payé exclusivement la publication de leurs informations sur les médicaments et donc, formellement, uniquement l'intégration dans le Compendium, mais à partir de 2013, HCI a proposé aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché d'intégrer les informations sur les médicaments dans ses fichiers contre rémunération. Les titulaires d'autorisation sont ainsi devenus des demandeurs et des contreparties du

marché pour l'intégration des informations sur les médicaments dans les produits INDEX de HCI.

8.1.1.4 Les plaignantes ne contestent pas que les titulaires d'autorisation, les fournisseurs de prestations, les entreprises de distribution et les organismes payeurs constituent la partie adverse du marché. Toutefois, les éditeurs de logiciels ne sont pas la contrepartie du marché. En effet, les fournisseurs de prestations demanderaient les informations sur les médicaments pour la distribution, la prescription, la remise et la facturation des médicaments. A l'exception de medINDEX, HCI ne conclut pas de contrats de licence avec les maisons de logiciels, mais directement avec les fournisseurs de prestations. Pour tous les produits INDEX, à l'exception de medINDEX, les éditeurs de logiciels ne sont pas des contreparties sur le marché, mais seulement des intermédiaires.

8.1.1.5 Sont considérés comme des contreparties au marché les demandeurs ou les acheteurs d'un produit vendu par l'entreprise dominante (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 270).

8.1.1.6 Il est incontestable que les fournisseurs de prestations, les organismes payeurs et les grossistes font partie de la partie adverse du marché. Il en va de même pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

8.1.1.7 Les éditeurs de logiciels ne demandent pas à utiliser les ~~réseaux~~ réseaux électroniques sur les médicaments en tant qu'utilisateurs finaux. Ils demandent cependant l'intégration des bases de données dans leurs solutions logicielles. Ceci est important pour les entreprises de logiciels afin de pouvoir proposer aux utilisateurs finaux une solution logicielle correspondant à leurs besoins. Les éditeurs de logiciels entretiennent également une relation de confiance avec HCI en ce qui concerne l'intégration des bases de données dans leurs logiciels, comme l'a indiqué à juste titre l'instance précédente. C'est le cas de toutes les maisons de logiciels et pas seulement de celles qui concluent les contrats de licence pour medINDEX directement avec les fournisseurs de prestations. Par conséquent, l'instance précédente a conclu à juste titre que les maisons de logiciels constituent également des contreparties au marché, et ce indépendamment du fait qu'elles concluent - comme pour medINDEX - des contrats de licence directement avec les fournisseurs de prestations ou que les contrats de licence soient conclus avec les fournisseurs de prestations par HCI.

8.1.1.8 La délimitation du marché de produits en cause doit être effectuée séparément pour les fournisseurs de prestations, les distributeurs, les organismes payeurs et les éditeurs de logiciels d'une part (cf. ci-dessous

E. 8.1.2) et pour le marché des titulaires d'autorisation (voir ci-dessous E.). 8.1.3).

8.1.2 *Marché de produits en cause concernant la contrepartie du marché des prestataires de services, des distributeurs, des organismes payeurs et des éditeurs de logiciels*

8.1.2.1 L'instance inférieure a pris comme point de départ pour la délimitation du marché l'offre de HCI aux fournisseurs de prestations, aux entreprises de distribution, aux organismes payeurs et aux maisons de logiciels. Il en résulte que "des informations sur les médicaments sont demandées pour la distribution, la prescription, la remise et la facturation des médicaments". Ces informations peuvent être obtenues par les acteurs du marché sous différentes formes et par différents canaux, notamment sous forme imprimée dans les médias imprimés, en ligne ou agrégées sous forme de collections de données affinées et lisibles par machine.

8.1.2.2 En ce qui concerne l'obtention d'informations sur les médicaments dans les médias imprimés, l'instance inférieure est arrivée à la conclusion que cela ne constituait pas un substitut aux données affinées et lisibles par machine. En effet, les fournisseurs de prestations ne pourraient pas remplir leur devoir de diligence de manière complète ou seulement au prix d'un surcroît de travail considérable en se procurant uniquement de telles publications imprimées, et les fonctions remplies par un jeu de données affiné iraient au-delà des jeux de données disponibles dans les médias imprimés. Depuis l'abandon de l'exigence de publication sur papier, les informations sur les médicaments ne seraient plus disponibles de manière actualisée dans les médias imprimés.

8.1.2.3 Dans le cas de l'accès en ligne aux informations sur les médicaments à partir de jeux de données non modifiés, les informations devraient être rassemblées manuellement à partir des sources les plus diverses et certaines informations commerciales, comme le numéro de TVA, devraient être demandées directement auprès des titulaires d'autorisation. Par conséquent, le passage de la recherche manuelle à partir de différentes sources à une solution logicielle peut être considéré comme une alternative, mais pas le passage d'une solution logicielle à la recherche manuelle à partir de différentes sources avec la perte des caractéristiques spécifiques à l'utilisateur du logiciel. Pour les fournisseurs de prestations, les entreprises de distribution et les payeurs qui travaillent déjà avec des systèmes électroniques, les données non affinées et non lisibles par machine ne sont pas des substituts.

8.1.2.4 En conséquence, l'instance précédente est partie du principe que

les acteurs du marché, c'est-à-dire les fournisseurs de prestations, les entreprises de distribution et les prestataires de services, devaient être en mesure de fournir des prestations de qualité.

Il faut donc partir du principe qu'il existe un marché de produits correspondant pour les données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments.

8.1.2.5 Enfin, l'instance précédente a considéré que les éditeurs de logiciels avaient eux aussi besoin, pour leurs prestations, de données affinées sous une forme lisible par machine, auxquelles leurs logiciels pouvaient accéder selon la fonction souhaitée. Leurs logiciels et leurs interfaces seraient adaptés à de telles ~~base~~ de données et une utilisation du logiciel sans données ne serait pas possible. En outre, les éditeurs de logiciels doivent fournir aux utilisateurs finals des données cryptées et lisibles par machine, ce qui explique que les éditeurs de logiciels demandent ces données comme produit de base. Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'il existe un marché de données affinées, lisibles par machine, concernant les informations sur les médicaments, également en ce qui concerne la partie adverse des éditeurs de logiciels.

8.1.2.6 Rien ne s'oppose à cette définition du marché de produits en cause. Les plaignantes n'ont pas non plus soulevé d'objection à cet égard. L'instance inférieure a démontré à juste titre la substituabilité des différentes formes d'obtention des informations sur les médicaments.

8.1.3 *Marché de produits en cause concernant la contrepartie des titulaires d'autorisations de mise sur le marché*

8.1.3.1 L'instance précédente a constaté que HCI proposait aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché la conclusion d'un contrat pour l'enregistrement de leurs informations sur les médicaments dans ses fichiers (produits INDEX). En même ~~temps~~ HCI offre certes une série d'autres prestations qui ne sont pas liées à l'enregistrement dans la banque de données, mais qui ne peuvent pas être réservées indépendamment de celui-ci. Prima Vista estime que le principal marché de produits en cause est celui de l'accès aux dossiers électroniques que les fournisseurs de prestations consultent ou utilisent. Le marché pertinent est donc celui de l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments pour les fournisseurs de prestations, les distributeurs et les payeurs.

8.1.3.2 Les plaignantes font valoir que le marché de produits en cause comprend non seulement le marché de l'"accès" aux dossiers électroniques concernant les informations sur les médicaments, mais aussi celui de l'"accès" aux informations sur les médicaments.

la préparation et le contrôle des données ainsi que l'enregistrement et la conservation ou l'entretien dans les enregistrements électroniques et, en même temps, l'utilisation d'une infrastructure mise en place, car les titulaires d'autorisations auraient un intérêt à disposer de données intégrées dans les processus pour leurs produits.

8.1.3.3 Comme l'a relevé à juste titre l'instance précédente, les titulaires d'autorisation demandent à HCl en particulier la conclusion d'un contrat pour l'intégration de leurs informations sur les médicaments dans leurs fichiers d'informations sur les médicaments (produits INDEX). En outre, les titulaires d'autorisation demandent également la réception de leurs informations sur les médicaments dans ces enregistrements.

8.1.3.4 Dans la mesure où l'instance inférieure conclut sur cette base que le marché de produits en cause est donc l'accès aux données électroniques concernant les informations sur les médicaments, que les fournisseurs de prestations consultent et utilisent, le terme "accès" ne semble pas pertinent. En effet, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ne demandent pas l'accès à une banque de données contenant des enregistrements électroniques relatifs à des informations sur les médicaments, mais il s'agit - comme indiqué ci-dessus - de l'enregistrement des informations sur les médicaments des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché dans des banques de données contenant des enregistrements électroniques relatifs à des informations sur les médicaments, qui sont utilisés par les fournisseurs de prestations.

8.1.3.5 Il est évident que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché demandent également à recevoir leurs informations sur les médicaments dans ces enregistrements. Par conséquent, le marché de produits en cause doit être défini comme le marché de l'enregistrement et de la réception d'informations sur les médicaments dans les dossiers électroniques.

8.1.3.6 Toutefois, dans la mesure où les plaignantes souhaitent que le marché de produits en cause soit défini de manière encore plus large et que les éléments de préparation, de contrôle et d'entretien des données soient pris en compte, il faut convenir avec l'instance précédente qu'il ne s'agit pas là de critères de définition du marché, mais de caractéristiques de l'offre spécifique de HCl. Cela constitue une partie de la problématique de la position sur le marché (voir ci-dessous E. 9).

8.2 Marché géographique en cause

8.2.1 Le marché géographique en cause comprend la zone géographique à l'intérieur de laquelle les produits interchangeables des entreprises de produits en cause peuvent être vendus.

Les produits du groupe de produits concerné doivent être vendus par les concurrents respectifs dans des conditions de concurrence suffisamment équivalentes (art. 11, al. b,3 OCE ; ATF 139 I 72, *Publigruppe*, consid. 9.2.1 ; arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.4.1 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 320 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 302).

8.2.2 L'instance précédente est partie du principe qu'il existait un marché national tant pour les données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments que pour l'accès aux enregistrements électroniques concernant les informations sur les médicaments. En effet, les conditions-cadres du système de santé sont marquées par la législation nationale. Les médicaments sont autorisés spécifiquement pour la Suisse, ce qui signifie que les données contenant des informations sur les médicaments doivent tenir compte des spécificités nationales. Il est possible de renoncer à une délimitation plus étroite des régions linguistiques, étant donné que les titulaires d'autorisations sont tenus de publier les informations sur les médicaments en allemand, français et italien sur l'AIPS et que la structure des informations sur les médicaments est prédéfinie indépendamment de la langue et identique même dans les banques de données affinées. Les coûts liés à l'utilisation de plusieurs langues sont relativement faibles et les produits IN DEX sont proposés dans toute la Suisse.

8.2.3 Les plaignantes font valoir qu'en ce qui concerne le marché géographique en cause, il faut tenir compte du fait que les fournisseurs peuvent également provenir de l'étranger et que le marché s'ouvrira davantage à l'avenir, car en Suisse, les données devront à l'avenir être fournies selon les normes de l'UE.

8.2.4 Le critère déterminant pour la délimitation du marché géographique en cause est de savoir si, dans une zone géographique donnée, les conditions de concurrence sont sensiblement différentes de celles qui prévalent dans les zones limitrophes. Le marché géographique en cause peut ainsi être délimité au cas par cas au niveau local, régional, national, international ou mondial (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 321 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 149 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 302 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 298 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.45 ; BORER, op. cit., art. 5 n° 15).

8.2.5 Des indices importants de marchés géographiques différents sont notamment un niveau de prix différent, des différences linguistiques, des prescriptions légales, des obstacles au commerce, des préférences des

consommateurs, etc. (arrêt du TAF B-3332/2012 de novembre 13.
*BMW*2015,, consid. 7.2 ;

BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGARTNER, Comparer des pommes et des poires ?, in : Jusletter 11 septembre 2017, ch. marg. 27 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK- KG, art. 4 al. N 2218 ss).

8.2.6 En ce qui concerne la dimension temporelle, il faut essentiellement se baser sur les conditions prévalant durant la période déterminante. La prise en compte des développements ultérieurs n'est possible que de manière limitée, à savoir lorsque ceux-ci permettent impérativement de tirer des conclusions sur la situation antérieure. Par ~~des~~ ~~est~~ décisif qu'il s'agisse de sanctionner un comportement sur le marché qui se situe dans le passé. Eu égard au caractère pénal de la procédure de sanction, il est interdit de mélanger dans le temps les circonstances déterminantes avec des événements d'autres périodes (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.2.2 ; ch. 560 de la décision de l'instance précédente du mois de mai 2016 dans l'affaire *Sport im Pay-TV* [publiée dans : DPC 2016/4 p. ff920, ff991.]).

8.2.7 En l'espèce, l'instance inférieure a délimité le marché géographique en cause de manière pertinente au niveau national. Ses considérations peuvent être entièrement suivies. En effet, l'argument des recourantes selon lequel les fournisseurs pourraient également provenir de l'étranger et que le marché s'ouvrirait davantage à l'avenir n'est pas pertinent. Les recourantes le déduisent des modifications apportées par la révision de la LPT. Elles ~~sont~~ toutefois que soit prise en compte une évolution ultérieure. Les nouvelles dispositions de la loi révisée sur les produits thérapeutiques ne sont entrées en vigueur que le 1er janvier 2010. Le 1er janvier 2019 (voir ci-dessus E. 2.2.3). Le Conseil fédéral a certes déjà adopté le 7 novembre 2012 le message relatif à la révision de la loi sur les produits thérapeutiques à l'intention du Parlement. Il n'est toutefois pas possible d'en déduire quoi que ce soit en l'espèce. En effet, le projet du Conseil fédéral ne prévoyait pas encore la compétence d'une fondation pour rendre accessibles les informations sur les médicaments, ni la prise en compte de normes internationales pour le volume et la structure des données.

8.2.8 Les éventuels changements sur le marché liés à la révision de la LPT ne sont donc pas déterminants pour la période de fin septembre 2013 à mi-mai 2016, qui est déterminante en l'espèce. Pour ces raisons, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une éventuelle ouverture future du marché sur le plan international dans le présent contexte. Le marché géographique en cause doit être délimité au niveau national, tant pour les données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur

les médicaments que pour l'enregistrement et la réception de données électroniques concernant les informations sur les médicaments.

8.3 Marché en cause dans le temps

8.3.1 Dans le cadre de la définition temporelle du marché, il convient de déterminer pendant quelle durée ou à quel moment les offres substituables sont disponibles ou font l'objet d'une demande dans la zone géographique concernée. L'aspect temporel de la délimitation du marché revêt toujours de l'importance lorsque la demande ou l'offre n'existe que pendant des périodes déterminées (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 338 ; B-3618/2013, *Hal- lenstadion*, consid. 165 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 302 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. 2 N s115.).

8.3.2 Il n'est pas toujours nécessaire de préciser la dimension temporelle du marché. Normalement, on peut partir du principe qu'il s'agit de "marchés permanents" (ZIR-LICK/BLATTER/BANGARTNER, loc. cit. 4 al. 2 n. 115).

8.3.3 Les marchés en cause en l'espèce sont incontestablement des "marchés permanents", raison pour laquelle il n'y a pas lieu de délimiter en soi le marché pertinent dans le temps. Toutefois, en l'espèce, en raison du changement de la société mère de la plaignante 2 et de l'affirmation de la légitimation passive de la plaignante 1 (cf. considérants 2 et 3), il convient de déterminer le marché pertinent. 3.18), le marché pertinent temporel doit être limité à la période allant jusqu'au mois d'7.avril.

8.4 Résultat intermédiaire

Sur la base des constatations qui précèdent, il convient, pour déterminer la position des plaignantes sur le marché, de se fonder sur le marché des données affinées, lisibles par machine, concernant les informations sur les médicaments en Suisse, ainsi que sur le marché de l'enregistrement et de la réception dans des ensembles de données électroniques concernant les informations sur les médicaments en Suisse pendant la période déterminante.

9. Position sur le marché

9.1 Principes de base

9.1.1 Selon l'art. 4 al. 2 LCart, sont considérées comme entreprises dominantes une ou plusieurs entreprises qui, sur un marché, sont en mesure, en tant qu'offreurs ou demandeurs, de s'affranchir dans une large mesure des autres acteurs du marché (concurrents, offreurs ou demandeurs).

Ce qui est déterminant, c'est la possibilité pour une entreprise de se comporter de manière indépendante sur un marché donné (ATF I 13972, *Publigroupe*, consid. avec 9.3.1 référence à ATF II 129 consid 497. 6.3.1 ;

Arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.5.1 ; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen der marktbeherrschender Unternehmen, in : von Büren/David, Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, 2000, p. 172 ; RO- LAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH in : Baker & McKenzie, Handkommentar SHK de Stämpfli, Loi sur les cartels, art 2007, . 4 N et 3134 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 2175).

9.1.2 L'art. 4, al. 2, LCart n'exige pas qu'une entreprise en position dominante puisse se comporter de manière totalement indépendante des autres acteurs du marché, mais qu'ils ne puissent se comporter de manière indépendante des autres acteurs du marché que dans une mesure substantielle (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.3.3.2 ; arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 405). La capacité d'une entreprise à adopter un comportement substantiellement indépendant se ~~ad~~ par une marge de manœuvre particulière par rapport aux autres acteurs du marché, qui lui permet au moins de ne pas devoir tenir compte des conditions de concurrence existantes afin d'éviter des inconvénients notables, ou qui lui permet en outre d'influencer, voire de déterminer, les conditions de concurrence de manière notable. En revanche, une telle marge de manœuvre particulière n'existe généralement pas lorsqu'une entreprise est disciplinée dans son comportement par une pression concurrentielle suffisante (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.3.1 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 402 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 311 ; B-2977/2007, *Publigroupe*, consid. 6.1 ; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Aufl 2., 2005, n. 532 et 572 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 2172).

9.1.3 La question de savoir s'il existe une position dominante sur le marché doit être tranchée au cas par cas en tenant compte des conditions concrètes du marché concerné (ATF I 139 *Publigroupe* 72., consid. avec 9.3.1 renvois). L'élément déterminant pour l'appréciation de la position d'une entreprise sur le marché pertinent est une évaluation de tous les aspects pertinents qui, dans le cas d'espèce, parlent en faveur ou en défaveur de la possibilité d'un comportement indépendant (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.5.1). Dans le cadre d'une telle analyse globale, aucun des éléments à prendre en compte en principe ne bénéficie d'une priorité absolue en raison de circonstances générales. La

base essentielle de cette évaluation est plutôt une analyse de la structure du marché, dans laquelle les aspects de la concurrence actuelle sont régulièrement pris en compte,

de la concurrence potentielle, de la position de la partie adverse sur le marché et de l'influence d'un marché cohérent. En outre, il convient de clarifier, au regard de la structure de l'entreprise, les caractéristiques et propriétés spécifiques de l'entreprise concernée qui lui permettent précisément de se comporter indépendamment des autres acteurs du marché (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. f 403. ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 312).

9.1.4 Les raisons du développement d'une position dominante sont déterminantes pour l'appréciation du droit des cartels selon l'art. 7 LCart (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 404 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 313). Par conséquent, il n'est pas important de savoir si une entreprise dominante a acquis son pouvoir pertinent en droit des cartels en raison d'une meilleure performance dans la concurrence ou de mesures organisationnelles (HEIZMANN, op. cit., n° 300 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. al4. n° 1181).

9.2 Marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments

9.2.1 Concurrence actuelle dans la période concernée

9.2.1.1 Du point de vue de la concurrence actuelle, il convient de déterminer dans quelle mesure l'entreprise concernée est directement exposée à la pression concurrentielle de concurrents qui sont déjà effectivement actifs sur le marché concerné (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 423).

9.2.1.2 L'instance précédente a expliqué qu'e-mediat était, jusqu'à 2012Galdat, le seul fournisseur d'une banque de données complète, affinée et lisible par machine pour les informations sur les médicaments. Les offres de données d'autres fournisseurs avec des fonctionnalités comparables n'étaient et ne sont toujours pas disponibles. La concurrence actuelle de ouwerkerk et ywesee n'est pas assez importante pour avoir une influence disciplinaire sur HCI.

9.2.1.3 En outre, l'instance inférieure a considéré que Documed avait elle-même estimé, dans une lettre de janvier 2012, disposer d'une couverture de marché de plus de 90% avec les produits INDEX. On peut supposer que les 10% restants n'étaient pas encore passés aux solutions logicielles à l'époque et que cette part était plus faible au moment de la décision. En outre, le nombre de fournisseurs de prestations,

d'entreprises de distribution et d'organismes payeurs qui collaborent avec HCI serait en relation avec le nombre d'entreprises de distribution.

En comparaison avec le nombre absolu de médecins, de pharmacies, etc. exerçant en Suisse, la position dominante des plaignantes sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments est confirmée. En conséquence, la concurrence actuelle ne serait que très limitée.

9.2.1.4 Les plaignantes font valoir qu'il existe une concurrente actuelle, ywesee. Celle-ci a pu pénétrer le marché des médecins avec le produit MEDI- update XML, même si la qualité de ses données - notamment en raison de l'absence de rédaction spécialisée - n'est pas comparable à celle de HCI. En outre, les données de base proposées par ouwerkerk, qui auraient été en concurrence avec les produits INDEX, auraient eu le potentiel de mettre sous pression l'offre de HCI en cas d'investissement important.

9.2.1.5 Le point de départ pour l'examen de la concurrence actuelle est la part de marché de l'entreprise concernée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des parts de marché élevées sont un indice fort d'une position dominante, mais elles n'excluent pas nécessairement une concurrence efficace (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.3.3.2 ; 130 II 449 consid. 5.7.2 ; arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 440).

9.2.1.6 Il convient donc d'accorder une attention particulière aux aspects suivants : (i) le nombre de concurrents, (ii) les parts de marché des concurrents, (iii) le rapport entre la part de marché de l'entreprise concernée et les parts de marché de ses concurrents, et (iv) l'évolution des parts de marché. Plus l'écart entre la part de marché de l'entreprise concernée et celles de ses concurrents est grand ou plus les parts de marché des concurrents sont petites, plus il est probable que l'entreprise occupe une position dominante (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 439 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 331 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. N 2275 ; WEBER/VOLZ, loc. cit., ch. 2.55). Des parts de marché élevées et stables parlent en principe en faveur d'une position dominante, alors que des parts de marché volatiles et une baisse des parts de marché de l'entreprise examinée sont plutôt contraires (REINERT/WÄLCHLI, BSK- KG, art. 4 al. 2 N 276). Des parts de marché en baisse de l'entreprise concernée n'excluent toutefois pas la constatation d'une position dominante si la part de marché reste élevée (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.3.3.2 ; arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 447 ; EVELYN

CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in : Martenet/Bovet/Tercier [éd.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, art. 4 al. 2 N 276 [ci-après cité : {Autor}, CR-Concurrence]).

9.2.1.7 Enfin, il faut tenir compte de la puissance économique des ~~groupes~~ Dans ce contexte, la structure de l'entreprise concernée revêt régulièrement de l'importance (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 331). Tous ces aspects doivent permettre de déterminer si les concurrents sont en mesure d'exercer une influence disciplinaire sur l'entreprise concernée.

9.2.1.8 Les parts de marché peuvent varier selon que l'on se base sur le chiffre d'affaires, les quantités ou le nombre de clients (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. 2 N 295). Dans le cas présent, il n'est pas possible de se baser sur le chiffre d'affaires, notamment en raison de l'absence de données chiffrées suffisantes. Il existe cependant de nombreuses données concernant le nombre d'utilisateurs ou d'installations et de contrats.

9.2.1.9 En janvier 2012 déjà, dans le cadre de l'offre en vue des contrats transitoires pour l'année 2012, HCI estimait disposer, grâce à ses bases de données INDEX, d'une couverture de marché de plus de 90% pour les systèmes logiciels des fournisseurs de prestations (cf. instance précédente, act. 347, p. 9 et 12). Il existerait des contrats avec plus de 110 maisons de logiciels et il y aurait plus de 11'000 installations de medINDEX, plus de 120 installations de hospINDEX ainsi que plus de 1700 installations de pharmINDEX. Enfin, plus de 90% des organismes payeurs utiliseraient insureINDEX (cf. instance précédente, act. 347, p. 13).

9.2.1.10 2012 Il ressort de la présentation de la nouvelle offre de prestations de HCI en septembre que HCI partait alors du principe qu'il existait des contrats avec des maisons 115 de logiciels et que les produits INDEX étaient utilisés comme suit (cf. instance précédente, act. et 54 p 357, . 22) :

- medINDEX de 16'000 médecins de cabinet (estimation)
- pharmINDEX de pharmacies 1730
- drogINDEX de drogueries 430
- hospINDEX des hôpitaux 200
- careINDEX de foyers 80
- insureINDEX des caisses d'assurance maladie 63

– logINDEX de grossistes20.

9.2.1.11 Dans la brochure "Le réseau pour vos produits, prestations de service et prix 2017", HCI indique que les produits INDEX sont utilisés par 16'000 cabinets médicaux, pharmacies1700, hôpitaux320, drogueries320, homes180 et Spitex, organismes payeurs55 et grossistes20 (cf. instance précédente, act. p1025,. 4).

9.2.1.12 Tous ces chiffres montrent un nombre relativement constant et important d'utilisateurs ou d'installations et de contrats avec HCI concernant les bases de données IN- DEX. Ils témoignent déjà d'une part de marché importante de HCI, même si l'on tient compte du fait qu'ils ont été publiés par HCI lui-même dans le cadre d'activités promotionnelles et doivent donc être considérés avec une certaine prudence.

9.2.1.13 Ces chiffres concernant les utilisateurs peuvent être comparés au nombre total de prestataires de soins actifs en Suisse.

-Les chiffres sont exprimés en nombres absolus. Pour ces derniers, il faut toutefois tenir compte du fait qu'il s'agit des chiffres absolus des personnes et des entreprises actives dans les branches correspondantes. On peut supposer qu'une partie d'entre eux - même s'il s'agit d'une nette minorité - n'est pas encore passée aux solutions numériques ou logicielles pendant la période concernée. Ces derniers ne peuvent pas être pris en compte dans l'évaluation de la part de marché, car ils ne sont pas demandeurs de données affinées et lisibles par machine dans la concurrence actuelle. Néanmoins, les chiffres suivants, mis en relation avec ceux mentionnés ci-dessus, permettent de conclure que les plaignantes disposaient d'une part de marché importante tant au début de la période en cause qu'à la fin de celle-ci.

9.2.1.14 Les statistiques de l'Office fédéral de la statistique (OFS) et de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) fournissent les chiffres suivants concernant le nombre total de ~~établissements~~ exerçant en cabinet privé, de pharmacies, d'hôpitaux et de caisses maladie (www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiken/gesundheitswesen/arztpraxen.assetdetail.10527135.html ; <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheitswesen/spitaeler.assetdetail.10647165.html> ; www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html [consulté le 24.08.2020]) :

| | | |
|--|---------------|---------------|
| -Les médecins sont des professionnels: | 16'910 (2012) | 18'473 (2016) |
| -pharmacies : | 1'740 (2012) | 1'792 (2016) |
| Hôpitaux : | 298 (2012) | 283 (2016) |
| -caisses de maladie: | 61 (2012) | 56 (2016) |

Ainsi, entre 85% (2016) et 95% (2012) de tous les médecins ont eu recours à l'Internet.

médecins, entre 95% (2016) et 99% (2012) de toutes les pharmacies, ainsi qu'entre

Entre 90% (2016) et 100% (2012) de tous les hôpitaux utilisent les bases de données INDEX. En ce qui concerne les chiffres relatifs aux caisses-maladie et aux organismes payeurs, il faut tenir compte du fait que l'insureINDEX est également proposé aux assurances-accidents et invalidité. Pratiquement 100% des organismes payeurs ont donc utilisé les bases de données INDEX.

Selon les données de l'Association suisse des droguistes (ASD) dans son rapport annuel 2018, l'association comptait début 2012 528 membres, respectivement début 2016 491 (p. disponible, sous : www.drogoser-

[ver.ch/deutsch/Verband/191129_DV_4_Jahresbericht_2018.pdf](http://www.drogoser-ver.ch/deutsch/Verband/191129_DV_4_Jahresbericht_2018.pdf) [abusé le 24.08.2020]). Selon l'ASD, plus de 90% de toutes les drogues suisses sont membres de l'association (<https://drogistenverband.ch/de/verband> [consulté le 24.08.2020]). Il en résulte qu'au moins 59% (2016) et 73% (2012) de toutes les drogueries utilisent les banques de données INDEX.

9.2.1.15 Sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, outre HCI, ywee était actif durant la période en cause avec le produit MEDlupdate XML. Selon les indications d'ywee, MEDlupdate XML a été utilisé par environ [...] médecins durant la période en question. En ce qui concerne les pharmacies et les hôpitaux, ywee n'a pas pu entrer sur le marché (cf. instance précédente, act. S1117, et 612).

9.2.1.16 En outre, pendant la période en question, ouwerkerk était également active sur ce marché avec le produit just-medical!/med-drugs. Toutefois, selon les indications de ouwerkerk, aucun client n'a pu être trouvé pour just-medical!/med-drugs malgré des activités de prospection (cf. instance précédente, act. 1103, S. 6). D'autres concurrents actuels ne sont pas visibles et ne sont pas invoqués par les plaignantes.

9.2.1.17 Selon HCI, MedINDEX est utilisé par 16'000 médecins, MEDlupdate XML par [...] selon ywesee, ce qui correspond à une part de marché d'environ 5%. HCI disposait avec medINDEX, malgré la concurrence, de

ywesee, la part de marché de cette dernière est supérieure à 90 %. Le secteur medINDEX, pour lequel la distribution s'est faite directement par les maisons de logiciels, est d'une importance secondaire pour les plaignantes, selon leurs indications dans la plainte (p. de la 38^e plainte). H. _____ a en 27.01.2013 déclaré lors de l'audition des parties en février que la création de valeur sur le marché des médecins était faible (cf. instance précédente, act. 141, p. 8).

9.2.1.18 Pour tous les autres fournisseurs de prestations, les organismes payeurs, les entreprises de distribution et les maisons de logiciels, on peut même supposer que la part de marché de HCI est encore plus importante. Dans ces domaines, aucun concurrent réel n'est visible. Les fournisseurs de prestations qui n'utilisaient pas les bases de données INDEX (voir ci-dessus) n'ont pas été en mesure d'obtenir des informations sur l'utilisation de ces bases de données.

E. 9.2.1.14) ne sont probablement pas (encore) passées à des solutions numérisées pendant la période en question.

9.2.1.19 En guise de conclusion intermédiaire, on peut donc retenir que la part de marché des plaignantes s'élevait au total à plus de 90% et qu'il y a donc tout lieu de penser qu'elles ont occupé une position dominante durant la période concernée. Même si certaines incertitudes ~~subsistaient~~ subsistaient, le "seuil critique" de 50% serait de toute façon largement dépassé (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 9.3.3.2 ; arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.5.2).

9.2.1.20 Mais ce n'est pas seulement la part de marché élevée, mais aussi les aspects du nombre de concurrents et de leurs parts de marché ainsi que l'évolution des parts de marché qui parlent en faveur d'une position dominante.

9.2.1.21 Comme mentionné ci-dessus, il y avait deux concurrents actuels sur le marché en cause, la part de marché de ouwerkerk étant de 0% et celle de ywesee d'un peu plus de 5% sur le marché des médecins. Sur l'ensemble du marché, la part de marché de ywesee est toutefois également infime et la différence entre les parts de marché de HCI et de ywesee est très importante.

9.2.1.22 Les chiffres figurant aux considérants 9.2.1.10 s. et 9.2.1.14 montrent en outre que l'évolution des parts de marché a été relativement stable. Dans la mesure où les parts de marché ont légèrement diminué, cela n'exclut pas la constatation d'une domination du marché, étant donné

que les parts de marché sont restées élevées (cf. ci-dessus considérants 4 et 5). 9.2.1.6).

9.2.1.23 L'argument des plaignantes selon lequel les données de base proposées par ouwerkerk auraient un potentiel dans le cadre d'un investissement plus important

L'hypothèse selon laquelle l'entreprise aurait eu la possibilité de mettre HCI sous pression n'est pas pertinente dans le cadre de l'évaluation de la concurrence actuelle. En effet, lors de l'appréciation de la concurrence ~~actuelle~~, il convient d'évaluer les conditions effectives et non des hypothèses telles que des investissements plus importants ou une plus grande puissance économique des entreprises. En ce qui concerne la puissance économique des deux concurrents ywesee et ouwerkerk, il faut plutôt constater que les deux entreprises sont des micro-entreprises.

9.2.1.24 Dans l'ensemble, l'instance inférieure a donc considéré à juste titre que la concurrence actuelle sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments était très limitée, voire inexistante.

9.2.2 *Concurrence potentielle*

9.2.2.1 Du point de vue de la concurrence potentielle, il convient d'examiner dans quelle mesure l'entreprise en question est directement exposée à une pression concurrentielle du fait de la possibilité que d'autres entreprises, qui n'y étaient pas encore actives, puissent apparaître sur le marché en question en tant que nouveaux concurrents. La seule possibilité de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché peut, dans certaines conditions, avoir un effet disciplinaire sur une entreprise qui, en raison de la concurrence actuelle, occupe une position particulière sur le marché (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 459 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 334 ; REINERT/WÄLCHLI, *BSK-KG*, art. 4 al. 2 N et 311 ss 342 ; STÄUBLE/SCHRANER, *DIKE-KG*, art. 4 al. 2 N 233).

9.2.2.2 L'instance inférieure est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de concurrence potentielle ayant une influence disciplinaire. Pour justifier sa décision, elle a notamment expliqué qu'ywesee essayait depuis longtemps de concurrencer HCI, ce qu'elle n'avait réussi à faire que dans le domaine des médecins en tant que fournisseur de produits. En outre, l'instance inférieure a tenu compte du fait qu'en raison de la législation nationale dans le domaine de la santé et ~~des~~ des informations sur les médicaments, l'entrée sur le marché d'entreprises internationales était peu probable. La révision de la loi sur les produits thérapeutiques adoptée par le Parlement entraînera en outre des modifications importantes. Des tâches décisives seront notamment confiées à une fondation. Diverses questions concernant la mise en œuvre restent toutefois en suspens. Tant que ces questions ne seront pas résolues, il est peu probable que des investissements soient réalisés.

9.2.2.3 Selon l'instance précédente, les obstacles suivants, qu'elle a déjà mentionnés comme facteurs contre la concurrence actuelle, plaideraient également contre des modifications des conditions de concurrence : Premièrement, le Groupe Galenica a intégré verticalement la chaîne de création de valeur de la distribution des médicaments et des informations sur les médicaments correspondantes et est présent à tous les niveaux du marché, parfois avec une forte position sur le marché.

– de la société. La distribution physique de médicaments, en particulier, dépend des sociétés du groupe Galenica, car le plus grand prewholesaler, Alloga SA, et le plus grand grossiste, Galaxis SA, appartiennent au groupe Galenica. Deuxièmement, HCI dispose de moyens financiers bien plus importants que ses concurrents grâce aux recettes provenant des titulaires d'autorisations. Troisièmement, la position de HCI sur le marché s'est renforcée depuis longtemps. HCI est un partenaire incontournable dans le secteur de la santé en raison de ses relations commerciales avec les titulaires d'autorisation, les éditeurs de logiciels et les acheteurs des bases de données INDEX et du Compendium, ainsi que du fait qu'elle exploite la quasi-totalité des données primaires externalisées. Quatrièmement, l'étendue de la base de données de HCI n'est pas facilement reproductible. Cinquièmement, il est difficile pour d'autres fournisseurs de vendre des logiciels à ou par l'intermédiaire de maisons de logiciels, étant donné que toutes les maisons de logiciels existantes travaillent avec HCI et qu'il n'existe pas d'autres interfaces. Les coûts de changement sont élevés et l'utilisation de la structure de la base de données pour d'autres bases de données est en partie interdite aux éditeurs de logiciels par contrat. Sixièmement, les éditeurs de logiciels doivent d'abord amortir les coûts élevés engendrés par le passage de Galdat aux produits INDEX.

9.2.2.4 En revanche, les plaignantes estiment qu'il existe une concurrence potentielle. Lors de l'évaluation de la concurrence potentielle, il faut en outre tenir compte de la révision de la LPT_h adoptée par le Parlement et de ses conséquences. Il faut également tenir compte du faible niveau des coûts irrécupérables et de l'absence de coûts de transfert ou d'autres effets de verrouillage importants pour la concurrence. La génération des bases de données s'effectue dans des conditions de monopole naturel tangible, principalement en raison de l'exigence d'exhaustivité. Enfin, les inventions et les innovations joueraient un rôle important sur le marché en question. Les divers marchés des informations sur les médicaments spécifiques aux groupes d'utilisateurs auraient donc largement le caractère de marchés de TIC (logiciels). Sur de tels marchés, la concurrence s'exerce généralement sous la forme d'une

concurrence en matière de recherche et de développement "pour le marché", et non sous la forme d'une "concurrence sur le marché".

9.2.2.5 La prise en compte de la possibilité d'une entrée sur le marché d'autres acteurs en tant que concurrents ne se justifie que si l'entrée sur le marché d'autres entreprises ayant un effet de concurrence suffisant a lieu avec une probabilité suffisante dans un délai prévisible (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 462 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 339 ; WEBER/VOLZ, op. cit. 4 al. 2 N 233).

9.2.2.6 Une probabilité suffisante de l'entrée d'un concurrent sur le marché est donnée lorsque, sur la base d'indices concrets d'ordre économique, technique ou autre, il faut s'attendre à une entrée correspondante sur le marché. En revanche, la seule ~~possibilité~~ hypothétique d'une entrée sur le marché ne constitue pas une base suffisante pour une telle supposition (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 463 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 340). Outre une estimation prospective, il faut également tenir compte de l'évolution historique des entrées sur le marché (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 341 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4, al. 2, n. 343 ; WEBER/VOLZ, op. cit.)

9.2.2.7 Il convient en outre d'accorder une attention particulière aux barrières existantes à l'entrée et à la sortie du marché et à l'évaluation de leur importance. Il s'agit de tous les critères qui, dans le cadre d'une évaluation objective, doivent être pris en compte pour déterminer si une entreprise peut ou non commencer à vendre un produit sur le marché concerné et, si l'entrée sur le marché n'est pas couronnée de succès, si elle doit ensuite en sortir (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 464 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 341). Les barrières à l'entrée résultent des coûts qu'une entreprise doit supporter lorsqu'elle entre sur le marché et que l'entreprise déjà présente sur le marché n'a pas à supporter (WEBER/VOLZ, op. cit. ch. 2.62). Il s'agit de facteurs tels que les économies d'échelle et de ~~gamme~~ la nécessité d'investir pour entrer sur le marché, la différenciation des produits, les facteurs réglementaires tels que les autorisations obligatoires, les droits de douane ou les brevets, ainsi que les avantages de coûts de l'entreprise établie, les effets de réseau, les switching costs, les coûts d'acquisition d'expérience et de savoir-faire, la fidélité à la marque, etc. (WEBER/VOLZ, op. cit, Rz. ss264 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. 2 N 313 et 318 ss). Par barrières à la sortie du marché, on entend les coûts engendrés par une sortie du marché. Il s'agit en particulier des coûts irrécupérables, c'est-à-dire des investissements qui sont perdus en cas de sortie du marché parce qu'ils ne sont pas utilisés autrement ou parce que les biens correspondants ne sont pas vendus.

(WEBER/VOLZ, op. cit., ch. 263 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. al4. 2 N 317).

9.2.2.8 La condition de l'entrée sur le marché dans un délai prévisible est considérée comme remplie lorsque l'entrée sur le marché est rapide, c'est-à-dire dans un délai de deux à trois ans (REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. 2 N 344 ; DAVID/JACOBS, op. cit., n. 699 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n. 2.76). Selon STÄUBLE/SCHRANER, l'entrée sur le marché doit être attendue dans un délai plus court, c'est-à-dire dans un délai de quelques mois, lors de l'appréciation des cas selon l'art. 7 LCart (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-LCart, art. 4 al. N 2233). Le moment doit pouvoir être estimé avec une certaine certitude et le temps qui reste jusqu'à ce moment ne doit pas être si long que cela donne à l'entreprise potentiellement dominante sur le marché la possibilité d'exploiter sa marge de manœuvre de manière inappropriée pendant ce temps (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 465 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 342).

9.2.2.9 Un effet concurrentiel suffisant présuppose l'entrée sur le marché d'une ou de plusieurs entreprises qui, seules ou ensemble, élargissent l'offre sur le marché en cause dans une mesure telle que la partie adverse de l'entreprise potentiellement dominante dispose de possibilités d'évitement suffisantes. Les possibilités d'évitement sont suffisantes lorsqu'un certain nombre d'acteurs du marché peuvent obtenir les nouveaux produits avec pour conséquence que l'entreprise concernée ne peut pas accepter cet évitement. Dans le cas contraire, il n'est pas nécessaire pour l'entreprise concernée de modifier son propre comportement, car, faute d'~~arrêts~~ réelles, la partie adverse continue de dépendre très majoritairement de l'achat de ses produits (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 466 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 341).

9.2.2.10 Enfin, l'évaluation de la position sur le marché doit également prendre en compte les caractéristiques et les propriétés de l'entreprise concernée. Dans le cadre de cette analyse de la structure de l'entreprise, on examine quelles sont les caractéristiques et propriétés individuelles d'une entreprise qui lui permettent de se comporter indépendamment de ses concurrents et de ses clients (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 470 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. 2 N 345 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. 2 N 250). Les caractéristiques et propriétés de l'entreprise qui peuvent indiquer une position dominante sont, dans le cas de

Par exemple, son avance technologique ou commerciale par rapport à ses concurrents, son intégration verticale, sa puissance financière, sa taille, son comportement sur le marché ainsi que d'autres caractéristiques spécifiques au marché (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 470 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 350 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4 al. 2 N ss347 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 4 II N 129 ; ZÄCH, op. cit., ch. marg. s. 584,586; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 2251).

9.2.2.11 Comme on le verra plus loin, il n'y avait pas lieu de s'attendre à l'arrivée d'une autre entreprise ayant un effet concurrentiel suffisant sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments pendant la période déterminante.

9.2.2.12 L'évolution historique des entrées sur le marché parle déjà en défaveur d'un développement potentiel suffisant de la concurrence. Ywesee tente de pénétrer le marché depuis un certain temps déjà, mais n'a pu s'établir qu'en tant que fournisseur de niche auprès des médecins, et ne dispose que d'une part de marché d'un peu plus de 5% dans ce secteur. Ouwerkerk a également tenté de pénétrer le marché à partir de 2012, mais n'y est manifestement pas parvenu, malgré le soutien financier des titulaires d'autorisation. Le fait que l'offre de ouwerkerk aurait éventuellement eu le potentiel de mettre HCl sous pression en cas d'investissement plus important - comme le font valoir les recourantes - ne constitue pas non plus un indice concret de la probabilité suffisante d'une offre concurrente. En effet, de tels investissements importants n'ont justement pas été réalisés à l'époque et, étant donné que les titulaires de l'autorisation et ouwerkerk n'ont déjà plus investi dans le produit concurrent de ouwerkerk, il semble peu probable, dans le contexte de la révision de la LPT et des incertitudes qui subsistent à cet égard (voir ci-après), qu'ils le fassent durant la période pertinente en l'espèce.

9.2.2.13 Par ailleurs, un autre aspect doit être pris en compte dans le cadre de l'évolution historique. Il a déjà été expliqué plus haut (voir considérants C.a.d. et s.) que, jusqu'en juin 2011, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché étaient de facto tenus de publier les informations sur les médicaments, moyennant paiement, dans le recueil électronique de Documed, sachant qu'à partir de 2008, une publication électronique sur ywesee était également possible. Ce n'est qu'à partir de juillet 2011 Swissmedic a renoncé à exiger du titulaire de l'autorisation qu'il publie les informations sur les médicaments.

(cf. communiqué de presse de juillet 26.2011, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/mitteilungen/archiv/praxisaenderung-betreffend-die-publikation-von-arzneimittelinfor.html> [consulté le 07.01.2022]). En effet, cette pratique qui durait depuis des années s'est avérée inadmissible dans l'ATF 2011/60. Le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion que l'obligation de publier les informations sur les médicaments imposée par Swissmedic ne pouvait pas être maintenue pour l'un des deux seuls fournisseurs privés. En l'absence d'une base légale claire, il n'est pas acceptable que Swissmedic oblige des entreprises à conclure un contrat payant avec des tiers dont la tarification n'est pas contrôlée par l'État. La pratique de Swissmedic n'est ni appropriée ni nécessaire pour remplir le devoir d'information. L'obligation de contracter porte en outre atteinte à la liberté économique des entreprises de fabrication. Avec le nombre croissant de tâches étatiques et leur délégation croissante à des privés, la procédure actuelle de Swissmedic ne peut pas être tolérée. On ne voit pas pourquoi Swissmedic ne publierait pas elle-même les informations, d'autant plus que la loi lui permet d'exiger une indemnisation pour cela (ATF 2011/60).

9.2.2.14 Certes, selon les arguments des plaignantes, R. ont développé un produit de substitution au pharmINDEX. Elles font ainsi valoir qu'à la fin, 2016 un collaborateur de R. _____ d'avoir appris que R. _____ avait développé un produit concurrent de pharmINDEX et que celui-ci serait prochainement mis sur le marché (cf. annexe 7 au recours). Dans leur requête non sollicitée du mois de novembre, 16.2018 les plaignantes constatent toutefois elles-mêmes qu'aucun fournisseur tiers supplémentaire de données n'est entré sur le marché et que les fournisseurs existants n'ont pas non plus étendu leur part de marché. En outre, le "marché des pharmacies" ou pharmINDEX ne constitue, à côté des six autres banques de données INDEX, qu'une offre partielle pour les autres fournisseurs de prestations, entreprises de distribution et organismes payeurs sur le marché en cause. L'ancien Groupe Galenica et l'actuel Groupe Galenica, auquel appartient également la plaignante 2, exploitaient ou exploitent, selon leurs propres indications, dans le segment d'activités Products & Care, le plus grand réseau de pharmacies de Suisse, avec environ 360 pharmacies (pharmacies propres et pharmacies en joint-venture ; <https://www.galenica.com/fr/uebergalenica/products-care/pharmacies.php> [consulté

le 06.12.2021]). Toutes ces pharmacies ne se tourneraient probablement pas vers un éventuel produit concurrent. Même en tenant compte de ces éléments, l'entrée de R. sur le marché serait très difficile à réaliser. _____ avec un produit concurrent pour les pharmacies dans les deux à trois prochaines années, en tant que concurrent ayant un effet concurrentiel suffisant sur l'ensemble du marché en cause par rapport à tous les fournisseurs de prestations, entreprises de distribution, organismes payeurs et éditeurs de logiciels, est extrêmement douteuse.

9.2.2.15 R. _____ n'a, à ce jour, pas pénétré le marché avec un produit concurrent. D'autres entrées sur le marché ou annonces de telles entrées n'ont pas été invoquées et ne sont pas visibles.

9.2.2.16 Les plaignantes souhaitent que la révision de la LPT_h soit prise en compte. Elles font valoir qu'avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LPT_h, les titulaires d'une autorisation devront coder et structurer eux-mêmes les données de base, ce qui modifiera considérablement le marché en question. En outre, l'entrée sur le marché de fournisseurs étrangers sera facilitée, car les normes internationales seront de plus en plus utilisées à l'avenir.

9.2.2.17 La nouvelle disposition légale (art. 67 nHMG) constitue incontestablement une modification du cadre légal. De tels changements peuvent constituer un point de repère pour une concurrence potentielle. Il convient toutefois de tenir compte du calendrier et des conséquences. Dans le cas présent, le message a été transmis au Parlement en 2012, la révision a été adoptée par le Parlement en 2016 et l'art. nHMG67 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019 (voir ci-dessus E. 2.2.3). En ce qui concerne les modifications qui nous intéressent ici, le cadre légal et les modalités concrètes sont restés longtemps flous, notamment après l'adoption du projet par le Parlement en 2016. Tant que le cadre légal et la forme concrète ne seront pas clarifiés, une entrée sur le marché semble improbable. Pour cette raison déjà, la révision de la LPT_h ne peut être utilisée que de manière limitée comme argument en faveur d'une concurrence potentielle.

9.2.2.18 L'art. nLPM67 prévoit qu'une fondation gère un registre électronique contenant les informations sur les médicaments prescrites par la loi. Dans ce registre électronique, la fondation doit publier les informations sur les médicaments de manière complète et actuelle, sous une forme structurée, aux frais des titulaires d'autorisation. Les titulaires

d'une autorisation de mise sur le marché doivent déjà fournir les informations sur les médicaments sous la forme correspondante (voir E. ci-dessus). 2.2.3). En outre, l'institution doit

selon l'art. 67, al. 6, nHMG, de tenir compte autant que possible des normes internationales en ce qui concerne l'étendue et la structure des données. Cela facilite certes l'entrée sur le marché de fournisseurs internationaux. Néanmoins, le marché reste marqué par la législation nationale en matière de santé publique et d'informations sur les médicaments. De plus, le multilinguisme exigé en Suisse dans ce domaine rend difficile l'entrée potentielle de fournisseurs ~~internaux~~ sur le marché. Enfin, la fondation Refdata a voulu assurer une "transition sans heurts" et a continué de confier à HCI l'exploitation de la plateforme de publication pour les médicaments à usage humain (voir ci-dessus E. 2.2.3).

9.2.2.19 L'instance précédente a relevé à juste titre de nombreux obstacles à l'entrée sur le marché de concurrents potentiels (cf. supra E. 9.2.2.3), notamment l'intégration verticale, les moyens financiers plus importants de HCI grâce aux recettes provenant des titulaires d'autorisations, la position forte et en réseau de HCI dans le domaine de la santé, la reproductibilité plus difficile de l'étendue de la banque de données ainsi que la distribution plus difficile à ou par des maisons de logiciels. A cela s'ajoute le fait qu'une offre alternative ne peut avoir lieu dans une mesure suffisante que si un concurrent potentiel investit considérablement dans la mise en place d'une banque de données également vaste, complète et de haute qualité. La préparation des informations sur les médicaments pour la banque de données INDEX est en effet, selon les recourantes, un processus nécessitant beaucoup de travail. Le temps moyen nécessaire à la préparation d'une nouvelle préparation des données INDEX est d'environ [...] heures. De plus, une infrastructure informatique doit être disponible.

9.2.2.20 Les plaignantes font valoir qu'un concurrent n'est confronté qu'à des coûts irrécupérables et à des conditions contractuelles faibles, car la génération de leurs bases de données ne nécessite pas de facteurs de production spécifiques et dédiés qui ne pourraient pas être utilisés à d'autres fins aux conditions du marché en cas de sortie du marché.

9.2.2.21 Les coûts irrécupérables sont des coûts qui ont déjà été encourus à un moment donné de la prise de décision et qui ne peuvent plus être annulés (par exemple par la vente) (N. GRE-GORY MANKIW, Principles of economics, Fort Worth : Dryden Press, 1998, S. 291). Cette notion englobe aussi bien les coûts qui ont déjà été effectivement engagés que les coûts futurs qui seront irrévocablement engagés.

La caractéristique principale des coûts échoués est qu'ils ne peuvent être influencés par le décideur ni dans le présent ni dans le futur.

9.2.2.22 Les recourantes n'expliquent pas de quels "facteurs de production" un concurrent éventuel aurait concrètement besoin pour le développement et l'exploitation d'une banque de données d'informations sur les médicaments. Les facteurs de production sont tous les éléments matériels et immatériels qui sont combinés entre eux dans le processus de production et d'exploitation des prestations de l'entreprise (JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, éd4., p2008,. 529). Outre le travail humain, les moyens d'exploitation disponibles à long terme (p. ex. machines, systèmes informatiques, bâtiments d'exploitation) et les matériaux consommés dans la production (matières premières, matières auxiliaires, consommables), l'information et le savoir sont également considérés comme des facteurs de production à part entière.

9.2.2.23 Dans le cas présent, l'exploitation proprement dite de la banque de données nécessiterait avant tout des facteurs de production relativement faciles à obtenir sur le marché et qui, en cas de retrait du marché, pourraient être utilisés à d'autres fins sans perte de valeur notable : Une fois que l'"ossature informatique" d'une banque de données (la structure de la banque de données) a été créée et que cette "ossature" repose sur un logiciel courant, il ne devrait plus guère être nécessaire de disposer de connaissances informatiques hautement spécifiques pour continuer à l'exploiter. Le travail quotidien avec la base de données suppose certes que le personnel d'exploitation se familiarise avec le logiciel utilisé. Mais comme les "connaissances logicielles standard" acquises peuvent également être utilisées en dehors du rapport de travail actuel, il n'existe pas de capital humain spécifique à l'entreprise et donc pas de véritables coûts irrécupérables.

9.2.2.24 En revanche, il faut partir du principe que le développement et la mise en place d'une base de données concurrente sont liés à la production d'un "savoir" très spécifique et que ce "savoir" ne peut être que partiellement monétisé en cas de sortie du marché. De plus, un concurrent potentiel ne peut guère estimer à l'avance si et à quelles conditions la structure de la base de données ("moyens d'exploitation") et les données qu'elle contient ("informations") - qui doivent encore être développées à ce moment-là - pourront être vendues en cas de sortie ultérieure du marché.

9.2.2.25 Le développement et la mise en place d'une base de données concurrente d'informations sur les médicaments nécessitent donc avant tout des facteurs de production qui entraînent des coûts irréversibles. L'argument général des plaignantes, selon lequel la création d'une banque de données concurrente ne nécessite pas de facteurs de production spécifiques et dédiés qui ne peuvent pas être utilisés à d'autres fins aux conditions du marché lors de la sortie du marché, n'est donc pas ~~convaincant~~. Un concurrent devrait s'accommoder de coûts irrécupérables considérables lors du développement et de la mise en place.

9.2.2.26 En outre, les plaignantes font valoir que leurs clients ne subiraient pas de coûts de transfert ou d'autres effets de verrouillage importants pour des raisons de concurrence en cas de changement de la banque de données d'information sur les médicaments utilisée.

9.2.2.27 Le terme "coûts de changement" (angl. switching costs) désigne les coûts de transaction qu'un demandeur doit supporter pour passer à un autre produit (ou à un autre service, fonctionnellement identique) du fournisseur actuel ou d'un autre ~~fournisseur~~ (PAUL KLEMPER, Competition when Consumers Have Switching Costs : An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade, Review of Economic Studies, 62 (4) [1995], p. 515-539). Les coûts de changement ne sont pas nécessairement de ~~nature~~ monétaire. Ils peuvent également se justifier par la charge administrative liée à un changement ou par les coûts d'apprentissage spécifiques à l'utilisation d'un nouveau produit ou d'un nouveau service. Dans le domaine des technologies de l'information et de la ~~communication~~ (TIC), c'est surtout la nécessité d'une compatibilité constante des composants TIC utilisés qui entraîne des coûts de changement. Les coûts de changement constituent la base de ce que l'on appelle le lock-in-effect. Celui-ci décrit le phénomène selon lequel un client préfère de nouveaux produits ou services de son fournisseur habituel, alors que des alternatives plus avantageuses existent déjà sur le marché et ont été testées - et que ces alternatives seraient éventuellement supérieures sur le plan technique. Ce phénomène s'explique par le fait qu'un changement de fournisseur n'a de sens pour un client que si l'augmentation de l'utilité résultant du changement est supérieure ou au moins égale aux coûts engendrés par le changement.

9.2.2.28 HCI intègre les informations sur les médicaments qu'elle affine sous forme de codes lisibles par machine dans les systèmes informatiques de ses clients. Pour ce faire, elle utilise un standard propriétaire qui ne pourrait pas être utilisé par d'autres entreprises. Cela a pour conséquence qu'un fournisseur d'une base de données d'informations sur les médicaments concurrente ne pourrait pas simplement introduire ses données dans les applications logicielles déjà disponibles chez les clients à la place du HCI. Pour utiliser une alternative aux produits INDEX, il faudrait plutôt que le client adapte le logiciel utilisé, voire en acquière un nouveau. Un changement de logiciel entraîne, outre les coûts monétaires d'adaptation ou d'acquisition, d'autres coûts de changement. Lors de l'introduction d'un nouveau logiciel, l'entreprise doit notamment faire face à des coûts de formation des collaborateurs et d'intégration technique et organisationnelle dans le processus commercial existant. Lorsque le logiciel a été utilisé pendant un certain temps, les techniciens système ont généralement adapté le logiciel au matériel, aux réseaux, aux banques de données, etc. Des programmes auxiliaires ont éventuellement été créés pour l'utilisation du logiciel. Dans tous les cas, les utilisateurs auront certainement acquis des "astuces" dans l'utilisation du logiciel et se seront habitués aux nouvelles interfaces utilisateur. Comme tous ces ~~ef~~ sont spécifiques au système, ils devraient être fournis à nouveau en cas de passage à un logiciel concurrent. Il s'agit donc d'un problème de coûts de changement.

9.2.2.29 Ensuite, les plaignantes reconnaissent elles-mêmes dans leur plainte qu'il existe toujours, dans une certaine mesure, de telles barrières sur les marchés dits des TIC. Si, par cette référence à une prétendue "normalité des coûts de changement" sur les marchés des TIC, les recourantes veulent exprimer que les coûts de changement sont essentiellement immanents au produit ou au service et ne doivent donc pas être pris en compte lors de l'évaluation de la position sur le marché, elles se trompent. En effet, pour le contrôle du comportement selon l'art. 7 LCart, la raison pour laquelle une entreprise est qualifiée de dominante dans le droit est sans importance. En particulier, il n'est pas nécessaire de prouver que l'entreprise a contribué par une intervention active à la création de sa position dominante (cf. supra consid. 9.1.4 m.H.).

9.2.2.30 Enfin, dans la mesure où les recourants se réfèrent dans ce contexte à l'expertise "Analyse de base des données de base", ils ne sont pas en mesure de prouver que les données de base ont été utilisées.

de S. _____ (cf. instance précédente, act. annexe1070, 14), il convient de noter que celle-ci n'examine pas l'existence d'une concurrence potentielle, mais compare les deux fournisseurs de données de base e-médiate avec "hospIN- DEX advanced" et ouwerkerk avec "med-drugs xml basic" au moyen d'une analyse quantitative du contenu et les examine sous l'angle de leur capacité de substitution. L'expertise se fonde sur la question suivante : "Quelles peuvent être les conséquences d'un changement de stratégie des entreprises pharmaceutiques sur les hôpitaux suisses en ce qui concerne la disponibilité des données de base pharmaceutiques, si la collaboration avec e-médiate n'est pas poursuivie en raison de la décision du Tribunal administratif fédéral de juin 2011 ? La simple comparaison des deux bases de données ne permet donc pas de conclure à l'absence de switching costs.

9.2.2.31 Les plaignantes font en outre valoir que la création des bases de données qui nous intéressent ici s'effectue dans des conditions de monopole ~~très~~ contestable, principalement en raison de l'exigence d'exhaustivité. Les plaignantes en déduisent qu'en tant que fournisseur de données valorisées, elles ne peuvent pas occuper une position dominante sur le marché, ne serait-ce que pour des raisons de théorie des modèles.

9.2.2.32 Il y a monopole naturel lorsqu'une seule entreprise peut fournir des biens ou des services sur un marché à un coût inférieur à celui que pourraient supporter deux entreprises distinctes disposant du même niveau de connaissances et utilisant la même technologie (MANKIWI, op. cit., p. f306.).

9.2.2.33 En règle générale, le développement de biens numériques nécessite des investissements initiaux très élevés, alors que la reproduction est bon marché, voire presque gratuite. Par conséquent, plus les biens numériques sont vendus, plus les coûts moyens sont faibles. Comme les coûts fixes élevés sont répartis sur un nombre croissant d'unités, un seul fournisseur peut approvisionner un marché de logiciels TIC avec le même bien numérique à un coût inférieur à celui de plusieurs fournisseurs parallèles. Ces conditions de production favorisent l'émergence de mono-pôles naturels (cf. REINER CLEMENT/DIRK SCHREIBER/PAUL BOSSAUER/CHRISTINA PAKUSCH, Internet-Ökonomie : Grundlagen und Fallbeispiele der digitalen und vernetzten Wirtschaft, éditions4., p2019., ff63. et 240).

9.2.2.34 Le marché pertinent délimité pour les données affinées lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments présente les caractéristiques d'un monopole ~~ral~~ Ainsi, il faut partir du principe que les coûts fixes pour le développement et la mise à disposition des bases de données INDEX sont élevés par rapport aux coûts variables. Tant les dépenses (originales) pour la création de la structure de la base de données que les dépenses (récurrentes) pour la saisie et la maintenance des informations sur les médicaments sont indépendantes du nombre effectif d'utilisateurs des données. En raison de la mise à disposition des données via des services Web, il ne devrait pas non plus y avoir de coûts de production ou de distribution variables notables. HCI profite ainsi d'une forte dégressivité des coûts unitaires, c'est-à-dire que les coûts moyens diminuent avec chaque utilisateur supplémentaire du même produit INDEX. En plus de ces économies d'échelle, HCI devrait également profiter d'~~économies~~ économies de convergence. Comme les différents produits INDEX ont recours à la même base de métadonnées, une augmentation du nombre d'utilisateurs pour un produit INDEX entraîne toujours une baisse des coûts moyens pour tous les autres produits INDEX. En conclusion, HCI est en mesure d'approvisionner le marché des données affinées, lisibles par machine, concernant les informations sur les médicaments, avec des offres de données d'informations sur les médicaments spécifiques aux groupes d'utilisateurs, à des coûts bien inférieurs à ceux que pourraient supporter plusieurs fournisseurs parallèles. Cela plaide en faveur de l'existence d'un monopole naturel.

9.2.2.35 La question de savoir si un monopole naturel est contestable ou non dépend essentiellement de la mesure dans laquelle il est protégé par des barrières à l'entrée et à la sortie et de la rapidité avec laquelle l'entreprise en place pourrait réagir à de nouvelles entrées potentielles sur le marché. La contestabilité d'un monopole naturel peut être évaluée à l'aide de la théorie des marchés contestables. Celle-ci affirme que non seulement une entrée effective sur le marché peut empêcher un pouvoir de marché, mais que dans certaines conditions, la menace d'une entrée potentielle sur le marché par d'autres entreprises est suffisante pour contraindre même un monopoleur à se comporter comme une entreprise en situation de concurrence parfaite (WILLIAM J. BAUMOL/JOHN C. PANZAR/ROBERT D. WILLIG, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, 1982 ; MICHAEL SPENCE, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure ; Journal of Economic Literature, [211983], p. 981-990 ; WILLIAM J. BAUMOL/ROBERT D. WILLIG, Contestability : Developments since the Book, Oxford Economic Papers, 38 [1986], p. 9-36). La théorie des marchés

contestables repose toutefois sur un certain nombre d'hypothèses restrictives. En particulier, toutes les entreprises, qu'elles soient établies ou nouvelles, doivent avoir accès aux marchés.

Les concurrents doivent avoir accès à la même technologie et il ne doit pas y avoir de coûts cachés. En outre, les nouveaux concurrents doivent pouvoir entrer sur le marché à tout moment et sans délai, produire toutes les quantités techniquement possibles et quitter le marché immédiatement, sans frais, à chaque fois qu'ils le souhaitent. Enfin, le temps de réaction des entreprises établies doit être suffisamment long pour qu'un nouveau venu puisse entrer sur le marché et réaliser effectivement les bénéfices qu'il a observés avant son entrée. Ce n'est que si ces conditions sont remplies de manière cumulative que la concurrence potentielle peut avoir un effet disciplinaire sur le marché (ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie : Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, éd2.2011,.)

9.2.2.36 Par conséquent, l'intervalle de temps entre l'annonce d'une nouvelle entrée sur le marché et la possibilité d'acheter les biens ou les services du nouvel arrivant doit être plus court que le délai de réaction de l'entreprise déjà établie sur le marché, dû à la transaction. Si ce n'était pas le cas, une entreprise établie pourrait par exemple réagir immédiatement à un prix plus bas pratiqué par le nouvel arrivant, ce qui ne lui permettrait jamais de réaliser un bénéfice positif et donc - malgré des bénéfices supranormaux observables - de ne pas entrer sur le marché (ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, op. cit., p. 191).

9.2.2.37 En l'occurrence, il n'y a pas lieu de supposer qu'un affineur de données concurrent puisse développer et mettre sur le marché une base de données alternative d'informations sur les médicaments en moins de temps qu'il n'en faudrait à HCl pour mener une réaction concurrentielle défensive. Le lancement d'un produit concurrent réussi ne pourrait guère se faire "du jour au lendemain" et sans que HCl ne le remarque. D'autant plus que les plaignantes admettent que cela ne serait possible qu'après la mise en place par un concurrent d'une rédaction spécialisée composée de médecins, de pharmaciens, d'assistants en pharmacie, etc. En outre, il faut partir du principe que HCl ne reconnaîtrait pas seulement à temps une entrée imminente sur le marché, mais qu'elle serait également en mesure de réagir rapidement en conséquence. En effet, parmi les ~~réactions~~ ~~réactions~~ de défense possibles, on trouve de nombreuses adaptations de comportement qui auraient des répercussions en faveur de ses clients. Outre une baisse générale des prix, il serait par exemple possible d'augmenter les quantités en donnant accès à des informations supplémentaires aux clients de données,

qui existent déjà chez HCl, mais qui ne faisaient pas encore partie du produit INDEX souscrit. De telles adaptations de comportement ont pu être mises en œuvre relativement rapidement et sans résistance.

9.2.2.38 Il a déjà été expliqué aux considérants 9.2.2.20 à 9.2.2.28 que le marché à évaluer présente une problématique de coûts de changement et que les concurrents potentiels seraient confrontés à des coûts irrécupérables considérables lors du développement et de la mise en place d'une banque de données.

9.2.2.39 Il n'existe donc pas de monopole naturel contestable et le marché en cause n'est pas soumis à une discipline au sens de la théorie des marchés contestables. Il n'y a guère de place pour l'émergence d'une "concurrence sur le marché" (effective). L'émergence d'une "concurrence autour du marché" (effective) serait certes théoriquement possible, mais elle est très improbable dans le cas présent pour les raisons susmentionnées.

9.2.2.40 L'instance inférieure est d'ailleurs arrivée à la même conclusion lors de la consultation et a constaté que même si l'on suivait l'argumentation des plaignantes et que l'on parlait d'une "concurrence pour le marché", il y aurait une position dominante, étant donné qu'il n'y a pas de concurrent actuel qui serait en mesure de disputer le marché à HCl et qu'il n'y a pas d'indices concrets de l'apparition d'une concurrence potentielle qui pourrait avoir une influence disciplinaire sur le comportement de HCl. Par ailleurs, l'instance inférieure a déjà considéré à juste titre dans sa décision que la concurrence sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments devrait, si elle existe, prendre la forme d'une concurrence en matière d'innovation, comme c'est généralement le cas dans le domaine électronique.

9.2.2.41 En conclusion, il convient de constater que la position dominante de l'ancien groupe Galenica sur le marché, compte tenu de la concurrence actuelle, n'a pas été supprimée par la concurrence potentielle au cours de la période déterminante, par le biais de HCl.

9.3 Marché de l'enregistrement et de la réception des données électroniques relatives aux informations sur les médicaments

9.3.1 Concurrence actuelle dans la période concernée

9.3.1.1 L'instance précédente a considéré que les fournisseurs de prestations, les entreprises de distribution et les organismes payeurs demanderaient, en relation avec les programmes qu'ils utilisent, l'accès aux informations sur les médicaments sous la forme mise à disposition par HCI. Parallèlement, le HCI contrôlerait l'interface avec les fournisseurs de logiciels. Seul HCI pourrait garantir l'accès à cette banque de données aux titulaires d'autorisation. HCI détiendrait donc une part de marché de 100 % pour les titulaires d'autorisations qui souhaitent garantir aux fournisseurs de prestations, aux distributeurs et aux organismes payeurs l'accès à leurs données affinées et lisibles par ordinateur, ce qui lui conférerait une position dominante sur le marché.

9.3.1.2 Les plaignantes affirment que des entreprises telles que ywesee font concurrence à HCI. Leur part de marché n'est pas de 100 %.

9.3.1.3 La question se pose de savoir si ywesee est un concurrent de HCI sur le marché de l'enregistrement et de la réception de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments. La banque de données d'ywesee contient certes les données de [...] médicaments et de [...] articles non pharmaceutiques payés par la caisse-maladie. Les titulaires d'autorisation n'ont cependant aucun rapport contractuel avec ywesee en ce qui concerne l'enregistrement et la réception dans cette banque de données. L'enregistrement et la réception des informations sur les médicaments dans la banque de données de ywesee sont gratuits pour les titulaires d'autorisation. Leurs informations sur les médicaments sont également enregistrées dans la banque de données, même si les titulaires d'autorisation ne le demandent pas ou ne le souhaitent pas.

9.3.1.4 Si l'on se base sur le chiffre d'affaires pour calculer les parts de marché, il en résulte une part de marché de 0% pour ywesee. Il n'est pas possible de se baser sur le nombre de clients de ywesee, car on ne sait pas combien de titulaires d'autorisation demandent effectivement à figurer dans cette banque de données. La banque de données de ywesee n'est utilisée "que" par environ [...] médecins, mais pas par d'autres fournisseurs de prestations.

-les distributeurs, les organismes payeurs et les éditeurs de logiciels. Il faut donc partir du principe que l'enregistrement et le

La réception dans la base de données de ywesee ne répond pas aux attentes de la majorité des titulaires d'autorisation.

9.3.1.5 Outre l'offre de ywesee, aucune autre offre concurrente actuelle n'est visible, ce que les plaignants n'ont d'ailleurs pas fait valoir. Il en résulte que même si ywesee était considérée comme une concurrente actuelle, la concurrence actuelle sur le marché de l'enregistrement et de la réception de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments serait très limitée.

9.3.2 *Concurrence potentielle*

9.3.2.1 Selon les considérants de l'instance précédente, il n'y a pas de concurrence potentielle, et ce aussi longtemps que Galenica occupe, par le biais de HCI, une position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et que l'interface avec les maisons de logiciels n'est pas divulguée. Les barrières à l'entrée sur le marché sont trop élevées.

9.3.2.2 Les plaignantes estiment au contraire qu'il existe une concurrence potentielle et qu'une entrée sur le marché est possible, comme le montre en particulier l'offre gratuite MEDlupdate XML. Il est donc probable qu'au cours des deux ou trois prochaines années, des entrées sur le marché d'une ampleur suffisante auront lieu. Sur ce marché également, les changements réglementaires auraient un effet positif sur la concurrence potentielle et l'internationalisation des données favoriserait l'entrée sur le marché de fournisseurs étrangers. L'instance inférieure n'a pas motivé la raison pour laquelle aucune offre concurrente ne serait possible à court terme.

9.3.2.3 Selon les plaignantes, l'offre MEDI- update XML de ywesee doit montrer que des entrées sur le marché sont possibles. Or, ywesee - pour autant qu'elle représente un concurrent sur ce marché - n'exerce pas d'effet de concurrence suffisant, comme exposé 9.3.1.3 au point E ci-dessus. Or, la possibilité d'une entrée sur le marché de concurrents ne peut exercer un effet disciplinaire sur une entreprise que s'il en résulte un effet concurrentiel suffisant. Par conséquent, l'exemple de MEDlupdate XML de ywesee ne permet pas de conclure que des entrées sur le marché ayant un effet de concurrence suffisant sont possibles dans un délai prévisible.

9.3.2.4 L'argument selon lequel il existe une concurrence potentielle en raison de la modification des ~~conditions~~ ~~obstacles~~ légales n'est pas non plus convaincant. Comme indiqué 9.2.2.16 au point E, on ne peut justement pas déduire de cette circonstance qu'une entrée sur le marché est probable dans un délai prévisible. Ce serait pourtant une condition préalable à la prise en compte de la possibilité d'une entrée sur le marché.

9.3.2.5 Contrairement à l'argumentation des recourantes, on ne peut pas non plus reprocher à l'instance inférieure de ne pas justifier pourquoi une offre concurrente ne serait pas possible à court terme. Ainsi, en se référant à ses considérations relatives à la concurrence potentielle sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, où elle mentionne différents obstacles à une concurrence potentielle, l'instance inférieure a expliqué que les barrières à l'entrée sur le marché étaient trop élevées.

9.3.2.6 D'autres indices d'une concurrence potentielle ne sont pas visibles et n'ont pas été invoqués. Il n'est donc pas contestable que l'instance inférieure soit arrivée à la conclusion qu'il n'y a pas de concurrence potentielle tant que Galenica occupe, par le biais de HCI, une position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et que l'interface avec les maisons de logiciels n'est pas divulguée, car les barrières à l'entrée sont trop élevées.

9.3.3 *Position de la partie adverse*

9.3.3.1 L'aspect de la position de la partie adverse sur le marché exige de ~~ce~~ ~~la~~ ~~manière~~ ~~si~~, en raison de facteurs spécifiques, les acheteurs du produit en question disposent d'un pouvoir de négociation particulier qui leur permet d'exercer une pression concurrentielle suffisante sur l'entreprise examinée, de sorte que celle-ci ne peut pas se comporter de manière indépendante (arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 5.5.2 ; B-3618/2013, *Hal- lenstadion*, consid. 218).

9.3.3.2 L'instance inférieure a constaté que HCI pouvait se permettre, malgré la demande d'intégralité, de faire miroiter aux titulaires de l'autorisation la possibilité de se disputer les enregistrements. En outre, les requérantes elles-mêmes défendent le point de vue selon lequel une distribution sûre et efficace ne serait pas possible sans leurs produits. C'est en cela que les plaignantes voient la grande utilité d'une présence

sur les sites IN-

B-2597/2017

données DEX pour les titulaires de l'autorisation. On ne peut donc pas conclure de la position de l'autre partie au marché que HCI ne peut pas se comporter de manière indépendante.

9.3.3.3 En revanche, les requérantes estiment que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ~~ont~~ ont une position très forte, ce que l'on peut déduire de la taille et du chiffre d'affaires de ces entreprises. En comparaison avec les multinationales pharmaceutiques, HCI, qui réalise un chiffre d'affaires annuel d'environ [...] dans le domaine des informations sur les médicaments, est une petite entreprise. L'hypothèse selon laquelle HCI pourrait faire pression sur les titulaires d'autorisations n'est pas plausible. Vingt titulaires d'autorisations auraient versé à ouwerkerk un financement initial d'environ [...] chacun pour le produit Just-Medical. Ces entreprises pourraient sans problème mettre à disposition les moyens nécessaires pour entrer sérieusement sur le marché.

9.3.3.4 Les plaignantes font également valoir que l'autre partie au litige dispose d'une force de marché considérable, [...]. HCI ne peut poursuivre son activité que si ses banques de données sont relativement complètes, de bonne qualité et à jour, si ses données sont lisibles par machine et si ses produits sont toujours innovants. Celle-ci [...] augmente avec la taille des titulaires d'autorisation correspondants. Le degré d'organisation, l'expertise et le professionnalisme des entreprises pharmaceutiques, souvent multinationales, sont également considérables. Certains titulaires d'autorisation n'ont pas conclu de contrats avec HCI entre-temps, ce qui a obligé HCI à mettre à jour les informations à ses propres frais. Pour cette raison également, HCI n'est pas en mesure de se comporter indépendamment des autres acteurs du marché. Le fait que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché bénéficient de l'enregistrement dans les banques de données INDEX n'y change rien.

9.3.3.5 Pour l'appréciation de la position de l'autre partie au marché, tous les aspects dont il résulte une position de négociation particulière des demandeurs avec une pression concurrentielle suffisante peuvent être pris en compte (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 219). Les facteurs correspondants sont notamment (i) la puissance économique des demandeurs, (ii) l'importance des demandeurs pour l'entreprise examinée, (iii) le nombre de demandeurs, (iv) le degré d'organisation des demandeurs, ainsi que (v) la taille de l'entreprise.

(v) la compétence et le professionnalisme des demandeurs (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 219 ; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, art. 4

al. N2 ss306. ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 2246). Mesure-

L'appréciation de la position de la partie adverse sur le marché se fonde sur une évaluation de tous les aspects pertinents dans le cadre d'une analyse globale, sans que l'un des aspects ne bénéficie d'une priorité absolue en raison de circonstances générales (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 220 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 4 al. N 2247).

9.3.3.6 Pour que l'autre partie au marché puisse exercer un effet disciplinaire sur l'entreprise dominante au profit de tous les acteurs du marché en cause, il faudrait toutefois que l'autre partie au marché soit en mesure d'exercer une pression concurrentielle telle que tant les concurrents de l'entreprise potentiellement dominante que les autres entreprises de l'autre partie au marché profiteraient de l'impossibilité de cette dernière de se comporter de manière indépendante. En revanche, il ne suffit pas, pour qu'il y ait influence dans le cadre d'une appréciation de la position dominante, que seules certaines entreprises de l'autre partie du marché disposent d'une telle force économique qu'elles soient en mesure d'imposer leur position de négociation à l'entreprise dominante (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 488).

9.3.3.7 En raison de leur taille et de leur chiffre d'affaires, certains titulaires d'autorisation disposent d'une force économique. On ne peut pas non plus nier l'expertise et le professionnalisme de ces titulaires d'autorisation. Mais le HCI a en face de lui un grand nombre de demandeurs, soit quelque 300 titulaires d'autorisation au total. Parmi eux se trouvent également de nombreuses petites et moyennes entreprises dont la force économique est limitée. De plus, l'ancien groupe Galenica, dont HCI faisait partie, disposait également d'une force économique en raison de sa taille et de son chiffre d'affaires.

9.3.3.8 En outre, le fait allégué que vingt titulaires d'une autorisation ont versé à ouwerkerk un financement initial d'environ [...] chacun pour le produit Just-Medical ne permet pas de conclure à un degré d'organisation élevé de la partie adverse. En effet, d'une part, avec vingt titulaires d'autorisation, il ne s'agit que d'une petite partie des demandeurs. D'autre part, l'absence de succès de ce projet ne permet pas d'affirmer qu'elles se sont déjà regroupées "avec succès" par le passé.

9.3.3.9 Aucun autre élément n'est avancé pour justifier un taux d'organisation élevé.

9.3.3.10 La constatation de l'instance précédente selon laquelle HCI pouvait se permettre, malgré l'exigence d'exhaustivité, de faire miroiter aux titulaires d'autorisation la perspective d'être radiés des enregistrements, n'est pas contestable. En effet, le fait que certains titulaires d'autorisation n'aient pas conclu de contrats avec HCI dans l'intervalle ne permet pas non plus de conclure à une pression concurrentielle notable de la partie adverse. En effet, d'une part, il est seulement fait valoir que les titulaires d'autorisation n'ont pas conclu de contrats "entre-temps". Il faut donc en conclure qu'ils s'en sont à nouveau écartés. D'autre part, cette pression concurrentielle n'a pas permis à tous les titulaires d'autorisation d'imposer leur position à HCI ou de profiter de l'impossibilité pour HCI d'adopter un comportement indépendant.

9.3.3.11 Les titulaires de l'autorisation n'ont pas exercé sur HCI, durant la période déterminante, une pression concurrentielle importante qui aurait exclu la possibilité d'un comportement indépendant vis-à-vis de toutes les entreprises du marché opposé.

9.4 Marché bilatéral

9.4.1 L'instance inférieure a ensuite examiné si les deux marchés définis devaient être définis chacun comme des marchés "normaux" ou si l'on était en présence d'un marché dit biface.

9.4.2 Une caractéristique essentielle des marchés bifaces est que les avantages d'un groupe de clients utilisant une plateforme donnée dépendent de la taille de l'autre groupe de clients sur cette plateforme ("effets de réseau in- directs"). Pour déterminer s'il existe un marché biface, les conditions suivantes peuvent être examinées : (i) la plateforme offre deux types de biens ou de services ; (ii) il existe deux groupes de demandeurs différents qui achètent des biens ou des services différents ; (iii) il existe des effets de réseau indirects pour au moins un groupe qui relie les demandes des deux groupes ; (iv) le marché est structuré de telle sorte qu'aucune négociation directe ne peut avoir lieu entre les deux groupes de demandeurs (pas de "pass-through") (MARC BLATTER, Digitalisierung - Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, sic ! p 2016. ff378, 379 avec référence à P. BELELFAMME/M. PEITZ, Industrial Organization, Cambridge 2010, 628 et L. FILISTRUCCHI/D. GERARDIN/E. VAN DAMME, Identifying two-sided markets : A progress report, World Competition 2013, 33-59).

9.4.3 L'instance inférieure a considéré qu'il existait des caractéristiques spécifiques qui plaident en principe en faveur d'une considération en tant que marché biface. Le caractère bilatéral n'a toutefois qu'une importance secondaire pour la suite de l'analyse, car il n'y a pas d'internalisation des effets de réseau indirects. En outre, le fait que les deux parties au marché utilisent les produits et services de HCl n'est pas imputable à la conception de la structure des prix, ce qui serait typique des marchés bifaces. En outre, les produits et les services que HCl fournit aux deux parties adverses se distinguent fondamentalement sur le plan matériel. De même, il n'y aurait pas de transaction mesurable entre les deux parties au marché, médiatisée par HCl.

9.4.4 Les recourantes n'émettent aucune objection à l'encontre de ces considérations et de cette appréciation. Le Tribunal administratif fédéral peut se rallier aux considérations pertinentes de l'instance inférieure. Il existe certes de nombreuses caractéristiques qui parlent en faveur d'un marché biface. Mais comme les conditions de l'autre côté du marché sont restées constantes, le caractère bilatéral est d'une importance secondaire et l'analyse peut se limiter à un seul côté du marché.

9.4.5 Dans la mesure où l'instance inférieure a estimé, dans le cadre de l'analyse de la structure des prix, qu'il n'y avait *prima vista* pas de modification de la structure des prix, mais une augmentation du niveau agrégé des prix, il convient simplement de constater, à titre complémentaire, qu'il y a toutefois eu une augmentation de l'étendue de l'offre.

10. Constatation isolée de la position dominante sur le marché

10.1 Dans le dispositif (ch. 1), l'instance précédente a constaté que Galenica, par le biais de sa filiale HCl, occupe depuis le 1er janvier 2013 une position dominante sur les deux marchés délimités, conformément à l'art. 4 al. de la LCart2.

10.2 Elle a considéré à cet égard que le Tribunal administratif fédéral avait certes refusé, dans l'arrêt B-7633/2009 de septembre 14, dans l'2015affaire *ADSL II*, de constater la position dominante de manière isolée. Il s'est ~~précisément~~ appuyé sur l'ATF 137 II 199, *Terminaison de la téléphonie mobile*, consid. 6.5 s. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas adopté une position aussi stricte que celle du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-7633/2009. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, de simples constatations ne peuvent pas être fondées sur l'art. 30 LCart et l'application de l'art. 25 PA, il faudrait

Il est nécessaire, d'une part, qu'il existe un intérêt (public) à la constatation digne de protection et, d'autre part, que cet intérêt ne puisse pas être tout aussi bien garanti par une décision créatrice de droit. Dans le cas concret de l'ATF II137, 199la procédure de sanction litigieuse ~~et~~ expressément limitée à une période fixe du passé, les conditions du marché avaient changé et, pour l'examen des faits ultérieurs sous l'angle du droit des cartels, il aurait fallu procéder à de nouvelles enquêtes pour déterminer la position sur le marché. En se référant à la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF) du mois de juin9. dans l'2005affaire *Te- lekurs Multiplay*, consid. 6.2.6 (publiée dans : RPW 2005/3 p. 530 ss, 555 s.), le Tribunal fédéral aurait toutefois explicitement constaté que dans la décision à juger, aucune obligation d'annonce selon l'art. 9 al. 4 LCart n'était en question. Dans la décision citée, la REKO/WEF a considéré que, du point de vue d'un intérêt légitime à constater, un dispositif constatant uniquement la situation juridique en matière de droit des cartels semble admissible lorsque l'instance inférieure a l'intention de clore une enquête parce qu'une entreprise dominante sur le marché s'est certes comportée de manière admissible, mais qu'elle est soumise à l'obligation de déclarer en vertu de l'article 9 LCart. 9 al. de la LCart4.

10.3 Selon l'instance précédente, il est sans importance que l'entreprise dominante sur le marché, qui doit être soumise à l'obligation d'annoncer selon l'art. 9 al. LCart4, a eu ou non un comportement illicite au sens de l'art. 7 LCart. La constatation séparée peut également être nécessaire dans le cadre de procédures de recours. En effet, le Tribunal administratif fédéral peut, contrairement à la COMCO, nier un comportement abusif, mais soutenir la position dominante qui perdure et qui est donc pertinente pour les futures procédures de contrôle des concentrations en relation avec l'art. 9 al. 4 LCart. Comme le Tribunal administratif fédéral se contente généralement d'annuler la décision, la COMCO ne pourrait pas exercer son pouvoir d'examen en matière de contrôle des concentrations dans ces cas. Eu égard au sens et au but de l'art. 9 al. 4 LCart, il existe en l'espèce un intérêt public digne de protection à la constatation de la position dominante de Galenica sur les deux marchés délimités. Il existe un risque que Galenica puisse acquérir des concurrents (potentiels) dont le chiffre d'affaires est inférieur à Fr. 100 millions, afin de démontrer sa position sur le marché, d'autant plus que Galenica est également fortement positionnée sur des marchés voisins.

10.4 Les recourantes font valoir, d'une part, qu'elles n'appartiennent plus au même groupe. La recourante 1 serait la société mère du groupe Vifor Pharma et la recourante 2 appartiendrait à l'actuel nouveau groupe Galenica (initialement le groupe Galenica Santé). Déjà au moment de la notification de la décision, HCI n'était plus une filiale de la recourante 1, de sorte que le chiffre de la décision 1attaquée doit être annulé.

10.5 D'autre part, les recourantes font valoir que, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, consid. 6) et l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7633/2009 de septembre 14. dans l'2015affaire *ADSL II*, il n'est ni ~~révisé~~ ni admissible, dans le cadre d'une décision de sanction selon l'art. 49a LCart, de procéder séparément à la constatation d'une position dominante dans le dispositif. A cet égard, les recourantes renvoient en substance au point E. de l'385arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7633/2009 du 14 septembre 2015 dans l'affaire *ADSL II*. Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral aurait pris en compte l'argument de l'intérêt public sur la base de l'art. 9 al. 4 LCart et serait arrivé à la conclusion que la constatation de la position dominante ne pouvait pas avoir d'effet contraignant pour une période ultérieure. Les cas sont similaires. Il convient de s'en tenir à cette jurisprudence.

10.6 Dans sa réponse, l'instance inférieure constate que HCI était toujours une filiale de la plaignante 1 au moment de la notification de la décision. Dans sa duplique, elle explique en outre que la constatation de la position dominante sur un marché déploie en principe ses effets pour l'ensemble du groupe d'entreprises. Par conséquent, Galenica SA et la plaignante sont toujours soumises à l'obligation d'annoncer. 2.

10.7 Comme l'ont exposé l'instance précédente et les recourantes, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de l'admissibilité d'une constatation isolée de la position dominante dans le dispositif dans l'ATF II137 dans l'199affaire *Termination Mo- bilfunk* et le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-7633/2009 dans l'affaire *ADSL II*. Dans les deux arrêts, il a été constaté que le constat de la décision devait se limiter aux conséquences juridiques. Le dispositif ne doit pas contenir d'explications sur l'existence des différents éléments constitutifs, car ceux-ci font exclusivement partie de la motivation de la décision. En conséquence, la décision ne doit en principe pas préciser s'il existe une position dominante sur le marché,

ni si une telle disposition a éventuellement été utilisée de manière abusive (ATF 137 II 199, *Terminaison de la téléphonie mobile*, consid. 6.2 ; arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 382). De simples constatations ne peuvent pas être fondées sur l'art. 30 LCart (ATF 137 II 199, *Terminaison de téléphonie mobile*, consid. 6.3 ; arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 383).

10.8 Selon l'art. 39 LCart, les dispositions de la loi sur la procédure administrative s'appliquent dans la mesure où la loi sur les cartels n'y déroge pas. Selon l'art. 25 PA, une autorité compétente en la matière peut rendre une décision de constatation d'office ou sur demande. L'applicabilité de l'art. 25 PA présuppose, dans les deux cas, l'existence d'un intérêt à constater digne de protection, qui n'a pas pour objet des questions juridiques abstraites et théoriques, mais des droits ou des obligations concrets. En outre, il doit être exclu que l'intérêt digne de protection puisse tout aussi bien être sauvegardé par une décision créatrice de droit (ATF II137 *Ter-199, mination Mobilfunk*, consid. 6.4 ss. et arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 384 ; les deux avec référence à ATF II126 consid300. 2c ; RHINOW/KOLLER/KISS/THURN- HERR/BRÜHLMOSER, op. cit, Rz. ss1279 ; HÄNER, Praxiskommentar VwVG, art. 25 N 14 et 20).

10.9 Dans l'ATF II137, 199le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que dans le cas ~~on~~ à juger, il n'y avait pas d'intérêt public digne de protection à une constatation. En effet, la procédure de sanction litigieuse est expressément limitée à la période du 1er avril 2004 au 31 mai 2005. Pour cette seule raison, une éventuelle constatation de la position dominante ne peut pas avoir d'effet préalable contraignant pour la période ultérieure, pour laquelle l'enquête se poursuit dans des conditions de fait différentes. Au contraire, la position dominante devrait de toute façon être réexaminée. De plus, il n'y a pas non plus d'autre effet juridique apparent en matière de droit des cartels. Aucune obligation de notification au sens de l'article 9, paragraphe 4, LCart n'est en cause. De toute façon, la position dominante pour la période en question ne se répercuterait pas sans autre sur les concentrations d'entreprises ultérieures. Par conséquent, on peut laisser ouverte la question de savoir dans quelle mesure une décision de constatation indépendante serait admissible (ATF II 137 *Terminaison199, de la téléphonie mobile*, consid. 6.5.1 s.).

10.10 Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012 dans l'affaire *Publigroupe* (arrêt 2C_484/2010, *Publigroupe*, consid. [considérant 14non publié dans ATF

139 | 72]).

B-2597/2017

10.11 Le Tribunal administratif fédéral a considéré, en se référant à l'ATF 137 II 199 dans l'arrêt B-7633/2009 du 14 septembre 2015 dans l'affaire *ADSL II*, que la constatation de la position dominante pour une période déterminée ne peut en principe pas avoir d'effet contraignant pour une période ultérieure. Par conséquent, il est exclu de supposer une position dominante pour des périodes ultérieures sans examen supplémentaire des circonstances. Au contraire, l'élément constitutif de la position dominante doit être réexaminé pour chaque procédure, même si, compte tenu des droits procéduraux des parties à la procédure, il est possible de recourir à des actes d'enquête ou à des mesures de preuve déjà effectués. Pour les mêmes raisons, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen préalable de l'affaire au regard de l'art. 9 al. de la LCart⁴, il n'est pas nécessaire de constater préalablement une position dominante sur le marché.

10.12 Entre-temps, le Tribunal fédéral a reconnu, dans un arrêt récent concernant les accords en matière de concurrence selon l'art. 5 LCart, la possibilité de constater le caractère anticoncurrentiel d'un comportement économique déterminé dans le dispositif (arrêt du TF 2C_101/2016 du mai 18. *Altimum* 2018,, E. 17 [considérant non publié dans ATF II 144246]).

10.13 Le Tribunal administratif fédéral a établi dans l'arrêt B-831/2011 du 18. Dans l'affaire *SIX*, le Tribunal fédéral a constaté, le 19 décembre 2018, que la possibilité d'une constatation du comportement anticoncurrentiel était également appropriée lors de l'ap~~ar~~ d'une décision de sanction au regard de l'art. 7 LCart (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 419). Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a également considéré que même en cas de reconnaissance de la constatation d'un comportement abusif dans le dispositif, il n'est généralement pas nécessaire de constater en plus la position dominante de l'entreprise concernée, compte tenu de l'art. 9, al. 4, LCart. En effet, la constatation d'un comportement abusif sur le marché selon l'art. 7 LCart, l'existence d'une position dominante est implicitement admise. En outre, cela n'empêche pas l'application de l'art. 9, al. 4, LCart, car la constatation d'un comportement anticoncurrentiel n'est pas liée à une déclaration selon laquelle la ~~pos~~ dominante n'existe plus après la période pertinente sur laquelle se base la constatation (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 420). Le ~~de~~ du dispositif contenant la constatation isolée de la position dominante a été annulé (arrêt B-831/2011, *SIX*, ch. du 2dispositif et consid. 421).

10.14 Il convient de s'en tenir à cette jurisprudence encore récente, d'autant plus que les arguments avancés par l'instance précédente pour s'y opposer ne sont pas convaincants. En effet, d'une part, la référence du Tribunal fédéral dans l'ATF 137 II 199, *Terminaison de la téléphonie mobile*, consid. 6.5.2 à la décision de la REKO/WEF de juin 9. dans l'2005affaire *Telekurs Multiplay*,

E. 6.2.6 (publié dans : RPW 2005/3 p. ff530555.), le Tribunal fédéral n'a pas affirmé l'admissibilité de la constatation isolée de la position dominante sur le marché. Au contraire, le Tribunal fédéral a explicitement confirmé sa jurisprudence dans l'arrêt 2C_484/2010 de juin 29. dans l'2012affaire *Publigroupe*.

10.15 D'autre part, le sens et le but de l'art. 9 LCart, l'existence d'un intérêt public digne de protection. En effet, l'art. 9 al. 4 LCart ne vise pas les effets que produit une décision en constatation. La disposition vise à étendre l'obligation d'annonce pour les entreprises particulièrement fortes et veut s'orienter vers un critère plus facile et plus clair à déterminer pour les entreprises que leurs parts de marché. L'objectif de la norme n'est toutefois pas de régler des questions de procédure telles que le caractère obligatoire des constatations. Au contraire, les normes typiques ordonnant une décision de constatation, comme par exemple l'art. 10 de la loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (loi sur les forêts, LFo, RS 921.0) ou l'art. 18 Ordonnance sur les instruments de mesure de février (15.2006OIM, RS 941.210) visent précisément à faire d'une question préalable la question principale d'une décision séparée et à régler la question de manière contraignante pour d'autres procédures futures. L'art. 9 LCart ne vise pas une telle constatation contraignante de la position dominante (SAMUEL INDERMÜHLE, *Die umsatzunabhängige Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen im Schweizer Kartellgesetz*, Rz2013, 13.19).

10.16 Par souci d'exhaustivité, il faut en outre retenir que la renonciation à la constatation isolée de la position dominante ne doit pas non plus avoir pour conséquence que la COMCO ne puisse plus exercer son pouvoir d'examen selon l'art. 9 al. 4 LCart. En effet, le texte allemand de l'art. 9 al. 4 LCart indique que pour déclencher l'obligation d'annonce indépendante du chiffre d'affaires, il faut une décision de constatation exécutoire de l'existence d'une position dominante sur le marché. Ainsi, selon le texte allemand, l'obligation de déclarer existe si une entreprise participe au projet de concentration "pour laquelle il a été constaté par un jugement entré en force, dans le cadre d'une procédure selon la présente loi, qu'elle est dominante sur un marché déterminé en Suisse".

a une position dominante". En revanche, les versions française et italienne de l'art. 9 al. de la LCart4 indiquent que la position dominante doit avoir été constatée dans le cadre des considérants d'une décision qui est devenue exécutoire. En effet, le texte français postule l'obligation de notification élargie lorsque "une décision passée en force établit qu'une entreprise participante occupe en Suisse une position dominante sur un marché" et le texte italien lorsque "se risulta da una procedura fondata e passata in giudicato che un'impresa partecipante alla concentrazione occupa in Svizzera una posizione dominante sul mercato". Contrairement aux expressions "établir" et "risultare" utilisées à l'art. 9 al. 4 LCart, les expressions "constater" et "accertare" sont utilisées à l'art. 25 PA pour l'expression "constater" dans le sens d'une décision de constatation (INDERMÜHLE, op. cit., ch. marg. ss14.7).

10.17 Le chiffre 1 du dispositif de la décision attaquée doit donc être annulé.

11. Comportements inadmissibles

11.1 Il y a comportement illicite au sens de l'art. 7, al. 1, LCart lorsqu'une entreprise dominante, en abusant de sa position sur le marché concerné, entrave la prise ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises ou désavantage la partie adverse sur le marché. Le droit des ententes n'interdit pas la position dominante, et celle-ci n'est pas non plus abusive en soi, puisque le but de la concurrence est précisément d'atteindre une position dominante par le succès sur le marché et la croissance interne. La domination du marché devient toutefois problématique lorsque - comme le prévoit l'art. 7 al. de la LCart1, un comportement illicite vient s'ajouter comme élément qualifiant. De tels comportements impliquent un abus : est abusée la position dominante qui permet à une entreprise de se comporter indépendamment des autres acteurs du marché. Le comportement abusif est dirigé soit contre d'autres entreprises, soit contre la partie adverse du marché (c'est-à-dire les fournisseurs ou les clients de l'entreprise qui fait obstacle ; ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 10.1.1 ; arrêts du TF 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.1 ; 2C_985/2015 du 9 décembre ADSL2019, II, consid. 4.1 ;).

11.2 Un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart comprend tous les comportements imaginables d'entreprises dominantes sur le marché qui

ont des effets néfastes sur l'économie nationale ou entravent la liberté économique d'autres entreprises. De tels comportements sont principalement dirigés contre d'autres concurrents en tant qu'abus d'entrave ou contre la partie adverse du marché, c'est-à-dire les clients ou les fournisseurs de l'entreprise dominante en tant qu'abus d'exploitation (ATF I 139 *Publigroupe72*,, consid. 10.1.1 s. ; arrêts 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 4.1 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 510 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 388). L'abus d'exploitation se caractérise par le fait que l'entreprise dominante cherche à obtenir des avantages économiques en portant atteinte aux intérêts des partenaires commerciaux et des consommateurs en profitant de sa position dominante sur le marché. En revanche, l'abus d'entrave comprend toutes les mesures prises par les entreprises dominantes en dehors d'une concurrence loyale en matière de prestations, qui sont directement dirigées contre les concurrents actuels et potentiels (concurrents et partenaires commerciaux) et qui limitent leurs possibilités d'action sur le marché dominé ou les marchés voisins (ATF 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 10.1.1 ; arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.1 ; 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 4.1).

11.3 La protection de la concurrence selon l'art. 7 LCart ne vise donc pas seulement à préserver les consommateurs finaux d'un dommage direct résultant d'un comportement abusif, mais comprend également, compte tenu de la position dominante de l'entreprise dominante, la garantie générale de conditions de concurrence appropriées pour maintenir ou créer une concurrence suffisante sur tous les marchés influencés par le comportement en question (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 510 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 388).

11.4 Une entreprise dominante a donc la responsabilité particulière de ne pas entraver, par son comportement sur le marché, une concurrence efficace et non faussée. Elle doit donc s'abstenir de recourir à des pratiques qui ne correspondent pas aux moyens d'une concurrence par les mérites et qui peuvent conduire à l'éviction d'autres concurrents (Message concernant une loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart] de novembre [23.1994FF I 1995569468,] ; ATF I 139 *Publigroupe72*,, consid. 10.1.1 ; arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 510 et 1119 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 388 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N s72. ; arrêt de la CJCE du 6. septembre C-413/142017 P *Intel Corporation Inc./Commission*, EU:C:2017:632 point 135). Il en résulte, d'une part, que les entreprises en

Dans des circonstances particulières, il convient de dénier à une entreprise en position dominante le droit d'adopter certains comportements ou mesures qui ne sont pas abusifs en soi et qui ne seraient même pas contestables s'ils étaient adoptés ou mis en œuvre par des entreprises non dominantes (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 510 et 1120 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 388 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7

N 72. ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 I N 65). D'autre part, il en résulte qu'une entreprise en position dominante a l'obligation de vérifier la compatibilité de tous les comportements pratiqués avec l'art. 7 LCart (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1121 ; AM-STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. N7 73).

11.5 L'entrave et le désavantage selon l'art. 7 al. 1 LCart par la liste non exhaustive de comportements figurant à l'art. 7 al. LCart2. Le ~~caractère~~ abusif des comportements qui y sont énumérés doit toutefois toujours être évalué à l'aune des exigences de l'art. 7 al. 1 LCart (ATF I 139 *Publigroupe72*,, consid. 10.1.2 ; arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.1 ; 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 4.2).

11.6 Pour l'interprétation de l'art. 7 LCart, on peut se référer à la littérature et à la pratique relatives à l'art. 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ; JO C de 115747 mai 9. 2008), car les comportements ~~des~~ entreprises en position dominante selon l'art. 7 LCart sont réglés pour l'essentiel parallèlement à l'art. 102 TFUE. Si les faits sont identiques, on peut partir du principe qu'ils doivent être jugés de la même manière. C'est ce que suppose implicitement l'Accord du 17 mai 2013 entre la Confédération suisse et l'Union européenne relatif à la coopération en matière d'application du droit de la concurrence (RS 0.251.268.1) dans son troisième considérant, puisque "les systèmes de la Suisse et de l'Union [européenne] pour l'application du droit de la concurrence reposent sur les mêmes principes et contiennent des dispositions comparables" (ATF I 139 *Publigroupe73*,, consid. 8.2.3 ; arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 4.3).

12. Limitation de la production, des ventes ou du développement technique au sens de l'art. 7 al. let2. e LCart

12.1 Situation de fait

12.1.1 Dans un contrat entre e-mediat et une société de logiciels D. _____ la clause A suivante a été utilisée :

"Dans la mesure où [...] juge utile, pour la fabrication ou le développement de produits contractuels, de permettre aux utilisateurs des produits d'accéder en plus à des données de base sur les partenaires et les produits qui leur sont utiles (c'est-à-dire à des données autres que les données HOS-PINDEX et CIS), elle est tenue de se les procurer auprès d'e-mediat. Dans la mesure où e-mediat n'est pas prête à les mettre à disposition ou n'est pas en mesure de le faire dans un délai utile adapté à la problématique, [...] est autorisée à se procurer ces composants ailleurs".

Dans un accord complémentaire, il a en outre été convenu que D. _____ ne vendrait pas d'autres données sur les médicaments que medi-NDEX aux cabinets médicaux.

12.1.2 Une clause largement identique (à la clause A) se trouve dans un autre contrat entre e-mediat et une société de logiciels. Ce contrat a certes été signé par les parties, mais il n'a pas été daté. HCI a présenté en novembre 29.un2016 nouveau contrat avec cette société de logiciels, daté du [...], en se référant à l'ancien contrat et en indiquant que celui-ci était daté du [...]. Le nouveau contrat ne contient pas la clause susmentionnée.

12.1.3 La clause B est libellée comme suit et a été utilisée dans 83 contrats avec des éditeurs de logiciels, dont 75 datent des années 2012 à 2014 :

"Sans l'accord préalable écrit d'e-mediat, SWH [Soft- warehaus] n'est pas autorisée à implémenter des données de tiers dans les structures XML d'e-mediat et/ou à introduire dans ses programmes SW des données qui ne proviennent pas d'e-mediat et qui sont structurées de manière identique ou essentiellement identique aux données d'e-mediat".

12.1.4 A partir de 2015, HCI a choisi une nouvelle formulation, utilisée dans 21 des 23 contrats conclus 2015 depuis :

"Des données personnalisées ou des données de tiers peuvent être ajoutées aux données INDEX existantes dans la solution logicielle, à condition que leur source soit clairement indiquée. La source des données ainsi que toute modification doivent être affichées de manière visible pour le client".

12.1.5 Pour ces nouveaux contrats, aucune version antérieure n'a été soumise au secrétariat avec les maisons de logiciels respectives, ce qui laisse supposer que la majorité de ces maisons de logiciels ont conclu pour la première fois un contrat avec HCI.

12.1.6 Dans la décision attaquée, l'instance inférieure est arrivée à la conclusion que les clauses A et B imposaient aux éditeurs de logiciels une obligation d'achat exclusif de données de base supplémentaires sur les partenaires et les produits, ainsi qu'une interdiction d'utiliser les structures des éditeurs de logiciels à d'autres fins. De ce fait, la vente des concurrents serait abusive au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. Alinéa 2, lettre e, LCart.

12.2 Principes de base

12.2.1 L'art. 7 L'art. 7, al. e,2 LCart couvre en principe toutes les formes de pratiques d'exclusion et d'entrave d'une entreprise dominante à l'encontre de ses concurrents et constitue donc un élément constitutif de l'infraction par rapport aux autres comportements mentionnés à l'art. 7, al. 2, LCart (ch. marg. de la 454^e décision de l'instance inférieure d'octobre 19. 2015 dans l'affaire *Plates-formes de réservation en ligne pour hôtels* [publiée dans : RPW 2016/1 p. 67 ss, 125] ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 625 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 234 s. ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 458).

12.2.2 L'état de fait vise à empêcher qu'une pénurie artificielle ne se produise en limitant la production, les ventes ou le développement technique. Une pénurie est artificielle lorsqu'elle n'est pas provoquée par des modifications du marché, mais par la volonté de l'entreprise dominante de faire monter les prix ou de les maintenir élevés (Message LCart, FF 1995 I 468, 574 ; WEBER/VOLZ, op. cit. 2.721)

12.2.3 Les éléments constitutifs de la limitation de la production, des ventes ou du développement technique au sens de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, let. e, Lst. L'art. 7, al. 2, let. e LCart est considéré comme rempli lorsque les caractéristiques suivantes sont cumulativement présentes :

- (i) il existe une entreprise dominante sur le marché qui
- (ii) adopte un comportement qui a pour effet de limiter la production, les ventes ou le développement technique ;
- (iii) le comportement crée un lien artificiel ;

- (iv) la restriction de la ~~production~~ des débouchés ou du développement technique résultant de la pratique n'est pas justifiée par des raisons objectives.

12.3 Position dominante sur le marché

L'ancien Groupe Galenica disposait, par le biais de HCI, d'une position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments (cf. ci-dessus E.). 9.2).

12.4 Limitation du paragraphe

12.4.1 Par "restriction des ventes" au sens de l'art. 7, al. 2, let. e, LCart, on entend notamment les comportements d'une entreprise dominante sur le marché qui visent à réduire l'éventail de marketing de la concurrence et à limiter ainsi artificiellement son accès au marché, sans que cela soit une conséquence de l'évolution normale du marché ou de la concurrence. de la concurrence normale en matière de prestations (RPW 2016/1 p. 67 ch. 455, *Plateformes de réservation en ligne pour hôtels* ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 662 ; CLERC/KÉLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 235 ; STÄUBLE/SCHRA-NER, DIKE-KG, art. 7 N 464).

12.4.2 La notion de restriction ne couvre que les comportements qui rendent les produits ou les services des concurrents de l'entreprise dominante soit moins attrayants, soit moins vendables. En revanche, les comportements qui rendent les produits ou les services de l'entreprise dominante plus appropriés ou mieux disponibles ou qui entravent les concurrents en raison de prestations de qualité supérieure de l'entreprise dominante ne tombent pas sous le coup de cette disposition, même s'il s'agit nécessairement d'une restriction au sens de la loi (DPC 2016/1 p. 125 Rz. 455, *Plateformes de réservation en ligne pour hôtels* ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 466 s. ; cf. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N s631.).

12.4.3 Les comportements restrictifs ne résultent pas seulement d'interdictions, qui empêchent par exemple l'autre partie au marché de livrer à d'autres concurrents ou de leur acheter certains produits ou services, mais aussi de la mise en place d'incitations qui encouragent de tels comportements (WEBER/VOLZ, op. cit., ch. 2.746).

12.4.4 D'une part, la restriction des ventes peut résulter d'actes unilatéraux de l'entreprise dominante, par exemple en refusant d'approvisionner certains acheteurs ou en imposant à ses partenaires commerciaux une restriction du marché géographique ou du cercle de clients (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 663). A titre d'exemple, on peut citer, en se référant à la jurisprudence européenne, le comportement d'une entreprise dominante sur le marché qui bénéficie d'un droit d'exclusivité auquel il n'est possible de déroger qu'avec son accord qui, dans le cas concret, exige le strict respect de ce droit dans le but d'évincer son seul concurrent du marché (arrêts du TPI du 8 octobre 1996, C-272/98, C-273/98, C-273/98, C-273/98, C-28/98, C-28/98, C-28/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, C-29/98, octobre 1996, affaires T-24 et 25, 2628/93 *Compagnie Maritime Belge Transports SA et Compagnie maritime belge SA/Commission*, Rec. 1996 II-1201 et suiv. point 108 et s.). D'autre part, une entreprise dominante peut restreindre les ventes par des actes bilatéraux, le plus souvent dans des contrats conclus avec des partenaires commerciaux ou des tiers. Il s'agit notamment des obligations d'exclusivité qui se manifestent sous forme d'obligations d'achat exclusif ou de rabais (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 664 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 458). Les obligations d'achat exclusif se caractérisent par le fait que l'acheteur est tenu de n'acheter les objets du contrat qu'à son partenaire contractuel, c'est-à-dire au fournisseur. Pour imposer de telles obligations d'achat exclusives, on peut convenir d'avantages ou de désavantages économiques tels que l'octroi ou le retrait de rabais de fidélité, l'imposition d'une pénalité contractuelle, la rupture de livraison, etc.2006,34.

12.4.5 Pour savoir si les obligations d'achat exclusif ont (ou peuvent avoir) un effet restrictif sur les ventes, il convient d'aborder brièvement la position des économistes. Selon l'école de Chicago, un producteur qui souhaite conclure un accord d'achat exclusif avec un intermédiaire obtient l'accord de ce dernier en lui proposant un prix plus avantageux. Le prix de vente de l'intermédiaire est quant à lui limité par la volonté d'achat du consommateur. Par conséquent, un producteur ou un intermédiaire rationnel ne sera intéressé par l'achat exclusif que s'il est synonyme d'efficacité. Les représentants de l'économie post-Chicago ont cependant montré récemment que l'école de Chicago s'était appuyée de manière trop unilatérale sur des hypothèses très strictes, à savoir que :

(1) les entreprises utilisent une tarification non linéaire, (2) tous les acteurs économiques participent à la négociation de l'obligation d'achat exclusif et (3) les consommateurs sont informés de l'évolution des prix.

(3) une entreprise qui a conclu un contrat exclusif doit indemniser les acheteurs pour les préjudices qu'ils subissent. Cependant, si ces hypothèses étaient ~~moins~~ ^{moins}, les résultats de l'analyse économique changeraient. Les partisans de l'économie post-Chicago ont avancé les considérations suivantes dans ce contexte : Si un concurrent potentiel doit supporter des coûts fixes élevés pour entrer sur un nouveau marché, une entreprise déjà active sur le marché peut l'empêcher d'entrer sans avoir conclu de contrats exclusifs avec tous les acheteurs ; il suffit dans ce cas que l'entreprise n'ait conclu de contrats exclusifs qu'avec quelques acheteurs pour empêcher le concurrent d'atteindre la taille nécessaire à sa survie économique. La théorie moderne a ainsi démontré que les obligations d'achat exclusif peuvent tout à fait être utilisées à des fins anticoncurrentielles (voir sur l'ensemble AMSTUTZ/CARRON, in : Amstutz/Reinert [éd.], Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 1ère édition, 2010, art. 7 N [445ci-après cité : {Autor}, BSK-KG 2010], non plus discuté dans l'éd2.. 2021).

12.4.6 Ce point de vue est aujourd'hui également défendu dans la pratique suisse en matière de concurrence. Selon celle-ci, les obligations d'achat exclusif empêchent les concurrents actuels ou potentiels d'entrer en concurrence, dans la mesure où elles limitent l'accès aux canaux de distribution ou à l'acheteur final (ch. marg. et 64 ss. de la décision de l'instance inférieure de mars 1. dans l'1999affaire *Acquisition, distribution et stockage de semence de taureau pour l'insémination artificielle des bovins* [publiée dans : DPC 1999/1 p. et 75 ss, 88 ss.] ; point 29 du rapport final du secrétariat de la COMCO du 11 février 1999 dans l'affaire de l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart concernant la *distribution de bières Feldschlösschen-Hürlimann* [publié dans : RPW 1999/1 p. 57 ss., 62 ss.] ; WEBER/VOLZ, op. cit.) Les accords d'achat exclusif doivent être considérés comme admissibles au regard du droit des cartels s'ils sont dans l'intérêt mutuel des parties contractantes et s'ils sont conclus dans une situation de marché normale, caractérisée par la concurrence. Cela ne s'applique toutefois pas à un marché sur lequel la concurrence est déjà restreinte en raison de la position dominante d'un partenaire commercial (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. N 7469).

12.4.7 L'instance inférieure a conclu que les clauses A et B restreignaient les ventes des concurrents actuels et potentiels. Les plaignantes soutiennent en revanche qu'il s'agit de

Les clauses A et B ne sont que des réserves d'approbation qui n'ont limité ni les ventes propres de HCI ni celles de ses concurrents. L'instance inférieure s'est limitée à une considération formelle et n'a pas prouvé la limitation effective des ventes par les deux clauses. Le manque de succès des concurrents résiderait dans les différences de qualité des données.

12.4.8 Dans un premier temps, il convient donc de déterminer comment les clauses A et B doivent être qualifiées, c'est-à-dire s'il s'agit d'obligations d'achat exclusif, de réserves d'approbation ou autres. Dans un deuxième temps, il convient d'aborder la question des effets.

12.4.9 En ce qui concerne la clause A, l'instance précédente a considéré que cette clause interdisait aux éditeurs de logiciels de se procurer sur le marché des données partenaires et des données de base sur les produits supplémentaires, puisqu'ils devaient accorder à e-mediat un droit de priorité exclusif pour satisfaire cette demande. Ce n'est que dans le cas où e-mediat n'aurait pas voulu ou n'aurait pas pu proposer ces données que les éditeurs de logiciels auraient été autorisés à se procurer ces données auprès d'autres fournisseurs de données ou à se procurer eux-mêmes ces données auprès de sources primaires et à les valoriser. La clause A constitue donc une obligation d'achat exclusif pour les données nouvellement demandées en faveur d'e-mediat.

12.4.10 Les plaignantes font valoir que la clause A ne concerne que les données qui ne sont pas proposées par HCI, ce qui n'exclut pas l'obtention de données concurrentes. En outre, la clause A ne contient pas d'interdiction de coopérer avec un fournisseur tiers, mais seulement une réserve de consentement.

12.4.11 L'instance inférieure rétorque que la formulation même de la clause A s'oppose à une simple exigence de consentement visant à prévenir les perturbations de la prestation.

12.4.12 Les arguments des requérantes contre la qualification de la clause A comme obligation d'achat exclusif ne sont pas convaincants. D'une part, l'argument selon lequel la clause ne concerne que les données qui ne sont pas proposées par HCI ne peut pas être retenu. En effet, selon le libellé de la clause, toutes les données autres que celles contenues dans l'HOSPINDEX ou dans les données CIS sont concernées. Il peut donc tout à fait s'agir de données que HCI propose déjà à d'autres clients ou qu'elle souhaite proposer à l'avenir. En outre, le

point de départ est l'ensemble du marché en cause, c'est-à-dire le marché de l'industrie de la santé.

pour les données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et non pas seulement le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments que HCl fournit actuellement à D. _____ de ces données. Dans ce sens, l'instance inférieure a conclu à juste titre qu'il s'agissait de données de la concurrence.

12.4.13 L'argument selon lequel il ne s'agirait pas d'une interdiction, mais seulement d'une réserve de consentement, n'est pas non plus convaincant. Comme l'a constaté à juste titre l'instance précédente, le libellé de la clause A s'oppose déjà à une telle interprétation. Selon le texte, il s'agit d'une interdiction de se procurer des données supplémentaires auprès de concurrents, si HCl veut et peut les proposer elle-même.

12.4.14 En outre, la décision attaquée n'a pas tenu compte du fait que HCl a conclu avec D. ___ dans l'accord supplémentaire du 6. septembre 2012, que D. _____ ne distribue pas d'autres données sur les médicaments aux cabinets médicaux que medINDEX ([...]). Cette convention complémentaire, conclue après que le Tribunal administratif fédéral eut supprimé en 2011 l'obligation de publication dans le Compendium et avant la mise en service d'AIPS au début de l'année 2013, prévoit l'interdiction de se procurer auprès de concurrents des données affinées et lisibles par machine concernant des informations sur les médicaments ; et ce, toutes les données et pas seulement celles que HCl D. _ actuellement avec medINDEX. La société D. _____ a donc été obligée de couvrir l'ensemble de ses besoins en données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments auprès de HCl.

12.4.15 En résumé, il apparaît que l'instance précédente a jugé à juste titre que la clause A constituait une obligation d'achat exclusif. L'obligation d'achat exclusif est en outre soulignée 2012 par l'accord complémentaire des 6 et 13 septembre.

12.4.16 En ce qui concerne la clause B, l'instance inférieure a considéré qu'elle interdisait aux éditeurs de logiciels d'utiliser les structures existantes pour des produits d'autres éditeurs de données ou pour leurs propres banques de données, si les éditeurs de logiciels souhaitaient eux-mêmes affiner les données. Ainsi, il est garanti qu'e-mediat puisse continuer à fournir les données dans leur intégralité et qu'il ne soit pas possible pour les éditeurs de logiciels de se procurer par exemple les

informations sur les médicaments auprès d'un concurrent ou de charger directement les informations sur les médicaments à partir d'AIPS et de les affiner eux-mêmes, tandis qu'e-mediat fournirait les données non pharmaceutiques. Pendant la période critique

(2012-2014), la clause a été systématiquement insérée lors du renouvellement des contrats ou par la conclusion d'avenants aux contrats existants. Étant donné que, le 29 novembre 2016, HCI n'avait pas remis de nouvelle version de la plupart de ces contrats, il y a lieu de considérer que ces clauses sont toujours en vigueur dans ces contrats.

12.4.17 En revanche, les plaignantes font valoir que la clause B n'est qu'une réserve de consentement et qu'elle ne constitue donc pas une interdiction ou une obligation d'achat exclusif. La clause B n'aurait été appliquée que si une entreprise de logiciels avait implémenté des données de tiers directement dans les structures XML du HCI ou si des fournisseurs tiers avaient imité les structures de base de données du HCI. Mais si les données des concurrents n'étaient pas intégrées dans les structures de la base de données de HCI ou si la structure de la base de données n'était pas "copiée", l'autorisation de HCI n'était pas nécessaire.

12.4.18 Selon le libellé de la clause B, un accord écrit de HCI était nécessaire si les données de la concurrence étaient intégrées dans les structures de la banque de données de HCI ou si les données de la concurrence étaient structurées de manière essentiellement identique. Sans l'accord de HCI, il y avait donc dans ces cas une interdiction. L'accord de HCI n'était pas nécessaire uniquement lorsque les données des concurrents ne voulaient pas être intégrées dans la structure de la banque de données de HCI et n'étaient pas non plus structurées de manière identique ou essentiellement identique.

12.4.19 L'exigence de consentement ne constituait pas une simple obligation d'achat exclusif. Toutefois, cette exigence de consentement présente des similitudes avec la clause dite "anglaise". La clause anglaise oblige l'acheteur à communiquer au fournisseur une offre meilleure ou plus avantageuse d'un fournisseur concurrent et à n'y donner suite que si le fournisseur ne lui soumet pas une offre avantageuse correspondante (REINERT, BSK-KG, art. 4 al. 1 N 742 ; WEBER/VOLZ, loc. cit. Tant la clause anglaise que la présente clause contiennent une obligation de divulgation de l'acheteur. Si l'acheteur fait usage de la clause, il doit informer le fournisseur de l'offre ou des conditions concurrentes. Sans communication de l'existence d'une offre concurrente, l'acheteur ne peut pas être libéré de son obligation d'achat (YI-TIEN LIN, op. cit., p. 54 ; cf. aussi AMSTUTZ/CAR- RON, BSK-KG, art. 7 N 429 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.642). Tant la

Les clauses anglaises, tout comme la présente clause de réserve d'approbation, permettent d'obtenir des informations sur la situation du marché ainsi que sur les possibilités et les actions des concurrents, qui sont extrêmement précieuses pour la stratégie de marché. Le fournisseur obtient un aperçu des offres concurrentes et de la stratégie de marché du fournisseur concurrent qu'il n'aurait pas obtenu autrement dans le cadre d'une procédure de marché normale. Ces deux clauses peuvent notamment servir à recueillir des informations sur le marché et des détails sur les offres des concurrents afin de procéder à des ajustements de prix ou d'offres, ce qui empêche les concurrents de gagner des parts de marché.

12.4.20 C'est pourquoi les obligations d'achat exclusif, même si elles sont liées à une clause anglaise, peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. En outre, la convention d'une clause anglaise, considérée isolément, peut également conduire à une restriction abusive de la concurrence (WEBER/VOLZ, op. cit., ch. 2.737). Une partie de la doctrine part du principe que les clauses anglaises ne peuvent pas être convenues par des entreprises puissantes sur le marché (EGLI, op. cit., p. 73 ; WIRTZ, in : Mäger, Europäisches Kartellrecht, 5e éd. 2012, chap. 6 n. 76). Une partie de la doctrine part du principe que la question de savoir si une clause anglaise a des effets d'éviction dépend des facteurs concrets du marché (WEBER/VOLZ, op. cit., ch. marg. et 2.643,2.645AM-2.737, STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 429 ; cf. REINERT, BSK-KG, art. 4 al. N 1752).

12.4.21 Dans l'arrêt du 12 février 1979 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission*. *Commission*, la CJCE a même constaté que, même dans les circonstances les plus favorables, une clause anglaise n'atténue pas sensiblement la distorsion de concurrence créée par les obligations d'achat exclusives [et les rabais de fidélité] sur un marché dont la structure concurrentielle est déjà affaiblie par la présence d'une entreprise en position dominante ; au contraire, elle renforçait même le caractère exclusif de l'exploitation de la position dominante (arrêt de la CJCE du 12 juillet 1979, p. 1). (12) Voir l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 février 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG/Commission*, Recueil 1979, p. 00461, point 107. Dans l'affaire *BP-Kemi - DDSF*, la Commission a considéré que l'utilisation d'une clause anglaise dans l'accord d'achat exclusif constituait une restriction de concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (traité CE ; JO CE n° L 157/11). Sur la base de la détermination du comportement concurrentiel sur le

marché et de la dissuasion du concurrent, la clause d'exclusivité a été considérée comme une clause de non-concurrence.

la clause anglaise seule comme restrictive de la concurrence. En outre, la Commission a déduit le caractère restrictif de la clause anglaise de l'ensemble de la relation d'approvisionnement exclusive et à long terme complétée par la clause anglaise (engagement d'approvisionnement de six ans ; décision 79/934/CEE de la Commission du 5 septembre 1979 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, COMP/IV/29.021 *BP Kemi - DDSF*, JO L 286/32 ; voir YI-TIEN LIN, précité, p. 103). Dans l'affaire *Carbonate de sodium - Solvay*, la Commission a également constaté que la clause anglaise n'atténuait pas l'effet anticoncurrentiel des accords de fourniture à long terme ou des rabais de fidélité, mais renforçait le lien entre l'acheteur et le fournisseur. En effet, la clause anglaise permet au fournisseur de connaître les intentions de ses concurrents et consacre l'avantage du fournisseur par rapport à ses concurrents (décision 91/297/CEE de la Commission, du 19 décembre 1990, relative à une procédure d'application de l'art. 85 du traité CEE, COMP/IV/33.133-A *Soda - Solvay*, JO L 152/1, points 35, 37 et 60 ; décision 2003/6/CE de la Commission du 13 décembre 2000 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, COMP/33.133-C *Carbonate de sodium - Solvay*, JO L 10/10, points 111, 122 suivants¹⁷⁷). Dans l'affaire *des gaz industriels*, la Commission a également estimé que la clause anglaise devait être supprimée, tout en admettant une exception. La clause anglaise pouvait continuer à être utilisée si l'acheteur (mais pas le fournisseur) demandait l'inclusion d'une clause anglaise dans le contrat et si les mesures de précaution nécessaires étaient prises pour garantir que le fournisseur ne puisse pas identifier le concurrent offrant un prix plus avantageux (Commission, 19^e rapport sur la politique de concurrence, point 1989, *Gaz industriels*⁶² ; communiqué de presse de la Commission IP/89/426 de juin 7. *Air 1989 Liquide, etc.*, point [5 disponible à l'adresse suivante : https://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-426_en.htm {consulté le 18.08.2020}] ; YI-TIEN LIN, précité, p. 107.).

12.4.22 La clause B, avec sa réserve de consentement, était donc susceptible, en raison de l'identification possible du comportement concurrentiel sur le marché et de la dissuasion des concurrents, de restreindre l'accès des concurrents actuels et potentiels aux canaux de distribution et aux clients finaux. En outre, cela résulte également d'un ~~examen~~ examen global de la clause B avec la durée minimale d'abonnement fixée en règle générale à 36 mois dans les contrats (cf. instance précédente, act. en général¹¹²⁰, chiffre du 19^e contrat) ainsi que de l'accord que l'on trouve régulièrement sur une durée minimale d'abonnement.

Peine conventionnelle de Fr. [...] en cas de violation du contrat par la maison de logiciels (cf. instance précédente, act. i1120, d.R. ch. de l'5annexe 7).

12.4.23 Le reproche des ~~coûts~~, selon lequel l'instance précédente n'a pas fait de distinction entre les prétendus effets de la clause A et de la clause B, ne saurait modifier cette conclusion. Certes, les deux clauses ne sont pas identiques. Comme indiqué ci-dessus, la clause A est une obligation d'achat exclusif au sens propre du terme et la clause B est "simplement" une clause qui a un effet similaire. Toutefois, étant donné que leur effet est similaire et qu'elles concernent le même domaine, l'instance précédente doit être soutenue lorsqu'elle considère qu'une analyse isolée des différentes clauses est insuffisante.

12.4.24 Les requérantes font valoir que la clause A n'était prévue que dans un seul contrat, soit 0,57 % de tous les contrats. Par conséquent, elle ne peut pas être considérée comme ayant un effet significatif de restriction des ventes. La clause B ne figurait que dans 83 contrats, soit 47 % de l'ensemble des contrats, ce qui signifie que la grande majorité des éditeurs de logiciels n'étaient pas liés par une telle clause. Par conséquent, les deux clauses ne peuvent pas être responsables du manque de succès de ywesee et de ou- werkerk.

12.4.25 Cet argument n'est pas non plus pertinent. Lorsqu'un concurrent potentiel doit supporter des coûts fixes élevés pour ~~prés~~ sur un nouveau marché, une entreprise déjà active sur ce marché peut l'empêcher d'entrer sans avoir conclu de contrats d'exclusivité avec tous les acheteurs. Dans ce cas, il suffit que l'entreprise n'ait conclu des contrats exclusifs qu'avec quelques acheteurs pour empêcher le concurrent d'atteindre la taille nécessaire à sa survie économique. Dans le cas de *l'acquisition, de la distribution et de blocalisation de semence de taureau pour l'insémination artificielle des bovins*, la COMCO a par exemple constaté que les contrats exclusifs conclus ne représentaient que 18% des inséminations de taureaux sur l'ensemble du marché, mais que ce réseau de distribution mettait en place un service d'insémination couvrant l'ensemble du territoire, ce qui permettait à l'ASPBP de "rendre plus difficile l'établissement d'entreprises d'insémination artificielle concurrentes" (DPC 1999/1, p. ss)75. (1999), point 66, *acquisition, distribution et stockage de semence de taureau pour l'insémination artificielle des bovins*).

12.4.26 In casu, les deux clauses en question (ou principalement la

clause B) ont été utilisées dans près de la moitié et dans la période de et
2012comme2014,

le marché aurait pu s'ouvrir en raison de l'introduction de l'AIPS, ont été utilisées dans près de trois quarts de tous les contrats conclus avec les éditeurs de logiciels. Compte tenu de ce qui précède, le nombre de contrats contenant les clauses en question ne permet pas de conclure en l'espèce que celles-ci n'ont pas d'effet restrictif sur les ventes.

12.4.27 Par ailleurs, l'approche de l'instance inférieure en relation avec la clause A, en ce qu'elle mentionne certes qu'une clause comparable à la clause A se trouve dans un autre contrat avec une maison de logiciels, mais qu'elle n'en tient pas compte au final en raison de l'absence de datation et du nouveau contrat de septembre 2015, n'est pas critiquable.

12.4.28 Selon les requérantes, HCI n'a jamais refusé une demande d'autorisation de collaboration avec une entreprise tierce. L'instance inférieure ne cite pas non plus d'exemple dans lequel la clause aurait effectivement limité les ventes. Au contraire, HCI E. _____ a autorisé une collaboration avec ywesee. De plus, HCI a également autorisé [...] des entreprises de logiciels à utiliser les données de la banque de données [...] de F. _contenant des informations sur la sécurité de l'administration des médicaments. Elle a même mis ces données à la disposition de ces neuf entreprises de logiciels via son serveur. De même, la clause A n'aurait jamais existé durant la collaboration avec D. _____ n'a jamais été pertinente et D. _____ ne l'aurait jamais invoquée. Au contraire, D. _____ a qualifié la clause de sans objet. Les clauses A et B n'ont donc pas eu d'effet.

12.4.29 L'instance inférieure rétorque toutefois que le fait que les recourantes elles-mêmes n'aient pas été confrontées à une demande ne permet pas de conclure que les clauses n'ont pas eu d'effet. En effet, compte tenu des autres circonstances, la fixation contractuelle peut déjà avoir un effet de fermeture. Les barrières à l'entrée sur le marché étaient déjà très élevées pour d'éventuels fournisseurs tiers sans les clauses. En ce qui concerne la clause A, il faut en outre tenir compte du fait que les médecins ne passent que progressivement à des logiciels complets d'administration des cabinets médicaux et à des dossiers électroniques de patients et qu'avec D. _____ (et une autre société de logiciels), deux acteurs clés ont été liés dans ce segment, qui ont potentiellement accès à la masse critique nécessaire et à la connaissance de ses besoins.

besoins. En outre, la clause A a été utilisée précisément dans le segment des médecins, où ywesee n'est aujourd'hui qu'un prestataire de niche.

12.4.30 Les requérantes estiment en revanche qu'il est insuffisant de constater que les clauses ont pu avoir des effets. L'argumentation de l'instance inférieure laisse plutôt entendre que les effets ne sont pas clairs. Les recourantes estiment que l'instance inférieure aurait dû démontrer les effets.

12.4.31 Il convient tout d'abord de souligner que même dans les cas où HCI souhaite autoriser une collaboration avec une entreprise tierce, les clauses ne semblent pas en soi non problématiques. En effet, l'obligation de publication de l'éditeur de logiciels, par laquelle HCI doit être informé de l'offre concurrente, s'applique également dans ce cas. Dans ce cas également, HCI entre en possession d'informations sur la situation du marché ainsi que sur les possibilités et la manière de procéder des concurrents. HCI obtient ainsi un aperçu des offres concurrentes et de la stratégie de marché du fournisseur concurrent qu'elle n'obtiendrait peut-être pas autrement dans des conditions de marché normales (cf. ci-dessus E.). 12.4.19).

12.4.32 En outre, il faut partir du principe avec l'instance précédente que la fixation contractuelle de l'alinéa peut déjà avoir des effets restrictifs, en particulier aussi dans les circonstances mentionnées par l'instance précédente. Les recourantes se trompent lorsqu'elles reprochent à l'instance précédente d'avoir dû démontrer ces effets de manière plus approfondie. En effet, une telle interprétation serait également contraire à la jurisprudence mentionnée aux considérants 12.5.5 - "L'article 12.5.5 est un article de loi".

12.5.9 La possibilité d'effets négatifs sur la concurrence doit être considérée comme suffisante et il n'est pas nécessaire que des dommages à la concurrence soient effectivement vérifiables.

12.4.33 Les requérantes affirment également avoir informé les éditeurs de logiciels en avril 2017 qu'elles n'étaient plus liées par la clause B. La suppression de la clause n'aurait entraîné aucun changement dans les rapports de concurrence, ce qui prouverait l'absence d'effet de la clause.

12.4.34 Comme l'indique à juste titre l'instance précédente, il est possible que, dans d'autres circonstances de fait - en particulier dans le cas de marchés complexes et dans le contexte d'une concurrence par l'innovation -, une évolution ultérieure permette de conclure à l'existence

d'une infraction.

B-2597/2017

aucune conclusion pertinente ne peut être tirée pour les périodes précédentes. La situation concurrentielle actuelle est différente de celle qui prévalait à l'époque. A l'époque, les conditions réglementaires étaient différentes de celles d'aujourd'hui et la situation concurrentielle s'est consolidée au cours des ~~deux~~ années. Dans cette mesure, cet argument des requérantes n'est pas non plus pertinent.

12.4.35 En outre, les recourantes veulent qu'il soit tenu compte du fait que les maisons de logiciels ne sont en général que des intermédiaires. En tant qu'utilisateurs et clients effectifs de HCI, les fournisseurs de prestations ne sont en aucun cas tenus d'entrer dans un contrat d'achat exclusif avec HCI. Par conséquent, les clients de HCI sont libres de conclure des contrats avec d'autres fournisseurs de données.

12.4.36 On ne peut toutefois pas déduire de cet argument quelque chose en faveur des recourantes. En effet, une procédure conforme à l'argumentation des recourantes aurait pour conséquence que les fournisseurs de prestations devraient utiliser certaines fonctions avec le logiciel existant et utiliser un autre logiciel pour les informations sur les médicaments affinées. De toute évidence, les interfaces nécessaires pour les différentes fonctions feraient défaut. Une telle solution ne semble pas constituer une alternative viable pour les fournisseurs de prestations. Il semble évident que les fournisseurs de prestations demandent, dans la mesure du possible, un logiciel qui couvre tous les domaines. De plus, la plupart des éditeurs de logiciels existants ont conclu un contrat avec HCI, ce qui ne laisse guère de possibilités de s'y soustraire.

12.4.37 Enfin, les plaignantes font valoir en substance, en se référant à la qualité de leurs bases de données, que les bases de données INDEX sont plus appropriées grâce aux clauses A et B, car elles sont protégées, dans l'intérêt des clients et de la santé publique, contre des données supplémentaires redondantes, superflues et confuses provenant de fournisseurs tiers. Comme nous l'avons déjà mentionné, les comportements qui rendent les produits ou les services de l'entreprise dominante plus appropriés ne tombent pas sous le coup de l'art. 7 al. 1^{er} et 2. e LCart, même s'il s'agit nécessairement d'une restriction au sens de la loi (cf. E.). 12.4.2).

12.4.38 Les recourants estiment que la qualité des bases de données et la notion d'adéquation se mesurent notamment à l'aune de la validation, de l'exhaustivité et de l'étendue des données. En outre, des caractéristiques telles que le multilinguisme, l'uniformité de la séquence et de la présentation, la pertinence, la brièveté et la précision, ainsi que des contenus et des indications supplémentaires, joueraient également un rôle.

12.4.39 La qualité des données s'évalue sur la base de nombreux aspects (p. ex. l'exhaustivité, la cohérence, la plausibilité, l'exactitude, la conformité ; ALEXANDER THAMM/MICHAEL GRAMLICH/ALEXANDER BOREK, *The Ultimate Data and Ai Guide*, 2020, p. 37 et s.). En règle générale, plus les données sont cohérentes, précises et complètes, mieux c'est. Le point à partir duquel une mauvaise qualité des données met en péril la mise en œuvre du projet ou la fonctionnalité d'un système d'intelligence artificielle dépend toutefois du produit concerné (THAMM/GRAMLICH/BOREK, op. cit., p. 39). On peut en principe partir du principe que les "smart data", c'est-à-dire les données utiles, sécurisées et de grande valeur déterminées à partir de stocks de données big data, sont en règle générale de meilleure qualité que les big data, c'est-à-dire les énormes quantités de données non structurées qui ne peuvent pas être analysées ou traitées avec les méthodes actuelles (cf. JAMES A. GEORGE/JAMES A. RODGER, *Smart Data : Enterprise Performance Optimization Strategy*, Hoboken 2010). Des données multilingues, cohérentes, précises et concises sont plus utiles, plus fiables et font gagner du temps que des données redondantes non formatées, non seulement dans le cadre de l'intervention médicale auprès des patients, mais aussi de manière générale (cf. MICHAEL NONNEMACHER/DANIEL NASSEH/JÜRGEN STAUSBERG, *Datenqualität in der medizinischen Forschung, Leitlinie zum adaptiven Management von Datenqualität in Kohortenstudien und Register*, 2014).

12.4.40 Les données relatives aux différents médicaments dans les bases de données INDEX apparaissent clairement structurées et précises en comparaison avec les entrées dans d'autres bases de données (p. ex. MEDUpdate XML de ywesee ou AIPS). De plus, elles contiennent d'autres indications complémentaires telles que Clinical Decision Support, information succincte, photo du pré-conseil, informations sur le remboursement par les caisses-maladie, lien vers la notice d'emballage, prix, catégorie de remise, ce qui contribue manifestement à la qualité de leur banque de données (cf. instance précédente act. 1093).

12.4.41 Pour la question de l'adéquation du comportement à examiner en l'espèce, il n'est toutefois pas déterminant de savoir si la qualité de la banque de données a été améliorée ou non.

l'utilité des clauses A et B pour l'assurance qualité, ce à quoi les constatations susmentionnées ne répondent pas encore. Les requérantes soulignent l'importance de la qualité des bases de données INDEX ainsi que l'inefficacité des clauses. Elles omettent toutefois d'exposer dans quelle mesure la qualité de leurs banques de données serait concrètement affectée par l'octroi de l'accès à des données de fournisseurs tiers ou par l'utilisation de leurs structures XML pour des données de fournisseurs tiers ayant (pour l'essentiel) la même structure.

12.4.42 Si, par exemple, des données provenant de med-drugs de ouwerkerk ou de MEDlupdate XML de ywesee sont importées dans les logiciels à côté des données des banques de données INDEX, un utilisateur devrait en règle générale rapidement reconnaître une répétition et remarquer qu'il s'agit d'une source de données différente avec des indications éventuellement moins complètes ou linguistiquement limitées sur le même médicament. Il est certes tout à fait concevable que, dans ce cas, certaines données de la source de données du fournisseur tiers soient en contraste ou en contradiction avec celles des banques de données INDEX. La recourante souligne à juste titre qu'une inscription peut donc paraître globalement contradictoire. La cause n'en est toutefois pas nécessairement des données erronées. En effet, il est également concevable qu'un contraste ou une contradiction soit dû à des avis divergents des spécialistes ou à des connaissances révisées des autorités, de sorte que l'utilisateur de la base de données est informé de questions délicates ou d'une controverse par des données provenant de sources supplémentaires. En outre, les clauses A et B ont également empêché l'introduction de données contenant de nouvelles informations étrangères, ce qui peut avoir un effet négatif sur la qualité des données. Dans l'ensemble, il apparaît que l'utilité des clauses A et B pour l'assurance qualité ne peut pas être affirmée de manière générale.

12.4.43 Le fait que l'entreprise dominante adopte un comportement qui entraîne une restriction des ventes est donc un élément constitutif de l'infraction.

12.5 Raréfaction artificielle

12.5.1 L'art. 7, al. 2, let. e, LCart se concentre sur les pratiques d'obstruction ou d'éviction de l'entreprise dominante à l'encontre de ses concurrents.

sur les concurrents. Sont visés les comportements qui limitent l'accès au marché de concurrents actuels ou potentiels, sans que cela soit la conséquence d'une évolution normale du marché ou d'une concurrence normale au niveau des prestations (point 134 de la décision de l'instance inférieure du 14 juillet 2014 dans l'affaire *Politique des prix et autres pratiques de SDA* [publiée dans : DPC 2014/4 p. ss670, 688] ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 235).

12.5.2 Selon les documents, pour qu'il y ait abus au sens de l'art. 7, al. 2, let. e, LCart, il faut non seulement un état de fait de restriction, mais aussi une "pénurie artificielle". Une pénurie est artificielle lorsqu'elle n'est pas provoquée par des modifications du marché, mais par la volonté de l'entreprise dominante de faire monter les prix ou de les maintenir élevés (Message LCart, FF 1995 I 468, 574).

12.5.3 La notion de raréfaction artificielle se rapproche ainsi du concept d'atteinte à la concurrence. Selon l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2798/2018 du 16 février 2021 dans l'affaire *Naxoo*, il doit y avoir une atteinte à la concurrence sous la forme d'une restriction de l'accès au marché de concurrents actuels ou potentiels, sans que cela soit la conséquence d'une évolution normale du marché (arrêt du TAF B-2798/2018 de février 16. *Naxoo* 2021,, consid. 11.4.4 ; cf. AM-STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 669). Une partie de la doctrine est d'avis que la limitation de la production, des ventes et du développement technique est déjà abusive lorsque la compétitivité des concurrents est touchée (CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. II 7N 246) ou n'exige pas explicitement l'existence d'un effet nuisible à la concurrence (BORER, op. cit. 7 N 26 ; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in : Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 8.93 ss ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3e édition 2008, N 1550). En revanche, AMSTUTZ/CARRON sont d'avis que la conclusion d'une entrave à la concurrence à une atteinte à la concurrence est inadmissible. Il faudrait démontrer séparément, en plus de l'entrave à la rivalité, qu'un comportement visé par la let. e engendre une atteinte à la concurrence (AM-STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. N 7670). Et selon WEBER/VOLZ également, il doit y avoir une restriction de la concurrence en plus de la limitation de la production, des ventes ou du développement technique (WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.746). L'existence d'une entrave à la concurrence

STÄUBLE/SCHRANER présuppose également une telle restriction. Le comportement qui conduit à une restriction doit entraver d'autres entreprises dans l'accès ou l'exercice de la concurrence ou désavantager la partie adverse du marché (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. N7 s473.).

12.5.4 Selon le droit européen de la concurrence, les accords d'exclusivité auxquels participent des entreprises dominantes conduisent pratiquement toujours à une entrave inacceptable à l'accès au marché, car ils empêchent les concurrents de l'entreprise dominante de vendre leurs produits aux clients liés de manière exclusive. Elles sont donc considérées comme abusives (WIRTZ, op. cit., chap. 6, ch. 76 ; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, Aufl3.. § 2014,Rz18. ff.45).

12.5.5 Le Tribunal administratif fédéral, dans l'arrêt B-831/2011 du 17 et 18 décembre 2011 dans l'affaire *SIX*, *le Tribunal fédéral s'est prononcé de manière générale sur différentes questions individuelles relatives à l'entrave à la concurrence. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral est parvenu à la conclusion, en interprétant l'art. 7 LCart et en tenant compte du but de protection, que l'art. 7 LCart ne présente pas de critère de pertinence au sens d'un seuil de minimisation. Ce résultat correspond à l'appréciation des objections de gravité par la pratique de l'UE en matière de concurrence, selon laquelle aucun seuil de minimis n'est prévu et aucune influence sensible sur la concurrence n'est exigée. Pour qu'il y ait distorsion de la concurrence au sens de l'art. 7 LCart, il n'est donc pas nécessaire que les effets négatifs sur la concurrence dus au comportement abusif dépassent un certain seuil de matérialité (arrêt B-831/2011, SIX, consid. 1132 ss, en particulier consid. 1144-1146).*

12.5.6 De même, le Tribunal administratif fédéral a examiné dans cette décision comment la preuve de l'existence d'une distorsion de la concurrence doit être apportée pour un comportement abusif sur le marché et s'est penché sur la question de savoir si, dans le sens d'un délit de mise en danger, la possibilité d'effets négatifs pour les participants au marché doit être qualifiée de suffisante ou si, dans le sens d'un délit de résultat, des effets vérifiables doivent effectivement se produire du côté des participants au marché. Le Tribunal administratif fédéral a tout d'abord constaté que cette question était diversement appréciée dans la littérature suisse, que la pratique de l'UE en matière de concurrence qualifiait et appliquait en principe la disposition sur l'abus de

position dominante de l'art. 102 TFUE dans le sens d'une mise en danger (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. et suiv1198.) et qu'il n'y avait pas d'autre solution.

a fait référence à la pratique
de l'UE en matière de concurrence (arrêt B-831/2011, *SIX*,
consid. et suiv1202.) :

"1202. il est déterminant à cet égard de savoir si le comportement en question est susceptible d'entraîner une entrave à la concurrence ou, le cas échéant, une suppression de la concurrence (voir CJCE, EU:C:1979:36, Hoffman-La Roche, point 127 ; CJCE, EU:T:2009:317, Clearstream, point 148).

1203 La possibilité d'une influence négative sur la concurrence constitue la base nécessaire à cet égard. Si une influence négative ne peut pas être représentée, la réalisation d'une distorsion de concurrence est exclue (cf. CJUE, C-280/08P14.10.2010,, Deutsche Telekom AG c. UE-Com, EU:C:2010:603, cit. Deutsche Telekom, ch. 254 ; CJUE, EU:C:2011:83, cit. TeliaSonera, ch. 61 ; CJUE, 6.6.2012, C-457/10, Astra Zeneca AB e.a. c. UE-Com, EU:C:2012:770, précité, AstraZeneca, point 112). En outre, l'effet négatif sur la concurrence ne doit pas non plus être de nature purement hypothétique (voir CJUE, EU:C:2015:615, Post Danmark II, point 65).

1204 D'autre part, il n'est toutefois pas nécessaire qu'un résultat ou un dommage déterminé se produise effectivement (voir CJUE, EU:C:2010:603, Deutsche Telekom, point 254). Il suffit au contraire qu'un ~~est~~ potentiellement préjudiciable soit démontré (voir CJUE, EU:C:2011:83, TeliaSonera, ch. 64 s. ; CJUE, EU:C:2012:770, AstraZeneca, ch. 112 ; CJUE, EU:C:2012:221, Tomra, ch. 79 ; CJUE, EU:C:2015:615, Post Danmark II, ch. 6766,).

1205 Pour établir l'existence d'un effet potentiellement préjudiciable, il a déjà été jugé suffisant de se référer à l'objectif de la mesure (voir arrêt du Tribunal de première instance, EU:T:2003:250, Michelin II, point 240 ; arrêt du Tribunal de première instance, EU:T:2009:317, Clearstream, point 144). Dans la mesure où une entreprise conteste, preuves à l'appui, la possibilité d'une influence négative, il est toutefois nécessaire d'examiner ses objections (cf. CJUE, EU:C:2017:632, Intel, ch. 138.).

1206. [...]

1207. En conclusion, il résulte en tout cas des prémisses ci-dessus qu'il n'est pas nécessaire de prouver des effets réels pour que l'élément constitutif de la distorsion de concurrence soit rempli (voir DE BRONETT, W-HdKR, § 22, point 48 ; FUCHS/MÖSCHEL, IM-EUWBR, Art. 102 Rn. et suiv143. ; BULST, LB-EUKR, Art. 102

Rn. 131 ; EU-KOM, Communication sur les priorités, ch. f19., c'est la ~~preuve~~ d'un dommage qui est déterminante et non la preuve d'un ~~dommage~~ effectivement survenu)".

12.5.7 Le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion qu'une qualification de l'art. 7 LCart conforme à la pratique de l'UE en matière de concurrence, au sens d'un état de fait de mise en danger, est appropriée. En effet, pour protéger la concurrence, l'autorité de la concurrence doit pouvoir intervenir dès le moment où elle a connaissance d'une situation

économique.

B-2597/2017

Le comportement de l'entreprise qui a une incidence négative sur le marché doit être maintenu. Dans le cas contraire, les effets négatifs sur la concurrence se prolongeraient, renforçant ainsi la restriction des autres concurrents et la position de l'entreprise dominante. En outre, un effet négatif sur la concurrence ne se traduit pas nécessairement par un préjudice clairement quantifiable et vérifiable par les autorités de la concurrence pour les autres concurrents. En effet, les autres participants à la concurrence ne réagissent généralement pas à un comportement inapproprié de l'entreprise dominante en quittant immédiatement le marché, mais ils tentent, par d'autres mesures économiques, de contourner ou du moins d'atténuer les restrictions qui apparaissent du fait du comportement inapproprié et la pression commerciale qui en résulte (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. ss1209).

12.5.8 L'appréciation d'une distorsion de concurrence se fait sur la base d'une observation du point de vue d'un tiers objectif. Seul le comportement de l'entreprise dominante est déterminant. Les motivations subjectives d'une infraction de la part de l'entreprise dominante ne sont pas déterminantes pour l'appréciation. Elles ont tout au plus une signification indicative, mais ne constituent pas une condition constitutive pour la constatation d'une distorsion de la concurrence (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. avec 1194 renvois).

12.5.9 Ces principes généraux s'appliquent également en l'espèce. Le comportement en question doit donc être susceptible d'entraver la concurrence.

12.5.10 L'instance inférieure est arrivée à la conclusion que le privilège d'e-mediat empêchait les concurrents actuels et potentiels de fournir aux éditeurs de logiciels les données nouvellement demandées. Par conséquent, ils seraient évincés du marché des données affinées et lisibles par machine et des barrières à l'entrée seraient érigées. Un contrat portant sur la livraison de nouvelles données serait conclu entre la maison de logiciels et HCI uniquement en raison de l'obligation d'achat exclusif des maisons de logiciels et non en raison de meilleures conditions contractuelles. La clause a pour effet de cimenter la position dominante à l'avenir. Pour entrer sur le marché, les concurrents potentiels devraient proposer un ensemble complet de données, la spécialisation sur de nouvelles demandes ou autres n'étant pas possible. En outre, il est nécessaire d'avoir recours à des

En cas de non-respect de cette obligation, une peine conventionnelle a été convenue pour la mise en œuvre du contrat et donc de l'obligation d'achat exclusif.

12.5.11 L'instance inférieure a en outre considéré que l'interdiction d'utiliser les structures pour d'autres programmes fermait le marché des données affinées, lisibles par machine, concernant les informations sur les médicaments à des offres concurrentes potentielles. La mise en œuvre de jeux de données partiels d'autres affineurs de données est interdite. Les barrières à l'entrée sur le marché pour les concurrents potentiels, par exemple les éditeurs de logiciels eux-mêmes, seraient augmentées, car ils devraient proposer un jeu de données complet et développer un logiciel entièrement nouveau pour mettre en œuvre une éventuelle offre concurrente. Enfin, l'application systématique de la clause montre que 2012, la stratégie de HCI était dirigée contre d'éventuels concurrents. En effet, durant cette période, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral et l'introduction de l'AIPS auraient permis à d'autres fournisseurs de prendre pied sur le marché.

12.5.12 Les plaignantes se plaignent que le préjudice à la concurrence n'est ni exposé ni prouvé.

12.5.13 Etant donné que la possibilité d'effets négatifs sur la concurrence doit déjà être qualifiée de suffisante et qu'il n'est pas nécessaire que des dommages à la concurrence soient ~~élément~~ vérifiables, il n'est pas possible, contrairement à l'avis des plaignantes, de fonder l'illégalité d'une décision relevant du droit des cartels sur l'absence d'une entrave à la concurrence en se référant à un manque d'exposé et d'examen de circonstances effectivement survenues.

12.5.14 L'instance inférieure a considéré que ywesee et ouwerkerk n'avaient pas réussi à entrer sur le marché avec des produits similaires. Ywesee estime que les clauses lui ont causé un préjudice considérable.

12.5.15 Les requérantes considèrent en revanche que la référence faite par l'instance inférieure aux déclarations de ywesee et de ouwerkerk n'est pas convaincante. Ywesee affirme certes que les éditeurs de logiciels l'ont freinée en ce qui concerne les pharmacies. Il n'est cependant pas prouvé que les clauses en question en soient responsables. De même, l'affirmation de ywesee selon laquelle T. ___ ne collaborerait pas avec elle en raison d'un contrat d'adhésion conclu avec HCI, est inexacte. Selon l'annexe 1 de l'audition de M. _____ T. s'est prononcée en

faveur d'une collaboration. _____ pour d'autres raisons, a opté
pour une

collaboration avec le HCI. Ouwerkerk explique le manque de succès par des raisons techniques et confirme que la qualité des données est très importante pour les fournisseurs de prestations. La D. ___a elle-même qualifié la clause A d'insignifiante. D'un point de vue qualitatif, il n'existait aucune base de données comparable en Suisse durant la période examinée. Il faut donc partir du principe que le succès de HCI repose sur la qualité de ses prestations et non sur les clauses en question. En tout état de cause, il existe une explication alternative crédible quant aux raisons pour lesquelles ywesee et ouwerkerk ne sont pas entrés sur le marché avec le succès escompté.

12.5.16 On peut supposer que l'une des principales raisons pour lesquelles ywesee et ouwerkerk n'ont pas réussi à entrer sur le marché ou à y entrer plus fortement est le volume de données moins important et la qualité peut-être moins bonne de leur offre (voir également E. 12.4.39). Cela n'empêche pas ou n'a pas empêché une entrée complète sur le marché, comme le montre la faible part de marché de ywesee dans le secteur des médecins. Il semble évident que, outre les différences d'offre, les clauses A et B ont également empêché des concurrents d'entrer sur le marché. En fin de compte, cette question peut être laissée ouverte. En effet, comme nous l'avons mentionné, la possibilité d'effets négatifs pour les participants au marché suffit déjà à constituer un délit de mise en danger. Il n'est pas nécessaire que les clauses A et B aient porté atteinte à la concurrence de manière effective et vérifiable.

12.5.17 Pour cette raison, l'argument des recourantes selon lequel elles auraient été prêtes à autoriser des coopérations avec d'autres entreprises de traitement des données n'est pas non plus convaincant. Il a déjà été constaté plus haut que les clauses ne semblent pas en soi non problématiques en raison de l'obligation de divulgation, même dans les cas où HCI aurait autorisé une collaboration avec une entreprise tierce. Les clauses étaient également susceptibles de collecter des informations sur le marché et des détails sur les offres des concurrents afin de procéder à des ajustements de prix ou d'offres, ce qui pouvait empêcher les concurrents de gagner des parts de marché. En outre, le fait d'autoriser ou non les co-opérations avec des tiers dépendait de la volonté et de la décision de HCI.

12.5.18 Les clauses A et B étaient manifestement de nature à fermer le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments à des offres concurrentes potentielles. Les clauses étaient

Les règles de la concurrence ont également permis d'éviter que des concurrents potentiels ne puissent proposer que des ensembles de données partiels et que les demandeurs puissent choisir parmi les offres de différents concurrents la plus avantageuse (pour différents ensembles de données partiels) et en changer sans subir de désavantage économique sensible.

12.5.19 Les requérantes soutiennent en outre que les clauses n'ont pas été introduites de manière systématique. Même si la clause B a été incluse dans le projet de contrat pendant une certaine période, il n'a pas été démontré qu'il s'agissait d'une stratégie d'exclusion systématique ou d'un effet d'éviction.

12.5.20 L'appréciation d'une atteinte à la concurrence se fait du point de vue d'un tiers objectif. Les motivations subjectives d'une infraction de la part de l'entreprise dominante ne sont pas déterminantes (cf. ci-dessus E. 12.5.8). Le comportement d'une entreprise en position dominante peut être considéré comme abusif même en l'absence de toute faute. Le fait que l'entreprise en question ait poursuivi des objectifs anticoncurrentiels est sans importance pour la qualification juridique des faits. La preuve que l'entreprise en cause a poursuivi des objectifs anticoncurrentiels peut certes étayer la constatation d'un abus de position dominante, mais elle ne constitue pas une condition de cette constatation (voir arrêt du Tribunal de première instance EU:T:2009:317, *Clearstream*, points 141 et suivants). Par conséquent, il n'est pas nécessaire de démontrer que HCI a poursuivi une stratégie systématique de cloisonnement avec les clauses A et B. Dans ce contexte, le grief des requérantes selon lequel l'instance inférieure n'a pas examiné leurs arguments relatifs au sens et au but des clauses contestées est tout aussi dénué de pertinence.

12.6 Justifications objectives

12.6.1 La justification du comportement est autorisée sur la base de raisons objectives, même si, contrairement à l'art. 5, l'art. 7 ne connaît pas de réglementation textuelle explicite. Les raisons objectives sont des raisons objectives. Cela signifie que le comportement de l'entreprise dominante doit être un comportement qui peut être décrit comme une concurrence loyale (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 5.9).

12.6.2 La limitation abusive de la production, des ventes ou du développement technique peut être justifiée par des raisons commerciales légitimes (legitimate business reasons).

être justifiée. La pratique incriminée peut être un comportement objectivement nécessaire. Les mesures mentionnées à l'art. 7 Les comportements mentionnés à l'alinéa 2 e de la LCart peuvent notamment être objectivement justifiés : (1) pour des raisons de sécurité et de protection de l'environnement ; (2) en raison de goulets d'étranglement au niveau des capacités, qui empêchent de maintenir le volume de production ou de distribution actuel ; (2) en réaction à une modification de la demande ; (4) par des processus de rationalisation correspondants ; (5) lorsque les coûts de création d'un produit ne peuvent pas être couverts par le bénéfice à réaliser et que la restriction repose donc sur des économies de coûts (JAC- QUELINE SIEVERS, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art 7 KG, Diss. 2014, p. 190 ss ; STÄUBLE/SCHRANKER, DIKE-KG, art N7 476). Comme raisons objectives pour une clause d'achat exclusif, on mentionne par exemple la transmission d'un savoir-faire sensible ou une éventuelle contrepartie pour l'exclusivité (p. ex. stabilité de la source d'approvisionnement pour l'acheteur, afin que celui-ci puisse à son tour toujours garantir à ses propres clients la qualité, la quantité ou des prix constants) (ch. marg. ss68 de la décision de l'instance inférieure du 1. décembre dans l'2003affaire *TicketCorner* [publiée dans : RPW 2004/3 S. ff778., ff798.] ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG Art2010., 7 N, 464,éd2.. 2021, ne sont plus discutés). En outre, l'entreprise dominante qui a dû faire des investissements spécifiques pour fournir un client peut légitimement exiger que le client concerné achète au moins une certaine quantité de marchandises livrées, afin que les investissements effectués puissent être amortis (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG Art2010., N 7464, plus2021 discuté dans l'édition2.).

12.6.3 Une justification par des raisons commerciales légitimes n'entre en ligne de compte que si le principe de proportionnalité est respecté. Cela présuppose que le comportement adopté par l'entreprise dominante est de nature à atteindre l'objectif visé, c'est-à-dire d'atteindre la raison objective, et que l'entreprise dominante ne dispose pas de comportements alternatifs ayant un effet de distorsion de la concurrence moindre (principe de l'proportionalität; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 180 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 130 s. ; WEBER/VOLZ, op. cit, n. 2.567 ; cf. arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 5.9).

12.6.4 Les requérantes ont fait valoir, tant devant l'instance inférieure que dans la procédure de recours, que HCI avait inséré les clauses dans les contrats notamment sur la base des motifs objectifs suivants,

indépendants les uns des autres et suffisants en soi :

B-2597/2017

- Dans les contrats de licence conclus avec les fournisseurs de prestations, HCI s'engage à mettre à disposition les données sur les médicaments sous licence conformément au contrat. En raison de la transmission indirecte des données par le biais des maisons de logiciels, HCI doit veiller, dans les contrats avec les maisons de logiciels, à ce que la transmission se fasse intégralement et en préservant l'intégrité des données. Les clauses auraient garanti qu'une éventuelle atteinte à l'intégrité des données par l'utilisation de données de tiers ne pourrait pas avoir lieu sans consultation de HCI. En conséquence, les clauses auraient servi à empêcher des perturbations de la prestation dans les contrats de licence entre HCI et les fournisseurs de prestations.
- Un mélange des données par les maisons de logiciels entraînerait des risques de responsabilité et de réputation pour HCI, car les fournisseurs de prestations ne sauraient pas toujours quelles données proviennent de HCI et quelles données de fournisseurs tiers. Avec l'exigence du consentement, HCI aurait pu compter sur le fait que les maisons de logiciels auraient dû d'abord clarifier les modalités correspondantes avec HCI avant que les données de tiers ne soient livrées aux clients de HCI. Cela aurait permis d'éviter des risques de responsabilité et de réputation.

12.6.5 L'instance précédente a examiné la question de savoir si les maisons de logiciels dépendaient, pour le fonctionnement du logiciel, de données provenant d'une source unique, c'est-à-dire d'un affineur de données. L'enquête auprès des éditeurs de logiciels a montré qu'il serait techniquement possible d'intégrer d'autres données ou des bases de données différentes pour les informations sur les médicaments et les données sur les produits non pharmaceutiques dans le logiciel. Les coûts d'un tel changement de référence ont toutefois été estimés de manière très différente. De plus, de nombreux éditeurs de logiciels auraient remis en question l'étendue et la qualité des données des fournisseurs alternatifs. L'entretien avec une grande entreprise de logiciels a également confirmé qu'une intégration de données provenant de différentes sources dans le logiciel était techniquement possible.

12.6.6 L'instance inférieure a en outre considéré que la question de l'étendue et de la qualité des données était indépendante de la question des conditions techniques auxquelles les données doivent satisfaire. La qualité et l'étendue sont des variables habituelles de la concurrence et des offres différentes en termes de qualité ou d'étendue sont tout à fait

envisageables dans le cadre de la concurrence.

B-2597/2017

12.6.7 Les recourantes soulignent à juste titre que la question de la possibilité technique d'insérer des données provenant de différentes sources, examinée par l'instance inférieure, ne couvre qu'une partie des motifs de justification avancés. L'instance inférieure aurait également dû se pencher sur les autres motifs de justification avancés par les recourantes. En ce qui concerne les motifs justificatifs avancés par les recourantes, à savoir la prévention des perturbations de prestations et des risques de responsabilité et de réputation, il s'avère toutefois que des moyens moins importants étaient à disposition. Avec l'instance précédente et comme le montrent les dispositions contractuelles modifiées de HCI, il faut partir du principe que ces deux objectifs auraient également pu être atteints avec une disposition contractuelle selon laquelle les données de tiers et les modifications de la source de données auraient dû être signalées comme telles de manière visible.

12.6.8 Le contexte dans lequel la clause B du contrat a été remplacée par une obligation d'étiquetage au cours de l'enquête n'est pas pertinent dans ce contexte. A cet égard, l'argument des requérantes selon lequel elles auraient remplacé la clause B du contrat-type par une autre clause uniquement en raison du fait que le secrétariat avait défendu, au cours de la procédure d'enquête, la thèse selon laquelle la clause B pourrait constituer une pratique abusive, n'est pas pertinent.

12.6.9 Dans la mesure où les recourantes se réfèrent à la doctrine de DAVID/JACOBS, selon laquelle un comportement n'est inadmissible que lorsqu'il est manifestement abusif et donc le plus souvent arbitraire, et non pas déjà lorsqu'un autre comportement aurait été plus approprié, plus judicieux ou meilleur (DAVID/JACOBS, op. cit., ch. 755), il convient de constater que cette conception ne peut pas être suivie. D'une part, elle est en contradiction avec la doctrine et la pratique dominantes en rapport avec le principe de proportionnalité, telles qu'elles sont exposées au point E. Tout ce qui va au-delà de ce qui est nécessaire à la sauvegarde des intérêts n'entre plus dans le champ d'application du motif justificatif (SIEVERS, op. cit., p. 88). S'il existe des stratégies alternatives qui, comme le comportement choisi par l'entreprise dominante, auraient pu atteindre les objectifs visés, mais qui ont moins d'effets de distorsion de la concurrence, on ne peut pas dire que l'entreprise dominante n'a agi que pour réaliser des intérêts externes de valeur supérieure, pour protéger ses intérêts commerciaux ou pour générer des efficacités économiques (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. N 7180). Il n'est certes pas nécessaire d'envisager toutes les alternatives hypothétiques ou théoriques. Si, comme

Si, dans le cas présent, un autre comportement évident est plus approprié et fausse moins la concurrence pour atteindre l'objectif visé, une justification par des raisons commerciales légitimes est en soi exclue.

12.6.10 En outre, une telle conception n'est pas non plus compatible avec le principe fondamental selon lequel une entreprise en position dominante a la responsabilité particulière de ne pas (continuer à) entraver une concurrence efficace et non faussée par son comportement sur le marché. Elle doit donc s'abstenir de recourir à des pratiques qui ne correspondent pas aux moyens d'une concurrence par les mérites et qui peuvent conduire à l'éviction d'autres concurrents (voir ci-dessus E. 11.4).

12.6.11 La proportionnalité n'étant pas respectée, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant ces deux justifications avancées.

12.6.12 En outre, les plaignantes font valoir qu'il existe un autre motif objectif de justification, à savoir la prévention des violations de la LCD par les fournisseurs de données de tiers. La structure de la banque de données a été développée de manière autonome par HCI et est extrêmement complexe en raison de la possibilité d'établir différents liens entre les produits. Si cette structure était reprise telle quelle par une entreprise concurrente, l'offre commerciale d'informations sur les médicaments dans la structure de base de données XML développée par HCI violerait l'article 5, lettre c, de la LCD. La clause B aurait permis à HCI de reconnaître à temps d'éventuelles violations de la LCD ou d'influer sur le fait que la structure de la banque de données ne soit pas reprise telle quelle.

12.6.13 L'instance inférieure fait remarquer qu'il s'agit là d'un nouvel argument. Avec les moyens de droit civil et/ou pénal, il existe des moyens plus légers pour se protéger contre une violation de la LCD. Comme ce motif n'est mentionné que dans la plainte, il ne semble pas non plus correspondre à l'objectif initial de la clause. Par conséquent, cet argument n'entre pas en ligne de compte pour justifier la violation de la loi sur les cartels.

12.6.14 Selon les plaignantes, les possibilités d'actions civiles et les infractions pénales prévues par la LCD n'empêchent pas les entreprises de prendre des mesures supplémentaires pour prévenir les violations du droit. Les mesures préventives sont plus efficaces que les mesures coûteuses en temps et en argent prises après coup.

de mener des procès intensifs. Par ailleurs, les craintes relatives à des violations de la LCD n'ont pas été repoussées, car en 2012 déjà, ils se sont penchés sur les possibilités de protection contre les violations de la LCD, comme le prouve le mémorandum "Stratégie de protection des produits indexés" du 30 mai 2012. En outre, la réalisation d'une copie des structures des produits INDEX ainsi que la création d'un produit concurrent avec la même interface XML violeraient également le droit d'auteur de la plaignante.

12.6.15 Pour l'instance inférieure, le mémorandum "Stratégie de protection des produits indexés" montre toutefois que les plaignantes monopolisent les données sous prétexte de protéger les structures. Elles n'ont pas de droits exclusifs sur les données. Pour que le transfert de données fonctionne, les maisons de logiciels devraient disposer d'interfaces. Dès qu'ils ont obtenu les données par l'intermédiaire de l'interface et qu'ils ont transféré les données contenues dans l'interface dans leur propre structure spécifique au logiciel, la protection est épuisée, car la structure initiale du document XML n'est plus nécessaire pour l'utilisation ultérieure des données. La source des données peut en outre être représentée par les éditeurs de logiciels. Les clauses utilisées par les plaignantes ne constituent donc certainement pas le moyen le plus léger pour atteindre les objectifs fixés.

12.6.16 Les recourantes estiment que ces explications de l'instance inférieure sur l'épuisement de la protection ne sont finalement pas compréhensibles du point de vue du droit de la propriété intellectuelle et de la LCD. Les entreprises dominantes peuvent également se prévaloir de la LCD et des droits de propriété intellectuelle. Il est certes possible que les entreprises dominantes soient soumises à une obligation de contracter et doivent accorder des licences obligatoires. Mais même dans ce cas de figure, la protection des droits n'est pas totalement supprimée.

12.6.17 En l'occurrence, il n'est pas contesté que les données ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle (cf. ci-dessus E. 2.2.2.4). Seules les structures XML des produits INDEX bénéficient de la protection du droit d'auteur. Cela concerne la copie des structures XML et l'offre d'un produit concurrent avec la même interface XML.

12.6.18 En droit de la concurrence, l'opinion s'est imposée que les imitations doivent en principe être autorisées, car elles favorisent la diffusion des innovations et entraînent une baisse des prix. Cette opinion

Le principe de la liberté d'imitation, aujourd'hui généralement reconnu, exprime cette vision. Selon ce principe, chacun est libre d'imiter les produits d'un concurrent et de les proposer également, pour autant qu'il n'existe pas de protection par des droits de propriété intellectuelle (FLORENT THOUVENIN, Art. 5 lit. c UWG - reloaded, sic ! p2018,. ss595, p. ss595, avec d'autres références).

12.6.19 Il y a imitation lorsqu'un produit est reproduit plus ou moins fidèlement d'après un modèle déterminé, sans que ce modèle ait été intégré dans le processus de reproduction. L'imitation repose sur un processus intellectuel par lequel le produit à imiter est analysé par l'imitateur afin de créer un produit identique ou similaire à l'aide des connaissances ainsi acquises. L'imitation se distingue ainsi de la reprise directe, dans laquelle le produit d'un tiers est intégré matériellement dans le processus de reproduction. L'art. 5 let. c LCD traite de la reprise (FLORENT THOUVENIN, op. cit., p. 596, avec d'autres références). Cette disposition stipule que celui qui reprend et exploite en tant que tel le résultat d'un travail d'autrui prêt à être mis sur le marché par un procédé de reproduction technique, sans y consacrer un effort personnel raisonnable, agit de manière déloyale. L'art. 5 let. c LCD est formulé de manière très étroite en raison de la liberté d'imitation mentionnée ci-dessus (SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : Peter Jung/Philipp Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2. éd. 2016, Art. 5 N 37). La condition du procédé technique de reproduction et l'interprétation restrictive de l'élément constitutif de l'effort personnel raisonnable ont notamment un effet restrictif (cf. FLORENT THOUVENIN, op. cit., p. 597 et avec 602 d'autres références).

12.6.20 La clause B ne couvre pas seulement la copie des structures XML de HCI et l'offre d'un produit concurrent avec la même interface XML, ni seulement la reprise des données sans effort personnel raisonnable par un procédé technique de reproduction, mais elle couvre également des imitations non protégées par la LCD. En outre, elle concerne même des données que HCI ne proposait pas elle-même. Au vu de ce qui précède et compte tenu en particulier du principe de la liberté d'imitation, la clause B ou une justification par des raisons de légitime défense pour éviter des violations de la LCD ne semble pas proportionnée. L'instance précédente a relevé à juste titre que les moyens de droit civil et/ou pénal de la LCD (art. et 9 LCD23) offrent des moyens plus doux contre une violation de la LCD. Dans la mesure où les plaignantes

Si les parties font valoir que des mesures préventives sont plus efficaces pour éviter les infractions, il convient de noter qu'elles auraient été libres d'utiliser une clause contractuelle plus restrictive qui n'aurait effectivement visé que les éventuelles violations du droit d'auteur et de la LCD. La présente clause va toutefois bien au-delà. Une justification par des raisons d'équité légitimes pour prévenir des violations de la LCD n'entre donc pas en ligne de compte en raison du non-respect du principe de proportionnalité.

12.7 Conclusion

A l'issue de l'examen de la procédure de recours, il convient de constater que l'utilisation des clauses A et B par HCI dans les contrats conclus avec les éditeurs de logiciels constitue un comportement anticoncurrentiel sous la forme abusive d'une restriction des ventes conformément à l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 265a al. 2 c. 1 LCart.

13. Couplage de prestations au sens de l'art. 7 al. 2. f LCart

13.1 Situation de fait

13.1.1 Conformément aux contrats conclus et au catalogue de prestations pour l'année, Documed ou HCI proposait aux 2013 titulaires d'autorisation de mise sur le marché, avec le module de base D1, la publication des informations professionnelles et des informations sur les patients dans le Compendium (sur www.compendium.ch, dans l'app correspondante ainsi que dans le livre électronique) et, avec le module de base E1, l'intégration des informations sur les médicaments dans les produits INDEX (ainsi que Clinical Decision Support pour les produits RX). Ces deux prestations ne pouvaient être obtenues qu'avec les prestations de base des modules D1+E1, qui comprenaient notamment des travaux rédactionnels et techniques d'assurance qualité et de mise à jour (ainsi que la gestion des commandes via [compendiumPORTAL2](#)).

13.1.2 Selon le catalogue de prestations, le téléchargement sur AIPS n'était pas compris dans les modules. Toutefois, Documed ou HCI a également publié les textes des clients dans AIPS conformément aux exigences de Swissmedic, sur mandat du client, conformément au chiffre de la 2^e Convention relative à la publication d'informations dans le Compendium Suisse des Médicaments® et dans les produits INDEX". Aucune rémunération supplémentaire n'a été facturée aux titulaires d'autorisation à cet effet.

13.1.3 Dans la décision attaquée, l'instance précédente est arrivée à la conclusion que Galenica, par le biais de HCI, avait violé par ce Modulbundling l'état de fait de la condition liée à la conclusion de contrats au sens de l'art. 7 al. 1

en relation avec l'art. al. 2, let. f, LCart.

13.2 Principes de base

13.2.1 Il y a vente liée au sens de l'art. 7 al. 2 let. f LCart lorsque la conclusion de contrats est subordonnée à la condition qu'un partenaire commercial accepte ou fournisse des prestations supplémentaires sous forme de biens ou de services qui ne présentent aucun lien matériel avec la transaction de base (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.1 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 489 ; ZÄCH, *op. cit.* n° 700 ; WEBER/VOLZ, *op. cit.*, n° 2.752). Le fournisseur du bien lié fait dépendre sa livraison de l'achat d'une prestation supplémentaire. L'acheteur n'est pas libre dans le choix de la prestation supplémentaire, il n'a donc pas d'autre choix que d'acquérir également le bien couplé (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2).

13.2.2 Il existe différentes techniques de vente liée, telles que la vente groupée ("pure bundling"), la vente liée ("tying") et la vente incitative ("mixed bundling"), qui sont obtenues par une vente liée directe ou indirecte. Le bundling comprend la vente exclusivement commune du produit principal et du produit complémentaire. Les deux produits ne sont toujours proposés que dans un seul rapport de couplage. La vente liée comprend la vente exclusive du produit principal avec le produit complémentaire en raison d'une combinaison unilatérale du produit principal avec le produit complémentaire, raison pour laquelle le produit complémentaire reste disponible seul. Le commerce incitatif comprend les situations dans lesquelles l'achat indépendant du produit principal et du produit complémentaire reste théoriquement possible en raison d'une simple combinaison facultative, mais où la demande simultanée est manifestement préférable en raison d'incitations économiques spécifiques - comme la fixation de prix globaux ou l'octroi de rabais et d'autres avantages en cas d'achat du produit principal et du produit complémentaire - si l'on considère les choses de manière réaliste (arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 1266 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 250 avec d'autres références ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N ss683 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 497 ; WEBER/VOLZ, *op. cit.* n° 2.763). En ce qui concerne le motif de couplage, une distinction est faite entre le couplage contractuel

et le couplage de fait (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1267).

B-2597/2017

13.2.3 Les ventes liées sont pertinentes au regard du droit des cartels lorsqu'il en résulte une restriction de la concurrence. C'est notamment le cas lorsque l'entreprise dominante profite de sa position pour inciter ses fournisseurs ou ses clients à livrer ou à acheter un bien qu'ils ne peuvent pas vendre ou acheter aux conditions commerciales imposées par l'entreprise dominante, ou pour transférer son pouvoir de marché sur le marché du bien couplé, sur lequel elle n'est pas encore dominante (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 502 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 279 s.).

13.2.4 Dans de tels cas, la vente du produit complémentaire ne repose pas sur ses propres facteurs de performance, mais est liée à la vente du produit principal visée par les demandeurs ou les fournisseurs respectifs. La distorsion de concurrence peut donc consister à

- (i) un désavantage pour l'autre partie au marché de l'entreprise dominante par la suppression de sa liberté d'action en raison de la nécessité d'acheter ou de fournir un produit qui n'aurait pas été acheté ou fourni du tout ou en tout cas pas selon les modalités en question ; et/ou
- (ii) (ii) une entrave à la concurrence par l'éviction de concurrents en les privant de demandeurs ou de fournisseurs sur le marché du produit en cause.

Un couplage peut soutenir ou renforcer la position de l'entreprise dominante sur le marché du produit principal ou sur le marché du produit complémentaire, voire sur les deux marchés (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1265 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 249 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 263 s. ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 491 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n. 2.753).

13.2.5 Les éléments constitutifs du couplage illicite de prestations au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec la let. fst. al. 2 let. f LCart est considéré comme rempli lorsque les caractéristiques suivantes sont cumulativement présentes (arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.1 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 1268 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 253) :

- (i) position dominante d'une entreprise sur le marché du produit principal ;

- (ii) l'existence de produits distincts, c'est-à-dire que le bien liant et le bien couplé sont des biens distincts ;
- (iii) combinaison ou association du produit principal et du produit complémentaire par l'entreprise dominante ;
- (iv) effet restrictif sur la concurrence ;
- (v) l'absence de justification.

Dans l'arrêt B-831/2011 dans l'affaire *SIX*, l'existence de "participants au marché en tant que parties au contrat" est mentionnée comme caractéristique supplémentaire (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1268).

13.3 Position dominante sur le marché

13.3.1 Pour qu'il y ait vente liée, il faut que l'entreprise exécutante occupe une position dominante sur le marché du produit principal. Une position particulière sur le marché du produit complémentaire n'est pas nécessaire (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1294 ; B-3618/2013, *Hallensta-dion*, consid. 254 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 719 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 504 ; WEBER/VOLZ, loc. cit.)

13.3.2 En l'espèce, l'ancien groupe Galenica occupait, par le biais de HCI, une position dominante sur le marché de l'enregistrement et de la réception d'informations sur les médicaments dans des fichiers électroniques en Suisse (voir ci-dessus E.). 9.3).

13.4 Partenaire contractuel

13.4.1 Sont considérés comme partenaires contractuels les acteurs du marché qui concluent ou veulent conclure avec l'entreprise dominante un accord juridiquement contraignant portant sur l'acceptation ou la fourniture du produit principal ou d'un produit complémentaire (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1303). En raison de la formulation expresse "accepter ou fournir", les parties au contrat sont concernées aussi bien du côté de la demande que de l'offre (Message LCart, FF 1995 I 468, 576 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 271 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 490 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.752). Un couplage peut donc avoir lieu aussi bien vis-à-vis des fournisseurs que des clients (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1304).

13.4.2 En l'occurrence, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché constituent les partenaires contractuels potentiels de HCI pour l'enregistrement et la réception des données électroniques relatives aux informations sur les médicaments.

13.5 Présence de produits séparés

13.5.1 Une vente liée n'est interdite que si elle combine deux biens distincts. On parle de biens distincts lorsque la prestation supplémentaire n'a aucun lien matériel avec la prestation principale (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2). Le produit supplémentaire doit constituer un produit distinct du produit principal, qui est négocié ou du moins pourrait être négocié sur un marché propre et qui, du point de vue de la partie adverse au marché, le produit principal et le produit supplémentaire sont (seraient) effectivement demandés ou proposés indépendamment l'un de l'autre (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1312 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*,

E. 255 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 721 ss ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II N 276 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N s494. ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.758).

13.5.2 L'élément déterminant pour l'appréciation dans le cas d'espèce est régulièrement une approche orientée vers le marché (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1313 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 255 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 725 ; WEBER/VOLZ, op. cit., no 2.758), pour laquelle il convient de procéder à une délimitation individuelle-typique. Dans la mesure où l'appréciation repose en grande partie sur des prévisions, une appréciation fondée sur les effets peut exceptionnellement être appropriée (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1313 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 255 ; cf. décision 2007/53/CE de la Commission du 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE, Comp/C-3/37.792 *Micro- soft Corp.* JO L 200432/23 points et946 968 ; arrêt du Tribunal de première instance du

17 septembre 2007, T-201/04 *Microsoft/Commission*, Rec. 2007 II-03601, point 1089). Pour cette appréciation, il ne faut se fonder ni sur des constellations de faits particulières d'une utilisation des produits, ni sur des représentations subjectives et individuelles de certains demandeurs, de l'entreprise dominante ou des concurrents, mais uniquement sur le point de vue objectif du client moyen par rapport à l'utilisation habituelle des produits respectifs (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1313 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 255). La terminologie ou l'histoire des

biens en question sont également des critères inappropriés (AM-STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. N 7729).

13.5.3 La question de savoir si les produits sont considérés comme des produits distincts dépend de la demande des consommateurs. Il y a deux produits distincts lorsque, sans la vente liée ou groupée, un grand nombre de clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acheter également le produit lié auprès du même fournisseur, de sorte que chacun des deux produits peut être fabriqué indépendamment de l'autre. La preuve directe de l'existence de deux produits distincts peut être le fait que les consommateurs, lorsqu'ils ont le choix, achètent le produit de tête et le produit lié auprès de sources différentes. La présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la fabrication ou la vente du produit lié (sans le produit liant) peut constituer une preuve indirecte. La preuve de l'existence de deux biens distincts peut également être établie sur la base du comportement de fournisseurs qui ne sont pas en position dominante et qui opèrent dans des conditions de concurrence effective : S'ils ont tendance à ne pas combiner les deux biens, on peut partir du principe que leur offre correspondrait le mieux à la demande des clients et qu'il y a donc deux biens distincts (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. N 7728 ; ch. 51 de la communication sur les priorités).

13.5.4 L'instance inférieure a considéré que, contrairement à ce qui se passait auparavant, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché étaient uniquement tenus de publier les informations sur les médicaments sur l'AIPS. Il n'existe cependant pas d'obligation légale d'insertion dans le Compendium. En vue de la publication obligatoire sur l'AIPS, Swissmedic procède à une assurance qualité rédactionnelle et technique dans le cadre de la demande d'autorisation. Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché procèdent au préalable à une assurance qualité qui est approuvée par Swissmedic lors de la procédure d'autorisation. Cette procédure permet de garantir la qualité des informations sur les médicaments et de remplir ainsi le devoir de diligence qui incombe aux titulaires d'une autorisation. Il n'est pas nécessaire de procéder à un nouveau contrôle de qualité rédactionnel en aval. Le contrôle de qualité préalable peut être effectué par les titulaires de l'autorisation eux-mêmes ou par des tiers, ce qui prouve l'existence de prestations distinctes. Il en va de même pour le processus de téléchargement sur l'AIPS. Les titulaires d'une autorisation n'ont pas l'obligation d'engager un prestataire privé, mais l'externalisation est possible. Selon les réponses des titulaires d'autorisation au questionnaire du Secrétariat en 2013, au moins huit entreprises auraient proposé le service de contrôle de la qualité et de téléchargement. HCI aurait également eu la possibilité de proposer séparément un contrôle de qualité pour la publication sur AIPS et le téléchargement sur AIPS.

13.5.5 Le téléchargement sur AIPS doit être effectué comme une étape de travail supplémentaire, indépendante de la structuration et du codage ou de l'intégration des données dans les produits INDEX.

13.5.6 L'instance précédente a en outre considéré que certains travaux effectués dans le cadre de l'enregistrement des données dans la banque de données d'un affineur de données, comme par exemple la structuration et le codage des données, étaient si étroitement liés à cette dernière qu'il n'était pas possible de séparer les prestations de service. En revanche, le contrôle de qualité rédactionnel et technique doit être effectué en tant qu'étape de travail supplémentaire. La structuration et le codage ne permettent pas d'assurer simultanément la qualité avec le même effort ou un effort supplémentaire négligeable. De plus, ce service du HCI n'apporte une plus-value que s'il est effectué avant la publication sur l'AIPS, mais il est lié à l'inscription dans le Compendium ou dans les bases de données INDEX par la conception des modules.

13.5.7 Lors de l'enregistrement des données dans la base de données du HCI, différents travaux sont effectués et parfois mélangés. D'une part, les données sont structurées et codées. Ces travaux sont - comme l'a constaté l'instance inférieure - si étroitement liés à l'enregistrement des données dans la banque de données qu'il n'est pas possible de séparer les prestations. Il en va de même pour les travaux d'assurance qualité, qui sont obligatoirement et directement liés à la structure et au codage des bases de données de HCI. Il n'existe pas non plus de services distincts à cet égard. Les recourantes indiquent en outre qu'elles vérifient l'actualité des données sur AIPS pour leur produit. Il s'agit également d'une étape logique liée à l'enregistrement des données dans la base de données, qui n'est pas séparable.

13.5.8 En outre, le HCI procède à un contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments, c'est-à-dire des informations destinées aux professionnels et aux patients, qui sont vérifiées par Swissmedic dans le cadre d'une procédure d'examen. En outre, le contrôle de qualité du HCI ne se limite pas à ces informations sur les médicaments, qui doivent également être téléchargées sur l'AIPS, mais concerne également d'autres informations et données. En ce qui concerne le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments, c'est-à-dire des informations destinées aux professionnels et aux patients, il convient d'admettre avec l'instance précédente qu'aucun contrôle de qualité supplémentaire en aval n'est nécessaire pour ces données déjà contrôlées par Swissmedic dans le

cadre de la demande d'autorisation. Le contrôle de qualité de ces informations constitue une

La prestation de service est une prestation séparée qui est (ou peut être) demandée ou proposée indépendamment de l'enregistrement et de la réception des données électroniques concernant les informations sur les médicaments ou, in concreto, de l'enregistrement dans les produits INDEX et le Compendium. Cela résulte d'une part du fait qu'il existe une obligation réglementaire pour le premier, mais pas pour le second. D'autre part, cela résulte du fait que, selon les réponses des titulaires d'autorisation au questionnaire du Secrétariat, la première a été proposée 2013 par au moins huit entreprises ou réalisée par les titulaires d'autorisation eux-mêmes au cours de l'année.

13.5.9 Le téléchargement sur AIPS constitue également une étape de travail supplémentaire, indépendante de la structuration et du codage ou de l'intégration des données dans les produits INDEX. Les plaignantes reconnaissent explicitement que cette étape de travail n'est pas obligatoirement liée aux prestations de la plateforme de bases de données sur le marché de l'accès aux données affiniées.

13.5.10 Les plaignantes reprochent à l'instance inférieure de ne pas avoir délimité le marché et d'avoir renoncé à une analyse axée sur le marché pour savoir si les services couplés sont demandés sur différents marchés.

13.5.11 Dans sa décision, l'instance précédente s'est penchée sur le marché du contrôle de la qualité, respectivement sur la délimitation du marché, et a énuméré différents aspects à ce sujet (cf. ci-dessus consid. 13.5.4 f.). Sur cette base, elle est arrivée à la conclusion que le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments en vue de leur publication ainsi que le téléchargement de ces informations sur l'AIPS, d'une part, et l'affinage des informations sur les médicaments (y compris un éventuel [nouveau] contrôle de qualité lié à l'élaboration du produit spécifique), d'autre part, ne relèvent pas du même marché et constituent des marchés distincts.

13.5.12 Le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments en vue de la publication et du téléchargement de ces informations sur l'AIPS est une obligation réglementaire. Cet ensemble de services est négocié sur le "marché des services de conseil et d'assistance dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché" (qui est le même en termes de produits). Ce marché n'est pas limité dans le temps. Les services négociés sur le marché

ne présentent toutefois un intérêt pour les demandeurs que tant que la procédure d'autorisation respective de Swissmedic n'est pas terminée.

13.5.13 Dans le secteur pharmaceutique, il n'est pas rare que les titulaires d'une autorisation se fassent conseiller et assister par un prestataire de services externe pendant la procédure d'autorisation. Dans certains cas, le déroulement de l'autorisation est même entièrement externalisé. En Suisse, plusieurs entreprises se sont spécialisées dans ce domaine (cf. prises de position des titulaires d'autorisation concernant la demande de renseignements, en particulier l'instance précédente, act. 173, 196, 279 ss, 320 et 389). On peut partir du principe que le paquet de prestations "contrôle de la qualité des informations sur les médicaments avec téléchargement gratuit optionnel sur l'AIPS" peut sans autre être proposé séparément sur le marché par HCI et des tiers. De même, on peut partir du principe que les titulaires d'autorisation demanderaient effectivement ce paquet de prestations et qu'ils seraient disposés à payer pour cela. Ceci d'autant plus que la procédure d'autorisation dépend en fin de compte aussi de la qualité des informations sur les médicaments. Si les titulaires d'une autorisation soumettent dès le départ leurs informations sur les médicaments à l'approbation dans une qualité élevée, la procédure d'autorisation sera beaucoup plus rapide. La demande ou la disposition à payer des titulaires d'autorisation pour le paquet de prestations "Contrôle de la qualité des informations sur les médicaments avec téléchargement gratuit optionnel sur AIPS" diminue toutefois vers zéro dès que la procédure d'autorisation est terminée et que les informations sur les médicaments sont téléchargées sur AIPS.

13.5.14 Il est par ailleurs sans importance que des tiers proposent ou prennent en charge uniquement ces prestations ou (en partie) simultanément d'autres prestations sur le "marché des prestations de conseil et de soutien pendant la procédure d'autorisation de Swissmedic". Dans cette mesure, on ne peut rien déduire en leur faveur de l'argument des recourantes selon lequel la plupart des titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui ont externalisé le contrôle de la qualité et la charge de travail sur l'AIPS ont transféré l'ensemble du domaine réglementaire à des tiers.

13.5.15 Les plaignantes font en outre valoir que leur assurance qualité porte sur les informations à traiter dans le contexte de la structuration et de la codification des données et qu'elle intervient en vue de l'intégration des données dans leurs banques de données. Elle constitue donc un "corollaire" nécessaire de leur prestation. Les travaux sont très

étroitement liés. Dans sa requête de novembre 16. 2018, la

les recourantes expliquent en outre que seul un faible pourcentage des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché renonce au contrôle de la qualité pour les informations professionnelles depuis qu'elles le proposent en option suite à la décision de l'instance inférieure. Lors du traitement ultérieur des données dans l'INDEX, HCI doit néanmoins procéder à un contrôle de qualité qui porte sur presque tous les chapitres pertinents, que HCI doit également contrôler dans le cadre de la vérification mandatée de l'information professionnelle.

13.5.16 Pour déterminer s'il s'agit de deux biens distincts, il convient de se fonder uniquement sur le point de vue objectif du client moyen, les conceptions subjectives et individuelles de l'entreprise dominante n'étant pas déterminantes. En conséquence, le fait que la plaignante 2 organise ses processus de manière à ce que les travaux soient étroitement liés et mélangés n'est pas pertinent pour l'appréciation. Le seul élément déterminant est le fait que le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments avec un téléchargement optique sur l'AIPS peut, d'un point de vue objectif, être demandé séparément par un client moyen. Le fait invoqué que, malgré la nouvelle option, la majorité des titulaires d'autorisation de mise sur le marché ne renonceraient pas au contrôle de qualité des HCI, représente une évolution ultérieure dans d'autres circonstances de fait. Or, il n'est guère possible d'en tirer des conclusions pertinentes pour des périodes antérieures, surtout dans le cas de marchés complexes et dans le contexte de la concurrence en matière d'innovation.

13.5.17 Les recourantes font en outre valoir que le contrôle de qualité de HCI n'est en aucun cas remplacé par la vérification d'une version linguistique (mais pas des traductions) par Swissmedic. Le HCI découvre régulièrement des erreurs aussi bien dans les informations sur les médicaments contrôlés par Swissmedic que - et c'est plus fréquent - dans les traductions non contrôlés par Swissmedic. Les données étant si sensibles, la moindre erreur peut avoir des conséquences catastrophiques. Par conséquent, l'assurance qualité de Swissmedic ne remplace pas le contrôle qualité du HCI.

13.5.18 L'instance inférieure constate à juste titre que l'on ne peut dénier aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché le savoir-faire et les compétences nécessaires pour leurs propres produits, ni à Swissmedic pour la version des informations sur les médicaments qu'elle a examinée. A cela s'ajoute le fait que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ont eux-mêmes un grand intérêt à ce que les

informations sur les médicaments soient exemptes d'erreurs. Ainsi, l'exactitude et l'actualité des informations sur les médicaments, y compris l'exactitude des données, relèvent de la responsabilité de Swissmedic.

Sur l'AIPS, seuls les titulaires d'autorisation sont responsables de la traduction des textes (cf. www.swissmedinfo.ch/Accept.aspx?ReturnUrl=%2f [rappelé le 18.08.2020]). En ce qui concerne les deux versions linguistiques traduites, qui ne sont pas contrôlées par Swissmedic, la sécurité des patients pourrait également être garantie en exigeant que le HCI soumette ces deux versions à un contrôle de qualité externe avant de les intégrer dans sa banque de données. En tout état de cause, un contrôle de qualité des deux versions linguistiques traduites des informations sur les médicaments ne doit pas nécessairement avoir lieu en même temps que la prestation de service consistant à enregistrer et à recevoir dans des fichiers électroniques des informations sur les médicaments ou, in concreto, en même temps que l'enregistrement dans les produits INDEX et le Compendium.

13.5.19 Les plaignants se plaignent ensuite que les fournisseurs de prestations n'ont pas été interrogés. Une banque de données sans contrôle de qualité ne répond pas à leur demande. Nous reviendrons sur cet argument lors de l'examen des justifications objectives (voir E.). 13.8.14). L'argument est sans importance lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe des produits distincts. Comme indiqué précédemment, il convient d'examiner si, du point de vue de l'autre partie au marché, le produit principal et le produit complémentaire sont (ou seraient) demandés ou proposés indépendamment l'un de l'autre. Dans le présent contexte, ce ne sont pas les fournisseurs de prestations, mais les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché qui constituent l'autre partie du marché.

13.5.20 Enfin, les plaignantes font valoir qu'elles disposaient, avec le module D3, d'une offre qui aurait couvert d'autres services, ~~notamment~~ l'assurance qualité en vue de la publication, mais que cette offre n'a pas été demandée. Les plaignantes en déduisent qu'il n'existe pas de marché pour l'assurance qualité en vue de la publication. L'instance inférieure part en revanche du principe que le module D3, dans le domaine pertinent en l'espèce de l'assurance qualité, ne va pas au-delà du module de base qui offre déjà l'assurance qualité rédactionnelle de manière groupée à l'admission dans la banque de données. L'absence de demande invoquée par les plaignantes est donc justifiée par le couplage lui-même. La vente liée élimine la demande distincte pour le bien couplé, puisqu'elle est déjà satisfaite par la demande pour le bien couplé. Les recourantes rétorquent qu'en 2013, environ [...] des titulaires d'autorisation n'ont pas conclu de contrats avec HCI et que, malgré cela, ils n'ont pas demandé le

module D3, raison pour laquelle les conclusions de l'instance inférieure ne sont pas pertinentes.

13.5.21 La courte phase de 2013, durant laquelle certains titulaires d'autorisation n'ont temporairement pas conclu de contrat avec HCI, ne permet toutefois pas de tirer des conclusions pertinentes. L'autorité de recours estime également que le manque de demande du module D3, en ce qui concerne le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments, est dû au couplage lui-même. En tout état de cause, le manque de demande du module D3 ne permet pas de conclure à l'absence de produits distincts.

13.5.22 En ce qui concerne l'étape de travail du téléchargement sur l'AIPS, les plaignantes font valoir qu'il n'existe pas de marché séparé, car le service est si marginal. Le temps nécessaire au téléchargement d'une information destinée aux professionnels et aux patients est de quelques secondes, voire de quelques minutes au maximum. Une offre séparée ne rencontrerait pas de demande.

13.5.23 Cet argument est toutefois sans importance, car le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments et le téléchargement (optionnel) sur l'AIPS doivent être considérés comme un ensemble de prestations commun (voir ci-dessus, consid. f13.5.12). Mais même si le contrôle de la qualité et le téléchargement sur l'AIPS étaient considérés comme deux prestations de services distinctes négociées sur le "marché des prestations de conseil et de soutien pendant la procédure d'autorisation de Swissmedic", cet argument n'est pas convaincant. En effet, d'une part, le fait que HCI propose entre-temps le téléchargement sur AIPS en tant que prestation individuelle payante constitue déjà un indice d'une demande possible et donc une preuve d'un marché séparé. D'autre part, le simple fait qu'un service ne prenne que quelques minutes ne permet pas de conclure qu'il ne peut pas y avoir de marché séparé pour ce service. Dans notre société et notre économie où le travail est fortement divisé, il existe dans de nombreux domaines une demande ou un marché séparé pour des services qui ne prennent en soi que très peu de temps.

13.5.24 En résumé, le contrôle de la qualité ne peut pas être considéré comme une prestation séparée pour certains travaux partiels. Cela vaut pour les travaux de contrôle de la qualité qui sont obligatoirement et directement liés à la structure des banques de données du HCI et pour le contrôle de l'actualité des informations. Le service de contrôle de la qualité des informations sur les médicaments à télécharger sur l'AIPS, suivi du téléchargement (optionnel) sur l'AIPS, c'est-à-dire des informations professionnelles et des informations sur les patients dans les

trois versions linguistiques, représente

B-2597/2017

L'enregistrement et la réception dans des fichiers électroniques d'informations sur les médicaments, ou in concreto l'enregistrement dans les produits INDEX et le Compendium, constituent toutefois une prestation de service indépendante et séparée.

13.6 Lien entre le produit principal et le produit complémentaire

13.6.1 Il y a couplage ou combinaison du produit principal et du produit complémentaire lorsque ceux-ci sont offerts par l'entreprise dominante de telle manière qu'il existe pour l'autre partie au marché une nécessité d'acheter ensemble le produit principal et le produit complémentaire (arrêts 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2 ; B-831/2011, *SIX*, consid. 1328 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 256 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 732 ; CLERC/KËLLEZI, CR-Concurrence, art. 7 II N 274 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.761). L'acquéreur n'est pas libre dans le choix de la prestation supplémentaire (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. 6.2.2).

13.6.2 En général, la vente liée directe de deux biens peut se faire de différentes manières : Il y a vente liée contractuelle lorsqu'une entreprise en position dominante oblige de jure ses partenaires commerciaux à acheter les deux biens. En revanche, il y a couplage technique lorsque les biens ne peuvent être achetés que ~~ensemble~~ conjointement en raison de leur conception physique. Enfin, un couplage peut également avoir lieu par le biais d'incitations économiques, si les deux biens sont certes disponibles séparément, mais que l'achat séparé d'un seul des biens n'est pas judicieux sur le plan économique (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 737). En d'autres termes, il y a couplage économique lorsque la demande simultanée du produit principal et du produit complémentaire, en raison d'incitations économiques spécifiques telles que l'aménagement de prix globaux ou l'octroi de rabais et d'autres avantages, est manifestement préférable pour les partenaires commerciaux en cas d'achat ou de livraison conjointe du produit principal et du produit complémentaire (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1330).

13.6.3 La nécessité d'acheter ou de fournir différents produits distincts se fait toujours sentir lorsque, en raison des circonstances contractuelles ou factuelles concrètes du cas d'espèce, le partenaire commercial potentiel de l'entreprise dominante est contraint d'acheter ou de fournir au moins deux produits. De quelle manière et par quels moyens

que cet effet de contrainte soit provoqué par l'entreprise dominante n'a pas d'importance. En effet, il n'existe pas de *numerus clausus* de variantes constitutives d'un lien (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1331).

13.6.4 Pour qu'il y ait combinaison, il n'est pas nécessaire que l'entreprise dominante exerce une contrainte sur l'autre partie au marché. Dans le cas d'une combinaison contractuelle, il suffit que l'autre partie au marché ne puisse pas décider librement du choix du produit complémentaire. Une telle possibilité de choix n'existe déjà pas lorsque l'autre partie au marché peut partir du principe, en raison de la conception de l'offre par l'entreprise dominante, que l'absence d'achat du produit complémentaire conduira à l'échec de la transaction principale (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1335 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 260).

13.6.5 La convention d'une rémunération spécifique pour le produit complémentaire ou l'obligation d'utiliser le produit complémentaire ne constituent pas des conditions préalables à une combinaison du produit principal et du produit complémentaire (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1339 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 262). De même, l'existence d'un malentendu entre une éventuelle contrepartie pour le produit supplémentaire dans le cas d'une transaction combinée ou la contrepartie pour le produit principal et le produit supplémentaire dans le cas d'une transaction groupée ne constitue pas une condition préalable (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1338 ; B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 262 ; *AMSTUTZ/CARRON*, BSK-KG, art. 7 N 741 ; *CLERC/KËLLEZI*, CR-Concurrence, art. 7 II N 270).

13.6.6 L'instance précédente a considéré que HCI liait contractuellement l'obtention du contrôle de qualité à l'inscription dans le Compendium et aux données INDEX dans le module de base D1 + E1. En ce qui concerne le téléchargement des données sur l'AIPS, l'instance inférieure a estimé qu'il n'était pas nécessaire de l'obtenir. Mais il a été proposé gratuitement avec le module de base D1+E1. Il n'est pas proposé séparément. Il s'agit donc d'un couplage contractuel.

13.6.7 Les considérations de l'instance inférieure concernant le contrôle de la qualité ne sont pas contestables. Il s'agit d'un pur regroupement, car les services n'étaient pas disponibles séparément.

13.6.8 Les plaignantes affirment toutefois que le module D3 constituait une offre séparée de services d'assurance qualité. Cet argument n'est toutefois pas convaincant. En effet, le contenu d'une vente liée consiste notamment dans le fait que la conclusion d'une affaire portant sur un produit (principal) déterminé ("bien copié") - en l'occurrence l'enregistrement et la réception dans des ~~des~~ bases électroniques d'informations sur les médicaments ou in concreto l'enregistrement dans les produits INDEX et le Compendium - est subordonnée à ~~des~~ concessions pour l'acceptation ou la livraison d'un autre produit (supplémentaire) ("bien couplé") - en l'occurrence le contrôle de qualité. Le fait que le produit supplémentaire soit également proposé séparément n'a pas d'importance. Ce qui est déterminant, c'est que le produit couplé ne soit disponible qu'en cas d'achat du produit couplé. De plus, il semble douteux que les contrôles de qualité effectués dans le module D3 soient exactement les mêmes que ceux effectués dans les modules de base D1 et E1.

13.6.9 Dans la mesure où les requérantes font en outre valoir que la validation des données est une caractéristique nécessairement présumée des données de HCI, il peut être renvoyé à E.13.5 Le contrôle de la qualité des informations sur les médicaments (avec téléchargement [optionnel] sur l'AIPS) et l'enregistrement des données dans les banques de données des plaignantes constituent deux services distincts.

13.6.10 En ce qui concerne le téléchargement sur l'AIPS, les recourantes reprochent à l'instance inférieure de confondre le bien couplé avec le bien liant. L'instance inférieure n'a pas procédé à une délimitation correspondante du marché et n'est pas parvenue à la conclusion que HCI occupe une position dominante sur le marché du téléchargement d'informations spécialisées et d'informations sur les patients. Tout au plus pourrait-on envisager une copie économique, dans la mesure où HCI inciterait à se procurer le service de téléchargement auprès de HCI. Mais ce service est tellement marginal qu'on ne peut pas raisonnablement considérer son achat optionnel sans rémunération séparée comme un couplage économique.

13.6.11 Le couplage découle d'une clause contractuelle, notamment du chiffre 2 de la "Convention relative à la publication d'informations dans le Compendium Suisse des Médicaments® et dans les produits INDEX", selon laquelle le téléchargement des données sur AIPS était proposé gratuitement en plus du module de base D1+E1.

13.6.12 Les titulaires de l'autorisation étaient toutefois libres de souscrire à cette offre supplémentaire gratuite de téléchargement vers le module de base D1+E1. Il n'y avait pas d'obligation de se ~~pour~~ le bien couplé en même temps que le bien couplant. En d'autres termes, HCI a proposé et vendu l'enregistrement et la réception de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments, même si le service de téléchargement sur l'AIPS n'a pas été utilisé. Il ne peut donc s'agir ni d'un regroupement ("pure bundling"), ni d'une association ("tying"). Seule une transaction d'incitation ("mixed bundling") peut entrer en ligne de compte. Dans le cas de la vente liée mixte, le fournisseur est en principe prêt - contrairement aux deux autres techniques de vente liée - à proposer les biens séparément, mais l'acheteur obtient un prix réduit s'il les achète ensemble. Dans le cas présent, seul le bien liant a été proposé séparément, alors que le bien lié n'a pas été proposé séparément. Mais le fait que le bien couplé ait été proposé gratuitement avec le bien liant constitue une incitation économique très forte à acheter également le bien couplé auprès de HCI. Dans la mesure où il existe manifestement un couplage économique des deux prestations comparable à une opération d'incitation ("mixed bundling"), il est possible de conclure que les deux prestations sont liées.

13.6.13 L'argument des plaignantes selon lequel il n'y a pas de couplage économique en raison de la marginalité du service doit être abordé lors de l'examen des justifications objectives.

13.6.14 Il existe donc un lien entre le produit principal et le produit complémentaire.

13.7 Effet de restriction de la concurrence

13.7.1 Le couplage des produits doit conduire à une constellation désavantageuse pour la concurrence sur le marché du produit principal ou sur le marché du produit complémentaire (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1376).

13.7.2 Dans la littérature, différentes opinions sont défendues concernant le caractère, le contenu, l'étendue et la preuve de cet effet préjudiciable. Selon un point de vue, la combinaison du produit principal et du produit complémentaire doit entraîner une atteinte à la concurrence (AM-STUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 746 ss.). Pour la déterminer, l'autorité de la concurrence doit procéder à une analyse complète pour déterminer dans quelle mesure il y a un effet d'éviction au détriment des concurrents ou un effet d'exploitation au détriment de la partie adverse du marché.

Selon un autre point de vue,

B-2597/2017

on admet qu'il doit y avoir une atteinte spécifique à la concurrence, au moins dans le cas d'une association de produits non complémentaires, pour qu'il y ait couplage (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 503 s. ; WEBER/VOLZ, loc. cit.) Selon un autre avis, un lien entre le produit principal et le produit complémentaire doit toujours être qualifié de contraire à la concurrence dans la mesure où il n'existe aucune justification pour un lien entre les produits séparés sur la base de motifs objectivement appropriés (BORER, op. cit, Art. 7 N. 27 ; CLERC/KËLLEZI, CR- Concurrence, Art. 7 II N 278 ; DAVID/JACOBS, op. cit., N. 746 ; pour les biens complémentaires, également STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 502 ; WEBER/VOLZ, op. cit., N. 2.765 et 2.767). Selon eux, il n'est pas nécessaire de procéder à des clarifications allant au-delà des aspects de la justification pour constater un effet préjudiciable.

13.7.3 La pratique décisionnelle actuelle de la Commission européenne ne prévoit pas d'analyse des effets réels. Une vente liée doit en soi être considérée comme ayant un effet d'exclusion sur le marché concerné (voir décision de la Commission *Microsoft*, JO 2004 L 32/23, point 841). La jurisprudence de l'UE n'inclut pas non plus d'analyse des effets réels dans son examen de la vente liée (voir l'arrêt du Tribunal de première instance *Microsoft/Commission*, Recueil II-2007 03601, point 868). En revanche, dans ses priorités en matière d'application, la Commission européenne reconnaît l'élément de fermeture probable ou effective du marché comme une caractéristique nécessaire d'une vente liée (communication sur les priorités ; pour plus de détails : arrêt 831/2011, *SIX*, consid. 1381 et 1383 s.). La communication sur les priorités est donc en contradiction avec la pratique décisionnelle de la Commission européenne, du moins dans la mesure où elle renverse le rapport règle/exception.

13.7.4 Le Tribunal administratif fédéral a estimé dans l'arrêt B-3618/2013 du

Dans son arrêt des 23 et 24 novembre 2016 dans l'affaire *Hallenstadion*, le Tribunal fédéral a constaté que l'appréciation d'une opération de couplage repose sur le fait qu'il existe un effet négatif pour l'autre partie au marché ou pour les concurrents de l'entreprise dominante et que, par conséquent, il doit y avoir, dans certains cas, exploitation ou entrave à la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 LCart. Si les conditions de la domination du marché et de la combinaison de produits séparés par l'entreprise dominante sont réunies, il faut en principe partir du principe qu'il y a un tel effet négatif, car la vente du produit supplémentaire n'est pas, dans de tels cas, une condition préalable à l'existence d'une

concurrency.

de la concurrence repose uniquement sur ses facteurs de performance originaux, mais est liée à l'achat du produit principal. Par conséquent, le caractère concurrentiel d'une combinaison de produits n'est généralement donné qu'en présence d'un motif justificatif suffisant. Exceptionnellement, il est possible qu'un effet négatif ne puisse pas être constaté pour une combinaison déterminée de produits séparés, raison pour laquelle il n'y a ni exploitation de la partie adverse ni entrave à la concurrence (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 264 avec référence à la DPC 2005/1 p. ch46. et à l'offre 59TopCard63, des *Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos et Flims-Laax-Falera*).

13.7.5 Dans l'arrêt B-831/2011 du 18 décembre 2018 dans l'affaire *SIX*, le Tribunal administratif fédéral a récemment réexaminé en détail la question de savoir si et dans quelle mesure il convient d'examiner les effets réels et de prendre nécessairement en compte certains seuils d'application qualitatifs, quantitatifs ou temporaires pour déterminer l'existence d'un effet préjudiciable dans les situations de couplage. Il a considéré que, outre le libellé de l'exemple de règle et l'historique des faits, qui ne contiennent aucune indication quant à l'application de critères correspondants, le sens et l'objectif de la disposition s'opposaient à la reconnaissance de certains seuils d'application quantitatifs, qualitatifs ou temporels et a exposé en détail différents aspects à cet égard. La reconnaissance d'une vente liée anticoncurrentielle au sens de l'article 7 LCart ne nécessite pas de seuils d'application ~~quantitatifs~~ qualitatifs ou temporaires particuliers. L'aspect de l'effet négatif constitue un élément non écrit au sens d'un critère d'exclusion pour les faits dans lesquels la survenance d'une distorsion de la concurrence peut être exclue d'emblée avec certitude, contrairement aux constellations habituelles, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant l'existence de justifications objectives. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé sa jurisprudence selon laquelle, en présence d'un lien entre des produits séparés par une entreprise dominante, il faut en principe partir du principe qu'il existe un effet négatif sur la concurrence, car la vente du produit supplémentaire ne repose pas dans de tels cas uniquement sur ses facteurs de performance originaux, mais est liée à l'achat du produit principal. C'est pourquoi le caractère concurrentiel d'une association de produits n'est généralement donné qu'en présence d'une justification suffisante sur la base d'une raison objectivement appropriée. ~~En~~ le Tribunal administratif fédéral a également confirmé que, dans des cas exceptionnels, il n'était pas possible d'établir un lien de concurrence.

Dans ce cas, il ne sera pas possible de constater un effet négatif pour un lien donné entre des produits séparés. S'il existe des indices en ce sens dans un cas particulier, les autorités de la concurrence doivent procéder à une clarification dans de tels cas (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1385-1402).

13.7.6 Dans l'arrêt 2C_113/2017 du 12 février 2020 l'affaire *Hallenstadion*, le Tribunal fédéral a estimé qu'une vente liée était pertinente au regard du droit des cartels lorsqu'il en résultait une restriction de la concurrence. C'est notamment le cas lorsque l'entreprise dominante profite de sa position pour inciter ses fournisseurs ou ses clients à livrer ou à acheter un bien qu'ils ne souhaitent pas vendre ou acheter aux conditions commerciales imposées par l'entreprise dominante. D'autre part, c'est le cas lorsque l'entreprise dominante abuse de sa position pour transférer son pouvoir de marché sur le marché du bien couplé, sur lequel elle n'est pas dominante jusqu'à présent. La vente liée litigieuse, qui fait l'objet de l'arrêt 2C_113/2017, entraîne ces deux effets concurrentiels défavorables. De même, la vente liée renforce la position dominante de l'entreprise dominante, ce qui conduit à une nouvelle détérioration structurelle (arrêt 2C_113/2017, *Hallenstadion*, consid. f6.2.3.).

13.7.7 L'instance inférieure a considéré que la stratégie de couplage ou de regroupement de HCI était durable. En ajoutant l'assurance qualité à ses prestations, HCI a pu évincer les concurrents qui n'offraient que l'assurance qualité ou détériorer leur position concurrentielle. De plus, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché auraient dû se procurer l'assurance qualité auprès de HCI, même s'ils ne l'avaient peut-être pas souhaité. Le téléchargement des informations sur les médicaments sur AIPS ne devait certes pas nécessairement être obtenu auprès de HCI. Mais comme il était proposé gratuitement, il y avait une forte incitation économique à effectuer le téléchargement via HCI afin de réduire les coûts. En conséquence, la vente liée évince les concurrents qui proposent le téléchargement sur l'AIPS.

13.7.8 L'instance inférieure a en outre considéré que le couplage avait également créé des barrières à l'entrée sur le marché, étant donné qu'un concurrent potentiel qui ne propose que le contrôle de la qualité et/ou le téléchargement vers l'AIPS doit également s'engager sur le marché en aval des données lisibles par machine pour pouvoir concurrencer efficacement HCI.

de la santé. Mais les titulaires d'autorisation seraient également désavantagés. En effet, s'ils effectuaient eux-mêmes le contrôle de qualité ou le confiaient à un tiers, cela ~~ad~~ aurait pour seul effet d'augmenter les coûts, car ils devraient à nouveau payer le HCl pour le même service.

13.7.9 Les requérantes estiment qu'il ressort de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3618/2013 du novembre 24.2016

dans le cas *du Hallenstadion*, on ne peut pas conclure en soi à une restriction de la concurrence à partir de l'inadmissibilité d'un couplage. L'existence d'une restriction de la concurrence doit être examinée séparément et prouvée de manière autonome. Les explications du Tribunal fédéral dans l'ATF 139 I 72 et de DAVID/JACOBS, selon lesquelles les effets négatifs - l'entrave à la concurrence - doivent être constatés, s'appliquent également aux affaires de couplage. Cela correspond également à la jurisprudence récente de l'UE.

13.7.10 Il n'y a aucune raison de s'écarter de la jurisprudence encore récente du Tribunal administratif fédéral dans les arrêts B-3618/2013 dans l'affaire *Hallenstadion* et B-831/2011 dans l'affaire *SIX*. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé explicitement sur cette jurisprudence dans l'arrêt 2C_113/2017 dans l'affaire *Hallenstadion*. En conséquence, lors de l'évaluation d'une vente liée, si les conditions de la domination du marché et de la combinaison de produits distincts par l'entreprise dominante sont réunies, il faut partir du principe qu'il existe un effet négatif résultant de la vente liée pour la partie adverse ou les concurrents, car la vente du produit supplémentaire ne repose pas, dans de tels cas, uniquement sur ses facteurs de performance originaux, mais est liée à la diminution du produit principal. Il est toutefois possible, à titre exceptionnel, qu'un effet négatif ne puisse être constaté pour une combinaison donnée de produits distincts, raison pour laquelle il n'y a ni exploitation de la partie adverse ni entrave à la concurrence.

13.7.11 Cela ne signifie certes pas que les effets d'exploitation et d'entrave de la vente liée peuvent être considérés comme acquis en soi et qu'il n'est plus nécessaire de procéder à des clarifications au cas par cas. Au contraire, dans cette situation initiale, un examen sommaire peut être considéré comme suffisant, pour autant qu'aucun indice ne permette de conclure à l'existence d'une constellation particulière de combinaison de produits séparés, pour laquelle aucun effet négatif ne peut être constaté.

13.7.12 Les considérants de l'instance précédente satisfont à ces exigences. Il faut partir du principe avec l'instance précédente que les titulaires de l'autorisation devaient se procurer le contrôle de qualité auprès de HCl, même s'ils ne le souhaitaient pas. Une fois le contrôle de qualité effectué dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché - que les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché aient procédé eux-mêmes à ce contrôle ou qu'ils l'aient confié à un tiers - les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché n'avaient généralement plus besoin d'un nouveau contrôle de qualité de la part de HCl. Les considérations de l'instance inférieure ne sont pas non plus critiquables dans la mesure où elle arrive à la conclusion que le regroupement avec l'assurance qualité permettait également d'évincer les concurrents qui proposaient l'assurance qualité ou de détériorer leur position concurrentielle. De même, l'instance inférieure a constaté à juste titre que le couplage avec le téléchargement sur AIPS évinçait les concurrents qui proposaient ou voulaient également proposer le téléchargement sur AIPS.

13.7.13 En ce qui concerne l'éviction des concurrents, les plaignantes affirment que la plupart des titulaires d'autorisation transfèrent à des tiers l'ensemble du domaine réglementaire et pas seulement la garantie de la qualité ou le téléchargement. On ne peut toutefois pas en déduire quelque chose en faveur des plaignantes. En effet, le regroupement supplémentaire avec l'assurance qualité (avec téléchargement sur AIPS) permet à HCl d'évincer les concurrents qui proposent également l'assurance qualité (avec téléchargement sur AIPS) - même s'ils offrent en général d'autres prestations, voire l'ensemble des prestations du domaine réglementaire - ou de détériorer leur position concurrentielle dans le domaine de l'offre (partielle) "assurance qualité (avec téléchargement optionnel sur AIPS)".

13.7.14 Les recourantes contestent en outre le raisonnement de l'instance inférieure selon lequel le couplage créerait des barrières à l'entrée sur le marché, car un concurrent potentiel qui ne proposerait que le contrôle de la qualité et/ou le téléchargement sur l'AIPS devrait également s'engager sur le marché en aval des données affinées lisibles par machine pour pouvoir concurrencer efficacement HCl. Certes, ils font remarquer à juste titre que des entreprises sont actives sur le marché suisse qui soutiennent les titulaires d'autorisation dans l'élaboration des dossiers d'autorisation et qui proposent également une assurance qualité. On ne peut toutefois pas en déduire que le couplage n'a pas créé de barrières à l'entrée sur le marché. Un concurrent potentiel n'est pas en

mesure de concurrencer efficacement HCI en raison du couplage,

s'il ne propose que l'assurance qualité avec téléchargement (optionnel) sur AIPS. Au contraire, un concurrent doit entrer sur le marché en aval des données affinées lisibles par machine ou sur le marché des services de conseil et d'assistance pendant la procédure d'autorisation, comme l'ont fait les entreprises mentionnées par les plaignantes.

13.7.15 De plus, le lien de subordination était permanent et a produit ses effets à un moment où les marchés auraient pu potentiellement se développer et s'ouvrir. Ces deux facteurs augmentent le risque d'une fermeture anticoncurrentielle du marché. Dans ces circonstances et sur la base des exigences susmentionnées relatives à l'examen de l'existence d'un effet restrictif de la concurrence, l'instance inférieure a conclu à juste titre à l'existence d'un tel effet, sans procéder à des enquêtes supplémentaires sur les effets au moyen de questionnaires et de sondages.

13.7.16 Par ailleurs, les arguments avancés par la plaignante dans son mémoire du 16 novembre 2018, selon lesquels elle aurait mis fin provisoirement aux pratiques considérées comme contraires au droit des cartels, ce qui n'aurait pas modifié les conditions de concurrence et montrerait que la pratique n'aurait pas eu d'importance pendant la période examinée, ne permettent pas de modifier cette conclusion.

13.7.17 En effet, d'une part, il n'est guère possible de tirer des conclusions pertinentes pour des périodes antérieures à partir de l'évolution ultérieure dans d'autres circonstances de fait - notamment dans le cas de marchés complexes et dans le contexte de la concurrence en matière d'innovation. D'autre part, la mesure dans laquelle les titulaires de l'autorisation ont été exploités et les concurrents effectivement entravés n'a pas d'importance pour la réalisation de l'état de fait de la vente liée. Comme indiqué plus haut, l'état de fait ne suppose pas le dépassement d'un seuil d'application quantitatif. De plus, l'art. 7 LCart - comme nous l'avons expliqué plus haut - ne prévoit ni la condition que des effets négatifs sur la concurrence se produisent effectivement, ni la condition que les effets concrets réels soient pris en compte dans le cadre d'une évaluation ex post. Ce qui est déterminant, c'est uniquement le potentiel du comportement économique d'une entreprise dominante à provoquer une nouvelle atteinte à la concurrence, laquelle est déjà affaiblie en raison de la position de l'entreprise dominante (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1406).

13.7.18 Dans la mesure où les autres arguments des recourantes concernent les gains d'efficacité invoqués, il convient d'y revenir 13.8 lors de l'examen des justifications objectives sous E.

13.8 Justifications objectives

13.8.1 Il est reconnu qu'une combinaison de différents produits peut non seulement avoir des effets négatifs sur la liberté de choix des partenaires contractuels de l'entreprise dominante, mais aussi déployer des effets souhaitables qui, dans le cadre d'une analyse globale du cas d'espèce, conduisent même à une appréciation positive de la combinaison en question. Il est donc nécessaire de distinguer les ventes liées partielles des ventes combinées avantageuses (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1415).

13.8.2 Une vente liée est autorisée si elle peut être justifiée par des raisons objectives. De tels motifs existent lorsque des raisons techniques ou économiques objectives et convaincantes ou certaines exigences de la garantie de la qualité parlent en faveur du regroupement de l'offre de prestations concernée. Les aspects de sécurité sont également cités comme motifs objectifs de justification (Message LCart, FF 1995 I 468, 576 ; DPC 2014/4 p. 670 ss. ch. 207, *Politique des prix et autres comportements de l'ATS* ; DPC 2005/1 p. ss46. Rz. *TopCard-54, Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera* ; BORER, loc. cit., art. 7 Rz. 27 ; WEBER/VOLZ, loc. cit., Rz. 2770 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 505 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 777).

13.8.3 Selon ZÄCH et AMSTUTZ/CARRON, des motifs objectifs de justification peuvent en outre être donnés lorsqu'il s'agit de la sécurité des consommateurs, de la santé publique, de la protection des utilisateurs ou du souci d'éviter une responsabilité du fait des produits (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 777 ; ZÄCH, op. cit., n. 708).

13.8.4 Par ailleurs, l'existence éventuelle d'un usage commercial peut plaider en faveur de la commercialisation commune des prestations concernées. Celui-ci ne devrait toutefois pas avoir été fondé par la seule personne dominante sur le marché (Message LCart, FF 1995 I 468, 576 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.772, STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-LCart, art. 7 N 506 ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-LCart, art. 7 N 777). Il semble problématique que ce critère se réfère au passé et que, dans certaines circonstances, il puisse faire obstacle à des mesures technologiques

judicieuses.

B-2597/2017

Les innovations et les nouvelles intégrations de produits sont entravées parce qu'elles se réfèrent à des événements antérieurs (WEBER/VOLZ, op. cit., n° 2.772). Une justification n'est pas non plus possible si l'abus de commerce conduit à une nouvelle restriction de la concurrence sur un marché dominé (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. N 7506).

13.8.5 De simples raisons pratiques, qui garantissent certes une meilleure praticabilité, ne suffisent pas (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 777 avec d'autres références).

13.8.6 En ce qui concerne la question de savoir si et dans quelle mesure des aspects économiques, notamment sous la forme d'une économie de coûts de production, de distribution et de transaction, doivent être reconnus comme motif de justification d'une vente liée, le Tribunal administratif fédéral a constaté dans l'arrêt B-3618/2013 du 24 novembre 2016 dans l'affaire *Hallenstadion* que cette question n'a pas encore été clarifiée de manière définitive. Dans son message, le Conseil fédéral ne fait référence qu'à des raisons "économiques impérieuses". Dans la décision de la COMCO du

7. Dans l'affaire 2008 de la *publication d'informations sur les médicaments* du 1er juillet, il n'est pas clair si la faible économie de coûts doit être considérée comme un motif justificatif ou si, compte tenu de la nécessité de procéder à certaines corrections lors de chaque publication, les travaux correspondants ont pris l'ampleur de travaux de correction indépendants. La doctrine reconnaît en partie le principe du motif justificatif du gain d'efficacité ; il en va de même en droit européen de la concurrence (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, cons. m 266.H. Message LCart, FF 1995 I 468, 576 ; DPC 2008/3 p. 385 ss, n. 203 s., *publication d'informations sur les médicaments* ; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, art. 7 N 778 ; WEBER/VOLZ, op. cit., n. 2.770 ; FUCHS/MÖSCHEL, op. cit., art. 102 n. 293 ; ch. de la communication 62prioritaire).

En outre, le Tribunal administratif fédéral a conclu dans l'arrêt B-3618/2013 du

Dans son arrêt des 23 et 24 novembre 2016 dans l'affaire *Hallenstadion*, la Cour a estimé que le simple fait qu'une entreprise dominante propose le produit complémentaire à un prix plus avantageux du point de vue de la partie adverse n'est en tout cas pas suffisant, car il peut également s'agir d'un subventionnement croisé dissimulé par l'entreprise dominante au détriment des concurrents sur le marché des produits complémentaires. Un tel subventionnement croisé du marché du produit principal, dominé par l'entreprise, vers le marché du produit complémentaire, non (encore)

dominé par l'entreprise, doit être exclu pour protéger les concurrents sur le marché du produit complémentaire (arrêt B-3618/2013, *Hallenstadion*, consid. 266

(voir le point 60 de la communication sur les priorités, selon lequel, dans le cas d'un couplage incitatif fondé sur le prix, les prix des deux produits doivent être supérieurs aux coûts supplémentaires moyens à long terme).

13.8.7 Dans l'arrêt 2C_985/2015 du 9 décembre 2019 dans l'affaire *ADSL II*, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si des motifs d'efficacité pouvaient être invoqués et pris en compte. Indépendamment de cela, il a estimé qu'une concurrence efficace ne devait pas être supprimée par un comportement éventuellement justifié (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 5.9).

13.8.8 Toute justification doit respecter le principe de la proportionnalité (AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 N 779 ; WEBER/VOLZ, op. cit. 7 II N 282 ; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N s510.). Un comportement n'est nécessaire que si le résultat visé ne peut pas être obtenu par un autre moyen moins hostile à la concurrence (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 5.9).

13.8.9 Les recourantes ont fait valoir devant l'instance inférieure que le Compendium et la banque de données INDEX contiennent des données extrêmement sensibles (sécurité des patients), dont HCI garantit l'exactitude à ses partenaires contractuels. Selon elle, il est donc indispensable que HCI s'assure elle-même de l'exactitude et de l'exhaustivité des informations professionnelles et des informations sur les patients à chaque fois qu'elle les intègre. Une assurance qualité rédactionnelle et technique correspondante fait partie des exigences fondamentales d'une fourniture de prestations soigneuse et responsable. C'est ainsi que s'explique le succès des données de HCI.

13.8.10 L'instance précédente a considéré que dans l'enquête sur la *publication d'informations sur les médicaments*, il avait certes été argumenté que les travaux de correction étaient négligeables par rapport aux coûts de processus standard et qu'une séparation de la prestation de service entraînerait probablement des coûts globaux plus élevés. En l'occurrence, les faits sont toutefois différents, car il ne s'agit pas de la publication prévue par la loi, mais de l'enregistrement dans une banque de données d'un éditeur de données, ce que les titulaires d'autorisation ne sont pas tenus de faire en vertu de dispositions légales ou réglementaires. Il n'est donc pas pertinent que l'assurance qualité rédactionnelle et technique ne représente qu'une partie négligeable des coûts. Une fois la publication effectuée, il existe

pas de demande de nouveau contrôle des informations sur les médicaments.

13.8.11 L'instance inférieure a ensuite examiné si le contrôle de qualité rédactionnel et technique entraînait des gains d'efficacité ou si les effets d'éviction l'emportaient. Elle a considéré que la structuration et le codage étaient logiquement et étroitement liés à l'enregistrement des données dans la banque de données, mais que le contrôle de qualité rédactionnel et technique n'était pas obligatoire. Les ~~infos~~ ~~infos~~ sur les médicaments pourraient être reprises de l'AIPS, placées dans la structure correspondante et codées sans autre contrôle. Pour le contrôle de qualité rédactionnel et technique, il faudrait réaliser une étape de travail supplémentaire qui existerait indépendamment de l'enregistrement dans la banque de données. Un contrôle de qualité supplémentaire n'est cependant pas dans l'intérêt des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, étant donné qu'ils ont potentiellement déjà acheté un tel service ou qu'ils ont eu eux-mêmes des dépenses correspondantes.

13.8.12 Les recourantes réitèrent dans la présente procédure les motifs justificatifs invoqués devant l'instance précédente et se plaignent que l'instance précédente ne les ait pas examinés sur le fond. Selon elles, la validation des informations sur les médicaments constitue un facteur de succès central pour l'offre de HCI. Grâce à la vérification, HCI serait en mesure de corriger régulièrement les erreurs dans les données fournies par les titulaires d'autorisation. Elle évite ainsi des erreurs de médication lourdes de conséquences et contribue à la sécurité des patients. Les raisons invoquées sont reconnues comme étant des motifs légitimes de refus (legitimate bussiness reasons).

13.8.13 Une fois la publication effectuée, il n'est pas nécessaire de contrôler à nouveau les informations sur les médicaments. Cela vaut également au regard des motifs justificatifs invoqués pour la sécurité des patients ou la protection des consommateurs et la santé publique. Ces intérêts sont déjà pris en compte par le contrôle de qualité prévu par la loi avant la publication des informations sur les médicaments. Par conséquent, un nouveau contrôle de qualité lié à l'enregistrement dans les banques de données du HCI ne peut pas être justifié par des raisons de sécurité des patients. Le contrôle de qualité en vue de la publication ne doit pas nécessairement être effectué avec celui d'un affineur de données en vue de son propre produit. Si des erreurs pouvant entraîner des erreurs de médication lourdes de conséquences devaient encore être trouvées ultérieurement dans de nombreuses informations sur les

médicaments, il serait bien plus indiqué de renforcer le contrôle de qualité en vue de la publication des informations sur les médicaments.

améliorer. En effet, des erreurs dans les informations destinées aux professionnels et aux patients sur AIPS et dans les notices d'emballage peuvent également entraîner de telles erreurs de médication.

13.8.14 Par ailleurs, les requérantes font certes valoir que le Compendium et la banque de données INDEX contiennent des données extrêmement sensibles, dont le HCI garantit l'exactitude à ses partenaires contractuels. Une banque de données sans assurance qualité ne satisferait pas la demande des fournisseurs de prestations. Les requérantes ne démontrent toutefois pas qu'elles assument une responsabilité envers leurs partenaires contractuels lorsque leur banque de données contient des erreurs dues à des informations erronées sur les médicaments figurant sur l'AIPS ou à des erreurs dans les informations sur les médicaments transmises par les titulaires d'autorisation. Au contraire, des dispositions contractuelles contraires figurent dans les actes, comme par exemple dans le contrat relatif à la collaboration et à la distribution avec D. _____ du ou de la 16. 26. février (2007 cf. instance précédente, act. et 616 annexe à l'act. 1120) :

"8. Responsabilité et assurance qualité

e-mediat met à disposition les banques de données et les services web qu'elle a créés avec la plus grande qualité possible. Dans ce contexte, la responsabilité d'e-mediat n'est engagée que dans le cadre de ses conditions générales de vente ou des dispositions de licence avec les utilisateurs finaux des produits de banques de données. Toute autre prétention est exclue dans la mesure où la loi le permet, tant à l'égard de [...] que de ses clients. Ces dispositions relatives à la responsabilité font partie intégrante des conditions de licence entre e-mediat et ses preneurs de licence et s'appliquent également par analogie à [...]. [...] s'engage à faire explicitement référence à ces conditions dans ses contrats clients, respectivement à les imposer à ses clients.

[...]"

Dans les conditions générales (cf. instance précédente, act. 616, S. ff26., 28), on trouve ensuite les dispositions suivantes dans le chiffre :

" 8.Garantie

8.1 e-mediat s'engage à fournir ses prestations avec le plus grand soin, mais n'assume aucune responsabilité quant aux résultats, sauf convention contraire expresse dans le contrat. Elle ne garantit pas que l'utilisation de ses prestations soit possible sans erreur et sans interruption. [...]

8.2 [...]

8.3 Dans la mesure où les prestations d'e-mediat ont pour objet des informations du client ou de tiers, e-mediat n'assume aucune garantie quant au contenu de ces informations et n'est pas tenue de les vérifier. La responsabilité du contenu de telles informations incombe exclusivement au client et aux tiers concernés".

Un autre exemple peut être donné par un contrat de licence du 8 ou 9 septembre 2011 concernant l'utilisation de données pour les grossistes (logINDEX) (cf. instance précédente, act. 590, p. 6 ss). Le chiffre 14 de ce contrat stipule que les erreurs et les lacunes techniques et/ou de contenu des données livrées doivent être signalées le plus rapidement possible à e-mediat par le grossiste et qu'elles seront ensuite corrigées par e-mediat ou éliminées lors de la prochaine mise à jour. Toute autre garantie ou droit de garantie a été exclu. De même, le chiffre 15 exclut tous les droits (à l'exception de ceux mentionnés au chiffre 14) "dans la mesure où des dispositions légales impératives ne s'opposent pas à une telle exclusion de responsabilité". Une disposition similaire se trouve par exemple dans un contrat de licence sur la distribution de prestations de service à des clients finaux pour des maisons de logiciels du 8 septembre (9.2011cf. instance précédente, act. p608,. ss4.). Selon le chiffre du contrat de licence, la maison de logiciels est tenue de "conclure en son propre nom, avec chaque client final auquel elle transmet un paquet de services, un accord sur l'utilisation conformément à l'annexe au 2 présent contrat". Dans cette "annexe conditions2 d'utilisation" se trouve ensuite la disposition contractuelle similaire suivante :

3. [...] Les erreurs de contenu et les lacunes des données doivent être signalées par l'utilisateur au donneur de licence dans les meilleurs délais et seront corrigées lors de la prochaine mise à jour des services de données [...]. D'autres garanties et droits de garantie n'existent pas et sont exclus par la présente. [...]

On trouve donc dans les dossiers de nombreux contrats avec des éditeurs de logiciels qui contiennent des dispositions contractuelles excluant explicitement de telles prétentions en responsabilité et en garantie.

13.8.15 Enfin, les recourantes font valoir que l'instance inférieure a elle-même expliqué dans la décision attaquée que le fait que HCI ait le droit de vérifier à nouveau l'exactitude des informations sur les médicaments indépendamment du procès préliminaire constitue une décision légitime de politique commerciale. De l'avis des recourantes, il ne peut être question d'autre chose que d'une raison commerciale légitime. Cela ne s'applique toutefois pas

à l'égard de l'entreprise. L'instance inférieure a ainsi explicitement retenu que cette "décision légitime de politique commerciale" ne constituait pas un motif justificatif.

13.8.16 Les arguments des plaignantes en rapport avec la sécurité des patients ne sont donc pas pertinents.

13.8.17 Selon les considérations de l'instance inférieure, il est concevable que l'upload sur l'AIPS soit lié à de faibles coûts. Néanmoins, les effets d'éviction l'emporteraient. La pression économique pour l'inscription dans les données INDEX serait utilisée pour évincer les fournisseurs concurrents du service de téléchargement des informations sur les médicaments sur AIPS.

13.8.18 Les plaignantes sont d'avis que l'upload, en tant que prestation supplémentaire gratuite, est justifié par des raisons d'efficacité. Cette prestation n'est fournie qu'avec un effort supplémentaire marginal. La pratique serait comparable à l'ancienne pratique de travail de correction évaluée dans la décision de l'instance précédente de juillet 2007 dans l'affaire de la *publication d'informations sur les médicaments* (DPC 2008/3, p. 385 ss), qui avait été jugée justifiée par des raisons d'efficacité. Enfin, l'instance inférieure constate elle-même qu'il est possible que le téléchargement soit lié à de faibles coûts et ne justifie pas pourquoi les effets d'éviction devraient prévaloir en l'espèce.

13.8.19 Dans l'enquête *Publication d'informations sur les médicaments*, la COMCO a argumenté que les travaux de correction étaient négligeables par rapport aux coûts de processus standard et qu'une séparation des services entraînerait probablement des coûts globaux plus élevés. Une argumentation similaire serait éventuellement envisageable dans le cas présent en ce qui concerne le téléchargement sur AIPS. Comme l'a déjà constaté l'instance précédente, les faits sont toutefois différents dans la mesure où la prestation groupée (enregistrement dans la banque de données du HCI) n'est pas une publication prévue par la loi ou la réglementation. En outre, une justification pour des raisons d'efficacité n'est pas reconnue dans le cas du simple fait qu'une entreprise dominante sur le marché propose le produit supplémentaire à un prix plus avantageux du point de vue de la partie adverse. En effet, dans de tels cas, il peut également y avoir un subventionnement croisé caché par l'entreprise dominante au détriment des concurrents sur le marché des produits complémentaires, ce qui doit être exclu pour protéger les concurrents sur le marché du produit complémentaire (cf. ci-dessus E. 13.8.6).

13.8.20 La justification invoquée pour des raisons d'efficacité en ce qui concerne le téléchargement sur l'AIPS n'est donc pas pertinente. L'argument des coûts marginaux supplémentaires et du couplage admissible 2008 dans le domaine réglementé n'est pas non plus pertinent en ce qui concerne le contrôle de la qualité, comme l'a constaté à juste titre l'instance précédente et comme ne l'ont pas contesté les recourants dans la procédure de recours.

13.8.21 Aucun autre motif justificatif n'a été invoqué et n'apparaît.

13.9 Conclusion

Le résultat de l'examen de la procédure de recours est que le couplage de l'assurance qualité et du téléchargement sur l'AIPS avec l'enregistrement dans le compendium et les données INDEX constitue un comportement anticoncurrentiel sous la forme d'un abus de couplage selon l'art. 7 al. en1 relation avec l'art. al. let2. f LCart.

14. Mesures

14.1 L'instance précédente a considéré qu'en présence d'une restriction illicite à la concurrence, il était possible d'ordonner des mesures visant à l'éliminer en imposant aux parties concernées l'obligation, assortie d'une sanction, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Elle a donc ordonné, à titre de mesure, qu'il soit interdit à Galenica et à HCI d'utiliser et d'imposer, dans leurs contrats avec les éditeurs de logiciels, des clauses contractuelles prévoyant une obligation d'achat exclusif par les éditeurs de logiciels de partenaires supplémentaires et de données de base de produits auprès de HCI, ou une interdiction pour les éditeurs de logiciels d'utiliser autrement les structures des logiciels basés sur la banque de données du Groupe Galenica (chiffre de la décision 2attaquée). En outre, l'instance précédente a ordonné, à titre de mesure, que Galenica et HCI soient tenues d'offrir aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché le service d'enregistrement des informations sur les médicaments dans les indices et d'autres services de manière dégroupée. Galenica et HCI ont été obligées de proposer le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS à des prix basés sur les coûts (chiffre de la décision 3attaquée).

14.2 Les requérantes demandent l'annulation des chiffres 2 et de la3 décision attaquée, ceci toutefois au motif que

les comportements en question ne sont pas des comportements illicites au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 2, let. e et f, de la LCart. En outre, elles font valoir que, suite aux restructurations, la plaignante 1 n'est plus la société mère de la plaignante La2. plaignante 1 n'est plus active dans la distribution et la vente de médicaments en Suisse, mais elle a une orientation internationale et fabrique en particulier des préparations à base de fer. Il n'est donc pas judicieux de lui imposer des règles de conduite qui n'ont aucun lien avec elle.

14.3 Si la COMCO est convaincue qu'il existe dans un cas concret une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 5 ou 7 LCart et qu'elle veut ordonner des mesures, elle constate d'abord qu'une entreprise a participé à une telle restriction ou qu'elle l'a causée. Pour éliminer cette restriction, la COMCO peut ordonner des mesures en imposant aux parties concernées l'obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose (IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, art. 30 N 24 ; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, art. 30 N 58 et 59). La notion de mesures est une notion juridique indéterminée qui doit être concrétisée au cas par cas par l'application du droit matériel des cartels (STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, p2002, 359). Il n'existe pas de *numerus clausus* des mesures possibles (BILGER, op. cit., p. 359 ; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, art. N 3025). Les mesures appropriées dépendent de la nature et de l'intensité de la restriction de concurrence constatée comme illicite. Les mesures doivent être appropriées et nécessaires pour éliminer les restrictions à la concurrence constatées (BILGER, op. cit., p. 359 ; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, art. 30 N 25 ; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, art. 30 N 59).

14.4 Les mesures ordonnées par la COMCO concernant un certain acte ou une certaine omission sont assorties de sanctions au sens des articles 50 et 54 LCart (IZUMI/KRIMMER, DIKE-LCart, art. N 3025 ; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-LCart, art. N 3058). Matériellement, de telles dispositions prises par les autorités sont des décisions d'aménagement (BILGER, op. cit., p. 360 ; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, art. N30 59 et 59b).

14.5 Les comportements évalués en l'espèce constituent des comportements illicites au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 2 let. e LCart. al. 2, let. e et f, LCart. La demande d'annulation des chiffres et 2 de la décision de l'instance précédente

en raison de l'absence de pratiques illicites doit donc être rejetée. Les mesures prévues aux chiffres 2 et 3 de la décision attaquée semblent être formulées de manière suffisamment précise et être appropriées et nécessaires pour éliminer les restrictions illicites à la concurrence. Les requérantes font certes valoir dans la procédure de recours qu'elles ont entre-temps adapté leur comportement et éliminé les restrictions à la concurrence. Les mesures ordonnées selon les chiffres 2 et 3 doivent néanmoins être maintenues en ce qui concerne d'éventuels ~~changements~~ de comportement futurs.

14.6 Suite aux restructurations, la plaignante 1 n'est plus la société mère de la plaignante 2. La plaignante n'a donc plus de possibilités de contrôle et d'influence sur la plaignante 2. La plaignante 1 n'est plus non plus active dans le domaine de la distribution et de la vente de médicaments. Etant donné que les mesures des chiffres 2 et 3 du dispositif de l'instance précédente sont des mesures assorties de sanctions au sens des art. 50 et 54 LCart, mais que la recourante 1 n'est pas active dans le domaine en question et n'a pas de possibilités de contrôle et d'influence sur la recourante 2, il semble indiqué de n'imposer ces mesures orientées vers l'avenir qu'à la recourante 2, même si les deux recourantes ont été qualifiées de destinataires de la décision de sanction (cf. ci-dessus consid. 3, en particulier E. f3.18.).

15. Sanction

L'art. 49a al. LCart prévoit qu'une entreprise qui participe à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart ou qui se comporte de manière illicite au sens de l'art. 49a LCart est sanctionnée. L'art. 17 LCart, est passible d'une sanction. In casu, il y a abus de pouvoir de marché en limitant les ventes.

au sens de l'art. 7 al.1 en relation avec l'art. Art. 7 al. 1 et 2. e LCart et par couplage

au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. Art. 7 al. 2 let. f LCart.

L'instance précédente a prononcé une amende de 4'546'123 francs à l'encontre des plaignantes.

15.1 Reprochabilité

15.1.1 Une sanction selon l'art. 49a al. LCart¹ présuppose une faute au sens de l'imputabilité. Celle-ci constitue l'élément subjectif de l'art. 49a al. 1 LCart (arrêts 2C.484/2010, *Pub- ligroupe*, cons. [considérant 12.2.2 non publié dans ATF I 13972]) ;

B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.1 ; B-506/2010, *Gaba*, E. 14.3.5 ; B-581/2012, *Nikon*, consid. 8.2 ; B-7633/2009, *ADSL II*, ch. marg. et654 s.).

15.1.2 L'entreprise doit au moins pouvoir être accusée d'une violation objective de son devoir de diligence au sens d'une faute d'organisation (arrêts 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 8.5.2 ; 2C_484/2010, *Publigroupe*, consid. 12.2.2 [considérant non publié dans ATF 139 I 72] ; WEBER/VOLZ, op. cit., n. 3.220 ; KRAUSKOPF, DIKE-KG, art. 49a al. 1-2 N 26). Lors de la clarification d'un défaut d'organisation, on examine ce que l'entreprise aurait dû savoir ou quels actes elle aurait dû empêcher si elle avait été correctement organisée. S'il manque les connaissances nécessaires ou si l'entreprise n'en disposait pas, mais qu'elles auraient été disponibles si elle avait été organisée ~~correctement~~, il y a un défaut d'organisation (NIGGLI/RIEDO, BSK-KG, avant l'art. 49a-53 N 132). Si une entreprise ou ses organes doivent être conscients, en raison des circonstances, qu'un comportement est délicat et qu'il risque d'être sanctionné, et qu'ils ne renoncent pas pour autant à leur comportement, il y a régulièrement un tel défaut (KRAUSKOPF, DIKE-KG, art. 49a al. 1-2 N 26).

15.1.3 L'instance précédente a considéré qu'il fallait reprocher à l'ancien Groupe Galenica plus qu'un simple manque d'organisation, qu'il y avait eu une violation au moins éventuellement intentionnelle du droit des cartels. L'ancien Groupe Galaxis avait une connaissance effective de la loi sur les cartels, puisqu'il avait déjà été impliqué à plusieurs reprises dans des procédures de droit des cartels. Au moment de la définition de la stratégie de mise en œuvre de la modification des conditions-cadres réglementaires, l'enquête préalable concernant la distribution de médicaments en Suisse était déjà en cours. En décembre 2011, avant l'introduction du ~~catge~~ de prestations 2013, une demande de renseignements a été adressée à e-mediat dans le cadre de cette enquête préliminaire. Enfin, une clause de sortie pour les éditeurs de logiciels a été introduite précédemment concernant la distribution de la banque de données, au cas où la COMCO interviendrait.

15.1.4 L'instance précédente a également considéré que l'ancien Groupe Galenica devait être conscient de sa position dominante sur les deux marchés délimités. Le marché sur lequel il a constaté, par décision de juillet 2008, que Documed occupait une position dominante est voisin du marché à apprécier en l'espèce. En outre, l'ancien groupe Galenica savait que Galdat était depuis longtemps le seul produit sur le marché en question et, lors de la soumission de l'offre, 2012 il était parti d'une

couverture de marché de

B-2597/2017

de plus de 90 %. En conséquence, l'ancien Groupe Galenica aurait dû être conscient, lors de la définition de sa stratégie, d'éventuels comportements illicites au regard du droit des cartels et aurait au moins accepté de tels comportements. Même après l'ouverture de l'enquête, l'ancien Groupe Galenica n'a pas mis fin à son comportement, bien que l'ouverture de l'enquête lui ait rappelé une éventuelle problématique du droit des cartels. Il a donc, pendant toute cette période, au moins accepté que les différents comportements soient contraires au droit des cartels.

15.1.5 Les requérantes contestent qu'elles aient commis une faute dans l'infraction au droit des cartels. Elles font valoir que, dans le cadre de la procédure antérieure en matière de droit des cartels contre Documed et du reproche de couplage, la réalisation de l'infraction n'était pas prévisible. En effet, dans la décision de l'instance inférieure de juillet, 7.2008 l'assurance-qualité et la publication n'ont justement pas été qualifiées de couplage. La raison pour laquelle il devrait en être autrement en l'espèce et pourquoi HCI aurait dû s'en apercevoir n'est pas claire et ne peut pas leur être reprochée. En outre, le reproche de couplage illicite de prestations n'existait pas encore dans la lettre du secrétariat de décembre 2012, laquelle l'ouverture de l'enquête leur avait été communiquée. Ils ont également demandé conseil au secrétariat, ce qui leur a été refusé. Ils ne comprennent pas pourquoi un conseil au sens de l'article 23 LCart n'aurait pas été ouvert, d'autant plus que les contrats envoyés au secrétariat concernaient l'aménagement des relations contractuelles futures et donc des comportements futurs. Il est également contesté qu'un examen des contrats par le secrétariat n'aurait pas été possible en raison de leur complexité et de leur brièveté. En effet, les contrats ont été annoncés au secrétariat en juin et remis le 11 septembre 2012. Enfin, il est contradictoire de dire que l'examen des contrats de trop complexe tout en admettant un manque évident de diligence objective.

15.1.6 Les requérantes font en outre valoir que la référence à la poursuite du comportement après les enquêtes préalables ou l'ouverture de l'enquête ne suffit pas à établir le caractère répréhensible. En effet, ni les enquêtes préalables ni l'ouverture de l'enquête ne peuvent être assimilées à l'interdiction du comportement économique en question. Une violation éventuelle du droit des cartels par dol éventuel

La négligence ou la faute d'organisation ne sont donc pas prouvées. En effet, l'instance inférieure ne motive pas en quoi les recourantes auraient violé un devoir objectif de diligence ou une faute d'organisation. L'existence des éléments objectifs d'une infraction au droit de la concurrence ne permet pas de conclure sans autre à l'existence des éléments subjectifs des collaborateurs de l'entreprise et, partant, à une faute d'organisation.

15.1.7 Dans sa réponse, l'instance inférieure a maintenu, en se référant aux considérants de la décision attaquée, la qualification des comportements comme étant au moins éventuellement intentionnels. En outre, tous les éléments d'une infraction par négligence au droit des cartels ont été démontrés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un manque objectif de diligence ou une faute d'organisation suffisent à établir l'existence d'une faute au sens de l'imputabilité. Si une infraction au droit des cartels est prouvée, il y a en règle générale également un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation. Ce n'est que dans de rares cas qu'il n'y a pas de reproche, par exemple lorsque l'infraction au droit des cartels commise par un collaborateur n'occupant pas un poste d'organe n'était pas connue au sein de l'entreprise et n'aurait pas pu être connue même si l'organisation avait été conçue de manière adéquate. Dans le cas présent, la conception du modèle commercial et des contrats est une décision stratégique prise par la direction. Il y a donc dans tous les cas une faute d'organisation.

15.1.8 Enfin, en ce qui concerne l'argument des recourantes selon lequel elles auraient demandé conseil au secrétariat, respectivement qu'elles auraient remis les contrats révisés, l'instance inférieure constate qu'il n'y a pas de place pour un conseil au sens de l'art. 23 al. 2 LCart pendant une procédure d'enquête relevant du droit des cartels. Les contrats n'auraient pas été déposés en vue d'une procédure d'opposition au sens de l'art. 49a, al. 3, let. b, LCart et n'auraient pas non plus été soumis à un conseil au sens de l'art. 23, al. 2, LCart préalablement à la décision stratégique. Enfin, une évaluation des contrats par le secrétariat avant leur mise en œuvre n'aurait de toute façon pas été possible en raison de la complexité de la matière et de la brièveté du délai.

15.1.9 Les violations du devoir de diligence au sein d'une entreprise sont sans autre objectivement imputables à cette dernière en tant que sujet déterminant du droit des cartels.

dans la mesure où la filiale et la société mère forment une entité économique au sens de l'art. 2 al. de la LCart^{1bis}. Il convient de distinguer l'imputabilité subjective. Pour l'évaluation de l'imputabilité subjective et donc de l'imputabilité au sens strict, il faut appliquer un critère de diligence objectif. Ainsi, l'existence d'un manque de diligence objectif au sens d'une faute d'organisation de la part de l'entreprise est en principe suffisante pour l'imputabilité subjective. Il convient de noter que les membres des organes de direction des sociétés sont tenus, en vertu des dispositions du droit des sociétés, de garantir une activité commerciale conforme à la diligence requise pour l'ensemble des activités de l'entreprise, ce qui inclut un comportement conforme à la loi. Dans le cadre du droit des cartels, les obligations de diligence découlent en premier lieu de la loi sur les cartels, dont les prescriptions doivent être respectées par les entreprises. Le fait qu'il existe un comportement anticoncurrentiel avéré permet en règle générale de conclure à une violation du devoir de diligence objectif, car les entreprises doivent être informées des règles de la loi sur les cartels, de la pratique qui s'y rapporte et des publications pertinentes (ATF II 143 *Gaba* 297,, consid. 9.6.2 ; arrêts 2C_985/2015, *ADSL II*, E. 8.5.2 ; 2C.484/2010, *Publigroupe*, E. 12.2.2 [considérant non publié dans ATF 139 I 72] ; B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.2.2 ; B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2.4 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 ss, 677, 695 s. ; message LCart, FF I 1995468, 620).

15.1.10 Dans la mesure où une faute d'organisation est prouvée dans un cas particulier, les autorités de la concurrence ou les tribunaux n'ont pas besoin de clarifier la question de la réalisation de la faute en raison d'un autre comportement actif ou passif. De même, il n'est pas nécessaire de clarifier la question de la commission intentionnelle du comportement anticoncurrentiel, dans la mesure où les circonstances d'une commission par négligence sont établies (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 676).

15.1.11 En l'espèce, il n'est ni allégué ni évident que les actes anticoncurrentiels ont été ~~comis~~ par d'autres personnes que les collaborateurs de HCI, qui étaient habilités à prendre de telles mesures dans le cadre de leurs activités commerciales.

15.1.12 On peut en outre supposer que l'ancien Groupe Galenica connaissait la loi sur les cartels. Le site

L'instance précédente a correctement démontré que l'ancien Groupe Galenica était déjà impliqué dans des procédures relevant du droit des cartels. L'ancien Groupe Galenica aurait donc dû être particulièrement sensibilisé à la problématique du droit des cartels. En outre, les responsables connaissaient sans conteste l'arrêt du Tribunal administratif fédéral ATF 2011/60 et la modification qui en résulte pour la publication des informations sur les médicaments. Ils savaient également que cela entraînerait des changements sur les marchés environnants et en aval.

15.1.13 La plaignante 2 ayant elle-même estimé, lors de la soumission de 2012, que sa couverture du marché était supérieure à 90% et l'instance inférieure ayant constaté en 2008, par décision de juillet 2008, que Documed occupait une position dominante sur le marché de la publication d'informations professionnelles imprimées et en ligne dans un ouvrage complet ainsi que sur le marché de la publication d'informations destinées aux patients en ligne dans un ouvrage complet, l'ancien Groupe Galenica aurait dû être conscient qu'il serait éventuellement considéré comme dominant sur les marchés déterminants en l'espèce.

15.1.14 Dans ces circonstances, l'ex-Groupe Galenica aurait également dû être conscient du fait que les couplages de prestations et les clauses contractuelles présentant les caractéristiques d'obligations d'achat exclusif pouvaient poser problème au regard du droit des cartels. Dans l'ensemble, l'ancien Groupe Galenica aurait dû être conscient, au vu des circonstances mentionnées, que son comportement était délicat et risquait d'être sanctionné. Néanmoins, il a mis en œuvre les comportements, de sorte qu'il existe au moins un manque de diligence objectif, c'est-à-dire une faute d'organisation.

15.1.15 Les arguments des plaignantes ne peuvent rien changer à cette conclusion. En effet, d'une part, il aurait dû être évident pour les responsables que les faits de l'espèce se distinguent de ceux de l'enquête sur la *publication d'informations sur les médicaments*. Dans le cas présent, il ne s'agit pas, comme à l'époque, de la publication prévue par la loi, mais de l'enregistrement des données dans une banque de données d'un affineur de données, ce que les titulaires d'autorisation ne sont pas tenus de faire en vertu de dispositions légales ou réglementaires. En outre, pour qu'il y ait faute d'organisation ou comportement négligent, il n'est pas nécessaire que le reproche de couplage de prestations existât déjà au moment de l'ouverture de l'enquête et qu'il ait été communiqué.

n'a pas été prise en compte. De même, le fait que la plaignante 2 ait demandé conseil au secrétariat ne peut pas non plus renverser l'existence d'un acte de négligence.

15.1.16 On peut donc laisser ouverte la question de savoir si les responsables de l'ancien Groupe Galenica ont même accepté le comportement anticoncurrentiel. Les documents à disposition du Tribunal administratif fédéral ne contiennent pas de preuves suffisantes pour documenter l'éventuel dol. Pour des raisons d'économie de procédure, il ne semble ni indiqué ni prometteur de rechercher de telles preuves plusieurs années plus tard. Comme les recourantes le font valoir à juste titre, un dol éventuel ne peut en outre pas être déduit du seul fait que les recourantes ont poursuivi leur comportement même après l'ouverture de la procédure en matière de cartels. En effet, au vu de la pratique d'examen et de décision des autorités de la concurrence, l'ouverture d'une procédure en matière de cartels ne peut pas être assimilée à une interdiction du comportement économique concerné (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 690).

15.1.17 En faveur de l'ancien groupe Galenica, il faut donc partir du principe qu'il n'y a pas eu de comportement intentionnel, mais seulement une négligence (cf. déjà l'arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 690 s. ; cf. également TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, art. 49a N s10.).

15.2 Calcul de la sanction

15.2.1 Généralités

15.2.1.1 Si les conditions de l'art. 49a al. 1 LCart sont ~~remplies~~ remplies, l'entreprise doit être sanctionnée d'un montant allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Le bénéfice présumé que l'entreprise a réalisé grâce à ce comportement doit être pris en compte de manière appropriée. Dans le cadre du calcul concret de la sanction, le montant à prononcer dans le cas d'espèce est déterminé dans le cadre abstrait de la sanction - fixé à l'art. 49a al. 1 LCart - sur la base des critères contenus dans les art. 2 ss. de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions LCart (OSSC, RS 251.5) (ATF II 144 *BMW*194,, consid. 6.2 ; II143 *Gaba*297,, consid. 9.7.1 ; arrêts

2C_985/2015, *ADSL II*, cons. 9.1 ; 2C.484/2010, *Publigroupe*, cons. [12.3.1 non considérant publié dans ATF I 13972]).

15.2.2 Lors du calcul de la sanction, les instances de la concurrence disposent d'une marge d'appréciation considérable en ce qui concerne la détermination concrète des différentes composantes de la sanction du montant de base, de la durée ainsi que des motifs d'augmentation et d'atténuation (ATF II 143 *Gaba* 297,, consid. 9.7.2 ; I 139 *Publigroupe* 72,, consid. 7.4.5.4 ; arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 709 ; BO- RER, op. cit, art. 49a, n. 17 ; KRAUSKOPF, DIKE-KG, art. 49 al. 1-2 N 61 ; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, art. 49a n° 17 ; WEBER/VOLZ, o p . cit. n° 3.231). Cette marge d'appréciation est limitée par le principe de proportionnalité et le principe d'égalité (ATF 143 II 297, *Gaba*, consid. 9.7.2 ; 139 I 72, *Publigroupe*, consid. 7.4.5.4 ; arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 709 ; BORER, op. cit, art. 49a n. 15 ; KRAUSKOPF, DIKE-KG, art. 49 al. 1-2 n. 61 ; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, art. 49a n. 28 15,ss ; WEBER/VOLZ, op. cit. n. 3.231). Ainsi, l'art. 2 al. 2 LCR prévoit également expressément que le principe de proportionnalité doit être pris en compte lors de la fixation de la sanction.

15.2.3 Montant de base

15.2.3.1 Le point de départ du calcul concret de la sanction est le montant de base. Selon l'art. 3 LCR, le montant de base s'élève, selon le type et la gravité de l'infraction, jusqu'à 10% du chiffre d'affaires que l'entreprise concernée a réalisé sur le marché concerné en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce chiffre d'affaires constitue donc la base et le point de départ pour la détermination de la sanction.

15.2.3.2 La base pour la détermination du chiffre d'affaires déterminant est en général constituée par les comptes annuels respectifs de l'entreprise, desquels les données correspondantes doivent être extraites ou déduites (arrêts 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.2.2.1 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 721).

15.2.3.3 Les trois derniers exercices sont déterminants pour le calcul du montant de base. Le législateur a fixé cette période à trois exercices afin d'éviter que des entreprises ne réduisent leur chiffre d'affaires à court terme au moyen de mesures appropriées pour bénéficier d'une sanction moins élevée (Message concernant la modification de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001 [FF 2001 20372022,]). L'instance précédente s'est basée sur le chiffre d'affaires des années jusqu'à 2013/2015. Cela n'est

pas contestable et peut donc être confirmé.

B-2597/2017

15.2.3.4 L'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 3 LCR ne prévoient pas de règle particulière pour la détermination des marchés pertinents lors du calcul d'une sanction. Lors de la détermination du marché pertinent pour le calcul de la sanction d'un abus de marché, les marchés pertinents sont ceux sur lesquels l'entreprise dominante exerce son influence par son comportement anticoncurrentiel. En principe, le marché pertinent pour la sanction correspond au marché de produits et au marché géographique en cause. Pour le calcul de la sanction, il est donc possible de se baser sur la délimitation du marché de produits et du marché géographique en cause. Il n'est pas nécessaire de déterminer à nouveau le marché pertinent pour le calcul de la sanction (arrêts B-631/2011, *SIX*, consid. f1568. ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 723).

15.2.3.5 Si, dans un cas particulier, l'entreprise dominante a en outre un impact sur d'autres marchés par son comportement anticoncurrentiel, ceux-ci doivent également être pris en compte dans le calcul de la sanction (arrêts B-631/2011, *SIX*, consid. 1570 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 723). Le marché déterminant pour le calcul de la sanction n'est donc pas seulement celui sur lequel l'entreprise occupe une position dominante. La notion de "marchés pertinents" vise au contraire à englober tous les marchés sur lesquels un effet négatif du comportement anticoncurrentiel peut être constaté. Il peut s'agir aussi bien du marché sur lequel l'entreprise détient sa position dominante que des marchés secondaires, en amont ou en aval, ou des marchés tertiaires qui sont impliqués dans le comportement économique concret. Cela vaut en particulier pour les formes d'abus de l'art. 7 LCart qui s'étendent déjà à plusieurs marchés en raison de leur structure de fait (arrêt B-631/2011, *SIX*, consid. et 15701573).

15.2.3.6 L'instance précédente a considéré que Documed et e-mediat avaient réalisé leur chiffre d'affaires sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès aux informations affinées et lisibles par machine sur les médicaments. On peut donc se baser sur les chiffres d'affaires cumulés de Documed et d'e-mediat. Le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base est donc de [...] francs et la limite supérieure du montant de base s'élève à [...] francs.

15.2.3.7 Les plaignantes soulèvent plusieurs objections à l'encontre de cette détermination du chiffre d'affaires déterminant pour la ~~base~~ du montant de base. Les requérantes estiment que, pour le calcul du montant de base, il convient de se fonder sur les deux marchés pertinents identifiés, à savoir le marché de l'accès aux enregistrements électroniques concernant les informations sur les médicaments et le marché des données affinées lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments. Elles font ainsi valoir que les pratiques de limitation des ventes et de vente liée, qualifiées d'illicites, ne concernent chacune qu'un des deux marchés en cause. Par conséquent, le calcul du chiffre d'affaires sur les marchés en cause ne peut pas se fonder sur le chiffre d'affaires cumulé de Documed et d'e-mediat. Il conviendrait plutôt, dans un premier temps, de procéder à un calcul ventilé du chiffre d'affaires pour les deux marchés re- pertinents et ce n'est que dans un deuxième temps que les chiffres d'affaires calculés des marchés pertinents pourraient être cumulés pour obtenir le montant de base.

15.2.3.8 Contrairement aux allégations des recourantes, il n'y a pas lieu de critiquer le fait que, malgré deux marchés concernés, un ~~calcul~~ uniforme de la sanction soit effectué sans ventiler les chiffres d'affaires sur les différents marchés. En effet, comme le constate à juste titre l'instance précédente, une ventilation, si elle est possible, ne l'est qu'au prix d'un surcroît de travail considérable - sans que le résultat ne soit modifié. Dans l'arrêt B-3332/2012 du mois de novembre 13. ~~de~~ 2015 affaire *BMW*, le Tribunal administratif fédéral a déjà procédé à un ~~calcul~~ uniforme de la sanction pour plusieurs marchés concernés, sans répartir les chiffres d'affaires entre les différents marchés.

15.2.3.9 Les recourantes font en outre valoir que le calcul de l'autorité inférieure est également erroné dans la mesure où il se fonde sur l'ensemble des ~~postes~~ nets des comptes de résultats de Documed et d'e-mediat pour les années 2013 à 2015. Documed et e-mediat auraient également réalisé des chiffres d'affaires sur d'autres marchés non pertinents, qui devraient être déduits. Pour le calcul du montant de base, il convient de se baser uniquement sur les deux marchés pertinents déterminés. Les ~~recourantes~~ ont joint à leur recours un "aperçu des chiffres d'affaires corrigés" et ont expliqué les différents postes dans leur réplique.

15.2.3.10 L'instance inférieure qualifie les chiffres d'affaires "ajustés" fournis par les recourantes de non transparents, non étayés et sans logique comptable. Les recourantes présenteraient sans

de l'affaire, la Commission a estimé qu'il n'était pas justifié de présenter des chiffres différents comme "~~des~~ chiffres d'affaires corrigés". En outre, l'instance précédente pouvait légitimement partir du principe que l'ensemble des ~~des~~ chiffres de Documed et d'e-mediat pris en compte avait été réalisé dans la distribution des informations électroniques sur les médicaments. Car tant G. _____ lors de l'audition des parties ainsi que les plaignantes dans leur prise de position sur la demande ont constaté qu'environ [...] de chiffre d'affaires étaient réalisés chaque année sur les marchés concernés ou dans le domaine des informations sur les médicaments.

15.2.3.11 En ce qui concerne le marché de produits en cause concernant la contrepartie des titulaires d'autorisation (marché de l'enregistrement et de la réception dans des fichiers électroniques d'informations sur les médicaments), les plaignantes font valoir, à une exception près, dans la procédure de recours, les mêmes déductions que dans leur prise de position de juillet 2013 sur la demande de 2016 (décision (cf. instance précédente, act. 1070, annexe 15)). Seuls les chiffres d'affaires du module D (compensation) ne sont plus déduits dans la procédure de recours. En ce qui concerne le marché pertinent relatif à la contrepartie des fournisseurs de prestations, etc. (marché des jeux de données électroniques affinés concernant les informations sur les médicaments), les requérantes font valoir pour la première fois dans la procédure de recours des déductions de chiffres d'affaires réalisés sur d'autres marchés.

15.2.3.12 En l'espèce, le marché de l'enregistrement et de la réception de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments ainsi que le marché des données affinées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments ont été identifiés comme marchés pertinents. Pour la détermination du montant de base, il convient donc en principe de partir du chiffre d'affaires réalisé sur ces deux marchés. Toutefois, les chiffres d'affaires d'autres marchés (en amont ou en aval) doivent également être pris en compte, dans la mesure où les pratiques anticoncurrentielles ont également eu un impact sur ces marchés (voir ci-dessus).

E. 15.2.3.5). Dans ce sens, il convient d'examiner ci-après, pour chacune des opérations litigieuses, si elles doivent être prises en compte dans le calcul du montant de base. Il s'agit tout d'abord des opérations suivantes :

-[]

-[]

-[]

-[]

-[]

-[]

-[]

-[]

-[].

15.2.3.13 Pour tous ces chiffres d'affaires, il s'agit manifestement de chiffres d'affaires qui n'ont pas été réalisés sur le marché de l'enregistrement et de la réception d'enregistrements électroniques relatifs à des informations sur des médicaments et qui ne peuvent pas non plus être attribués au marché des enregistrements électroniques affinés relatifs à des informations sur des médicaments. Il n'est pas non plus évident de voir dans quelle mesure les plaignantes ont directement agi sur ces autres marchés par le biais des pratiques anticoncurrentielles. C'est pourquoi ces chiffres d'affaires réalisés doivent être déduits des chiffres d'affaires figurant dans les comptes de résultats.

15.2.3.14 La situation est différente pour les chiffres d'affaires "academy" provenant des formations. Selon les informations fournies par les plaignantes, [...].

% des participants auraient suivi des formations en rapport avec un engagement contractuel, [...] % des formations Pharmavista et [...] % des formations sur le marché pharmaceutique suisse.

15.2.3.15 A tout le moins, toutes les formations qui comprennent l'utilisation des données INDEX ne peuvent pas être attribuées à un autre marché. L'argument des plaignantes selon lequel l'organisation de ~~fransra~~ ~~in à v~~ avec la mise à disposition de jeux de données électroniques concernant les informations sur les médicaments n'est pas convaincant. En effet, conformément à de nombreux contrats conclus par e-mediat avec les entreprises de logiciels, ces dernières étaient tenues de recourir "dans une mesure suffisante" aux formations d'e-mediat sur l'utilisation des données INDEX. Dans les quatre mois suivant la signature du contrat, les programmeurs devaient suivre au moins une journée de cours à leurs frais (cf. instance précédente, act. souvent1120, ch. des 17contrats). En outre, de telles formations ne sont suivies et demandées que par les maisons de logiciels qui ont un contrat de licence et un accès

aux produits INDEX.

B-2597/2017

15.2.3.16 Pharmavista est une offre d'informations en ligne pour le marché pharmaceutique suisse et doit permettre un accès simple aux données scientifiques et commerciales sur les médicaments, les ~~produits~~ parapharmaceutiques et les cosmétiques. Outre les informations générales sur les produits pharmaceutiques, Pharmavista contient également les détails des articles et des produits des banques de données INDEX. En complément, des informations sur des thèmes actuels du secteur de la santé et de la recherche ~~médicale~~ sont publiées. Avec Pharmavista, les professionnels ont accès à des informations actuelles, des données scientifiques et commerciales sur les médicaments, les produits parapharmaceutiques et les cosmétiques (www.hcisolutions.ch/fr/datenbanken-und-software/pharmavista.php [consulté le 07.12.2021]). Il s'agit donc également d'un produit qui contient entre autres des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments. Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, les formations relatives à un tel produit concret et unique sont si étroitement liées à ce produit qu'il se justifie de prendre également en compte les chiffres d'affaires issus des formations.

15.2.3.17 Les formations sur le marché pharmaceutique suisse ne sont en revanche pas à classer dans le marché des données électroniques affinées concernant les informations sur les médicaments. En conséquence, [...] % des chiffres d'affaires réalisés par les formations doivent être déduits.

15.2.3.18 Les pourcentages indiqués par les recourantes pour les chiffres d'affaires provenant des différentes formations ne représentent que 80%. Comme les recourantes ne démontrent pas que les 20% restants des formations ne sont pas liés à l'enregistrement et à la réception de données électroniques concernant les informations sur les médicaments et de données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, ces chiffres d'affaires doivent être pris en compte dans le calcul de la sanction.

15.2.3.19 En principe, le calcul du montant de base doit se baser sur les recettes nettes. Cela signifie qu'il faut déduire des chiffres d'affaires bruts les diminutions de recettes telles que les escomptes et les rabais, la TVA et les autres impôts sur la consommation ainsi que les autres impôts directement liés au chiffre d'affaires (art. al4. OCE1).

15.2.3.20 L'instance inférieure s'est également basée sur les recettes nettes pour calculer le montant de base. Dans la consultation, elle indique

toutefois que les chiffres d'affaires sur lesquels se base le calcul de la sanction

prévoient déjà des déductions élevées sous le titre "Réductions des recettes". En cas d'autorisation éventuelle de nouvelles déductions, il faudrait donc veiller à ce que le même poste ne soit pas déduit plusieurs fois. Dans leur réplique, les recourantes expliquent toutefois de manière concluante que les réductions de recettes et les déductions à prendre en compte ne permettent pas de déduire plusieurs fois les mêmes positions. Elles expliquent ainsi que les réductions de recettes invoquées sont celles prévues à l'article 4, paragraphe 1, de l'accord sur les prix et les marges (escomptes, rabais, TVA et autres impôts sur la consommation ainsi que d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires). [...]. La présentation du chiffre d'affaires brut dans le compte de résultat a un caractère purement théorique ; au sein du groupe et vis-à-vis des investisseurs, on travaille exclusivement avec le chiffre d'affaires net. Il convient donc de se baser sur le chiffre d'affaires net.

15.2.3.21 Enfin, la question de savoir si les chiffres d'affaires internes au groupe doivent être pris en compte dans la détermination du montant de base est contestée. Les recourantes font valoir que, selon la doctrine dominante en matière de droit des cartels, les chiffres d'affaires internes au groupe doivent être pris en compte en application de l'art. 5 al. 2 OCCE, il ne faut pas tenir compte du calcul du chiffre d'affaires selon l'art. 49a LCart. L'instance précédente l'aurait même mentionné elle-même dans ses considérants au no 504, mais n'en aurait pas tenu compte dans le calcul concret de la sanction. En outre, la déduction découlerait également du sens et du but de l'art. 7 LCart, car l'art. 7 LCart interdit d'exploiter ou d'entraver d'autres entreprises, il n'y a pas d'abus de pouvoir au sein d'un groupe. Ensuite, une déduction des chiffres d'affaires internes au groupe s'impose également dans une optique économique. Selon l'art. 2, al. 1, ^{bis}LCart, tous les demandeurs ou fournisseurs de biens et de services sont considérés comme des entreprises dans le processus économique, indépendamment de leur forme juridique ou organisationnelle. Plusieurs entités juridiques appartenant à un groupe sont considérées comme une seule entreprise, ce qui permet de prendre en compte tous les chiffres d'affaires des sociétés contrôlées. Si l'on se place au niveau du groupe, il faudrait donc déduire les chiffres d'affaires internes au groupe lors du calcul de la sanction.

15.2.3.22 Dans la mesure où les recourantes font valoir que l'instance inférieure a elle-même considéré dans la décision qu'il ne fallait pas tenir compte des chiffres d'affaires internes au groupe, il convient de retenir que les considérations en question de l'instance inférieure concernent la fixation de la sanction maximale. La sanction maximale a pour but -

contrairement au montant de base - de déterminer si la sanction est économiquement supportable pour l'entreprise en tant que telle.

de l'entreprise. Comme les ventes au sein de l'entreprise n'améliorent pas la performance économique de celle-ci, elles ne doivent pas être prises en compte dans le calcul de la sanction maximale. Par conséquent, cet argument n'est pas pertinent.

15.2.3.23 Comme nous l'avons déjà mentionné, l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 3 LCRC ne prévoient pas de règles spécifiques pour la détermination concrète du chiffre d'affaires dans un cas particulier. La littérature et la jurisprudence se réfèrent donc à l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises. Pour les concentrations d'entreprises, les articles 4 et 5 OCE prévoient des règles pour la détermination du chiffre d'affaires déterminant. L'art. 5 al. 2 OCE stipule que les chiffres d'affaires réalisés entre des entreprises regroupées selon l'art. 5 al. de l'OCE1 ne doivent pas être pris en compte, ce que l'on appelle les chiffres d'affaires internes au groupe. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a fait que se référer à l'art. 4 VKU (ATF II 143 *Gaba* 297,, consid. 9.7.2 ; arrêts 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.2.2.3 ; 2C.484/2010, *Publigroupe*, consid. 12.3.2 [considérant non publié dans ATF 139 I 72]). La littérature part du principe que les dispositions de l'OCU peuvent être utilisées par analogie, dans la mesure où elles conviennent (TAGMANN/ZIERLICK, BSK- KG, art. 49a N 45 ; ROTH/BOVET, CR-Concurrence, art. 49a N 26).

15.2.3.24 Dans l'arrêt B-7633/2009 du 14 septembre 2015 dans l'affaire *ADSL II*, le Tribunal administratif fédéral a estimé qu'en cas de ciseau tarifaire, le potentiel de nuisance ne résultait pas uniquement de l'examen d'un seul marché, mais que seule l'interaction stratégique entre l'exploitation verticale et l'entrave horizontale permettait d'obtenir l'effet d'entrave particulier. Les chiffres d'affaires entre la société mère et l'entreprise intégrée verticalement constitueraient précisément le levier de cette restriction. Les chiffres d'affaires pris en compte sont ceux qui ont un lien direct avec l'atteinte à la concurrence et non d'autres chiffres d'affaires intragroupes qui n'ont aucun rapport avec le comportement abusif. Il est donc nécessaire et approprié de tenir compte de ces chiffres d'affaires internes au groupe lors du calcul de la sanction. Le fait que les transactions intragroupes ne doivent pas être qualifiées d'anticoncurrentielles en raison du privilège de groupe et que l'article 5, paragraphe 2, de l'accord sur les concentrations prévoit que les chiffres d'affaires intragroupes ne doivent pas être pris en compte ne s'oppose pas non plus à cette approche. En effet, la question de la qualification des transactions intragroupe au regard du droit de la concurrence n'a pas de lien matériellement contraignant avec la prise en compte des ventes intragroupe.

chiffre d'affaires dans le cadre de la détermination de la sanction. Non seulement en droit des cartels, mais aussi en droit pénal, les chiffres d'affaires et autres aspects économiques sans rapport direct avec un comportement illicite sont pris en compte pour déterminer une sanction. Une utilisation par analogie de l'art. 5, al. 2, OCCE est exclue pour la simple raison que les chiffres d'affaires internes au groupe constituent précisément un facteur des effets anticoncurrentiels en cas de restriction de la concurrence due à un effet de ciseau, alors que ce n'est pas le cas en cas de restriction de la concurrence due à une concentration d'entreprises (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. f724).

15.2.3.25 Le Tribunal fédéral a confirmé dans son arrêt 2C_985/2015 du 9. décembre dans 2019 l'affaire *ADSL II*, que l'art. 5 L'article 2, paragraphe 1, de l'OCCE² ne s'applique pas au cas d'espèce. Les projets de concentration sont pertinents du point de vue du droit des cartels lorsqu'ils remplissent un seuil. Pour le calcul des montants limites selon l'art. 9 Al. 1-3 LCart, il faut prendre en compte l'art. 3 Les chiffres d'affaires des entreprises participant à la concentration sont ~~de nature à~~ ^{de nature à} l'art. 1, phrase 1 de l'OCCE¹. Les art. 4 ss. OCE règlent le calcul. L'art. 5, al. 2, OCCE exclut, pour le calcul du chiffre d'affaires total d'une entreprise participante, les transactions entre les entreprises participant à la concentration. La raison en est que le chiffre d'affaires doit refléter la force ~~de~~ ^{réelle} de l'entreprise concernée sur le marché, car seule la force réelle des entreprises concernées constitue le motif de la pertinence du projet de concentration au regard du droit des ententes. En outre, l'article 5, paragraphe 1, de l'accord² sur les concentrations n'est pas une conséquence du privilège de groupe, ce que confirme d'ailleurs l'article 5, paragraphe 1, de l'accord sur les concentrations. Selon cet article, le chiffre d'affaires d'une entreprise participante comprend non seulement celui de sa propre activité commerciale, mais aussi celui des entreprises qui lui sont "liées" au sein d'une unité économique ou d'un groupe. Dans l'arrêt 2C_985/2015, il ne s'agit pas d'un projet de concentration, et la situation initiale ne correspond pas non plus aux faits sur lesquels se fonde l'arrêt. En effet, la pratique illicite (ciseau tarifaire) existe précisément dans l'association des deux entreprises. Si l'art. 5, al. 2, OCA s'appliquait dans un tel cas, les recourantes seraient en outre favorisées en raison de leur comportement, ce qui ne correspondait pas à l'intention du législateur lors de l'introduction des sanctions (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.2.2.4).

15.2.3.26 En l'occurrence, il s'agit de chiffres d'affaires sur le marché de l'enregistrement et de la réception de données électroniques relatives à la

consommation de médicaments.

B-2597/2017

Il s'agit de chiffres d'affaires réalisés avec des données modifiées, lisibles par machine, concernant des informations sur les médicaments, obtenues auprès de fournisseurs de prestations, de grossistes, etc. appartenant au groupe.

15.2.3.27 Contrairement à l'arrêt B-7633/2009 du 14 septembre 2015 i. *ADSL II*, il ne s'agit pas ici d'un effet de ciseau, mais d'un couplage de prestations et d'une restriction des ventes. L'intégration verticale de la distribution des médicaments et des informations correspondantes sur les médicaments au sein de l'ancien groupe Galenica a précisément contribué à la position dominante. Les chiffres d'affaires en question sont directement liés à l'atteinte à la concurrence. Il ne s'agit pas d'autres chiffres d'affaires internes au Groupe qui n'ont aucun rapport avec le comportement abusif.

15.2.3.28 Les recourantes ne peuvent pas non plus être suivies dans la mesure où elles font valoir que la déduction des transactions internes au groupe découle également du sens et du but de l'article LCart. 7 LCART. En effet, la question de la qualification des transactions intragroupe du point de vue du droit de la concurrence n'a pas de lien matériellement contraignant avec la prise en compte des chiffres d'affaires intragroupe dans le cadre de la détermination de la sanction (voir ci-dessus consid. E.). 15.2.3.24).

15.2.3.29 Dans la mesure où, selon les recourantes, la référence à l'art. 2 al. de la LCart^{1bis}, une déduction des chiffres d'affaires internes au groupe s'impose également dans le cadre d'une approche économique, il convient de retenir qu'une approche au niveau du groupe avec déduction des transactions internes au groupe a déjà lieu lors du calcul de la sanction maximale qui doit garantir que la sanction est économiquement supportable pour l'entreprise.

15.2.3.30 Les chiffres d'affaires internes au groupe doivent donc être pris en compte dans le calcul de la sanction. Le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul du montant de base est donc de Fr. [...]. Ce chiffre résulte des chiffres d'affaires de Documed et d'e-mediat, déduction faite des chiffres d'affaires mentionnés qui n'ont pas été réalisés sur les marchés concernés (cf. instance précédente, act. 829 p. 16 et 31, act. 1011 p. 9 s., act. 1038 S. 130 ss. ainsi que la pièce 15 de la plainte). La limite supérieure du montant de base s'élève à Fr. [...].

| | Chiffre d'affaires (produits nets) | Chiffre d'affaires non réalisé sur les marchés en cause | chiffre d'affaires déterminant |
|------|------------------------------------|---|--------------------------------|
| 2013 | Fr. [...] | Fr [...] | Fr [...] |
| 2014 | Fr [...] | Fr [...] | Fr [...] |
| 2015 | Fr [...] | Fr [...] | Fr [...] |

15.2.4 Prise en compte de la nature et de la gravité de l'infraction

15.2.4.1 Selon l'art. 49a al. LCart1, le montant de la sanction est déterminé entre autres en fonction de la gravité du comportement illicite. L'art. 3 LCR précise que le montant de base est déterminé en fonction de la gravité et du type d'infraction. Par gravité, il faut entendre la gravité objective, c'est-à-dire indépendante de la faute. Le potentiel de danger abstrait ainsi que la nocivité pour l'économie nationale sont déterminants. Il faut notamment tenir compte du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction ainsi que du nombre de participants (ATF II 144194, *BMW*, consid. 6.4 ; arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.2.3.2 ; *KRAUSKOPF, DIKE-KG*, art. 49a N 41). La référence à la nature de l'infraction permet d'aborder l'objet du comportement anticoncurrentiel (arrêt B-831/2011, *SIX*, consid. 1592).

15.2.4.2 Les explications relatives à l'art. 3 LASoc part du principe, à la let. d, qu'en cas d'abus d'entreprises dominantes selon l'art. 7 LCart, le montant de base se situe "régulièrement dans le tiers supérieur de la fourchette" (Secrétariat de la COMCO, Commentaire de l'ordonnance sur les sanctions LCart [ASLC], art. 3 let. d). En fin de compte, il est toutefois indispensable de procéder à une appréciation au cas par cas sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce (arrêts B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 713 ; B-2977/2007, *Publigroupe*, consid. 8.3.4 ; *TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG*, art. 49a N 54).

15.2.4.3 L'instance inférieure a fixé le montant de base à 5%. Elle a considéré que le comportement de l'entreprise s'inscrivait dans une stratégie globale visant à assurer le contrôle de la valeur ajoutée globale. Des mesures ont été prises concernant l'appel d'offres de l'AIPS, les relations avec les titulaires d'autorisations, ainsi que les ~~abus~~ avec les éditeurs de logiciels et les fournisseurs de prestations, afin de garantir les revenus. De plus, les effets d'éviction, en particulier dans le domaine de

la santé publique, ne sont pas toujours évidents.

B-2597/2017

période au cours de laquelle les conditions ont changé et auraient donc été particulièrement propices à l'entrée de concurrents potentiels. En outre, malgré l'ouverture de l'enquête, l'entreprise n'aurait pas hésité à poursuivre le comportement et à y ajouter d'autres éléments. En outre, différents comportements ont ~~été~~ ^{été} qui faisaient partie d'une stratégie globale et qui ont eu des effets d'éviction et d'exploitation, ce qui a également des conséquences graves. En outre, le fait que l'on puisse au moins éventuellement reprocher aux destinataires de l'enquête d'avoir eu un comportement intentionnel pèse lourd dans la balance. Enfin, en raison du comportement adopté, aucun concurrent n'a pu véritablement s'implanter sur les marchés et les titulaires d'autorisations ont continué à être sollicités pour assurer les recettes sans que cela ne soit justifié par la concurrence. Dans l'ensemble, le comportement est grave.

15.2.4.4 Les requérantes contestent que le comportement de HCI ait été l'expression d'une stratégie globale visant à assurer le contrôle de l'ensemble de la chaîne de création de valeur. Le comportement résulterait d'une adaptation aux nouvelles conditions-cadres, l'objectif étant de continuer à garantir aux clients un niveau de qualité élevé dans l'intérêt de la sécurité des patients.

15.2.4.5 Les recourantes reprochent en outre à l'instance inférieure de partir implicitement du principe, dans la motivation de la sanction, que les comportements qui n'ont pas été qualifiés d'illicites ont néanmoins un contenu illicite dont il faut tenir compte dans le calcul de la sanction. Ainsi, par rapport aux explications du secrétariat dans la requête, la motivation de la sanction dans la décision est presque identique. Il est notamment inapproprié d'exprimer que le comportement de HCI lors de l'appel d'offres de l'AIPS joue un rôle dans le calcul de la sanction. En effet, l'instance précédente n'a pas examiné la question de savoir si les éléments constitutifs de l'infraction de l'art. 7 al1. Dans sa décision, elle a explicitement laissé ouverte la question de savoir si l'art. 7, al. 1, let2. d, LCart était rempli. Il est également inapproprié de justifier la gravité de l'infraction par le fait que les titulaires d'autorisation ont continué à être mis à contribution pour assurer les recettes sans que cela soit justifié du point de vue de la concurrence. En effet, l'instance inférieure a constaté une pratique ~~le~~ au sens de l'article 7, paragraphe 1, en relation avec l'article 7, paragraphe 2, sous b). al. 2 let. c LCart n'a pas été suffisamment établie et n'a pas constaté de violation du droit des cartels à cet égard. En outre, la raison pour laquelle aucun concurrent ne s'est adressé à la Commission est qu'il n'y a pas de concurrence.

Le fait que le HCI n'ait pas réussi à s'implanter sur le marché n'est pas dû à son comportement, mais à la moins bonne qualité des offres concurrentes.

15.2.4.6 Les plaignantes réfutent également le reproche selon lequel HCI aurait poursuivi son comportement après l'ouverture de l'enquête et y aurait ajouté d'autres éléments. HCI aurait introduit une nouvelle formulation dans les contrats avec les éditeurs de logiciels en lieu et place²⁰¹⁵ des clauses critiquées. De toute façon, l'ouverture d'une procédure en matière d'entente ne devrait pas être assimilée à l'interdiction du comportement économique concerné. De même, la poursuite d'un ~~compte~~ devrait pas avoir d'impact négatif sur la nature et la gravité de l'infraction. Le fait qu'une entreprise ne modifie pas son comportement est en outre déjà pris en compte dans la durée de l'infraction selon l'art. 4 LCRC pour augmenter la sanction. Par conséquent, cela ne peut pas être pris en compte une nouvelle fois dans le type et la gravité de l'infraction. En revanche, le fait que HCI ait cherché à discuter avec le secrétariat avant l'introduction des contrats devrait être pris en compte dans le calcul du montant de base, car cette discussion aurait pu, selon les recourantes, empêcher la présente procédure.

15.2.4.7 En réponse à ces objections, l'instance précédente soutient qu'il n'est pas exact qu'en tenant compte de la nature et de la gravité, elle soit partie du principe que même les reproches non prouvés avaient un caractère illicite. Le montant de base a été réduit dans la décision de 10% à 5% par rapport à la demande. Les requérantes ne démontrent pas pourquoi leur infraction devrait être qualifiée de particulièrement légère. Les comportements sanctionnés auraient notamment été mis en œuvre pour assurer la position dominante au moment d'un changement de système, c'est-à-dire au moment où l'on aurait pu s'attendre à des entrées sur le marché.

15.2.4.8 En ce qui concerne l'argument des recourantes relatif à la demande d'entretien, l'instance inférieure constate que le secrétariat n'a pas pu honorer le premier rendez-vous en raison des priorités fixées à l'époque. Les recourantes auraient toutefois eu la possibilité de s'exprimer sur les reproches à tout moment de la procédure et un entretien entre la recourante 2 et le secrétariat aurait encore eu lieu en 2012.

15.2.4.9 L'ancien groupe Galenica a, par l'intermédiaire de HCI, regroupé l'enregistrement des informations sur les médicaments dans ses banques

de données avec celles de l'industrie pharmaceutique.

B-2597/2017

l'assurance qualité et le téléchargement sur l'AIPS (art. 7, al. 1 en relation avec l'al. 2, let. f LCart). En outre, par les clauses A et B des contrats avec les maisons de logiciels, elle a favorisé la vente des concurrents au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 7 let. e. al. 2, let. e, LCart, en restreignant la concurrence. Les pratiques ont eu des effets d'éviction et d'exploitation.

15.2.4.10 Aucun concurrent n'a pu réellement prendre pied sur les deux marchés en question. Ywesee est restée un fournisseur de niche, mais n'a pas été complètement évincée du marché en tant que telle. Nous avons laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure cela était effectivement dû aux différences de qualité des offres concurrentes et/ou aux clauses A et B des contrats conclus avec les éditeurs de logiciels. Les clauses A et B étaient toutefois manifestement de nature à fermer le marché aux offres concurrentes potentielles. Les ~~opérations~~ ~~opérations~~ effectués étaient également susceptibles d'évincer des concurrents potentiels ou de détériorer leur position concurrentielle. En outre, ils entravaient également les titulaires d'autorisation, car ceux-ci devaient se procurer l'assurance qualité avec téléchargement optionnel sur AIPS auprès de HCI, même s'ils ne le souhaitaient pas.

15.2.4.11 C'est à juste titre que l'instance précédente a jugé aggravant le fait que les effets d'éviction aient produit leurs effets en particulier pendant la période où les conditions changeaient et auraient donc été particulièrement propices à l'arrivée de concurrents potentiels.

15.2.4.12 Si une entreprise en position dominante remplit par son comportement plusieurs conditions selon l'art. 7 al.1. en relation avec l'art. al.2 a-f LCart, il convient d'examiner s'il existe différents modes d'action qui doivent être évalués séparément et sanctionnés en conséquence (TAG- MANN/ZIRLICK, BSK-KG, art. 49a N 52). Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal administratif fédéral, la circonstance de la réalisation de deux comportements anticoncurrentiels différents ne doit toutefois pas être prise en compte dans la gravité de l'infraction et donc pas dans le montant de base, mais selon l'art. 5 al. let1. a LCR (si l'entreprise a "enfreint de manière répétée la loi sur les cartels") dans les circonstances aggravantes (arrêt du TAF B-8386/2015 du 24. juin *Swisscom* 2021, *connexion WAN*, E. m10.4.6.H.). Il convient de répondre par l'affirmative dans le cas d'espèce, car il existe deux comportements différents qui ont été adoptés sur deux marchés délimités de manière différente.

15.2.4.13 Par ailleurs, les recourantes contestent à juste titre les considérants de l'instance précédente dans la mesure où celle-ci a considéré, en relation avec la détermination de la gravité de l'effet sur la concurrence, que le comportement de l'entreprise reposait sur une stratégie globale visant à assurer le contrôle de la valeur ajoutée globale. Une telle stratégie globale n'a pas été suffisamment démontrée par HCI. D'autres comportements, qui ont certes été examinés, mais qui n'ont pas pu être suffisamment étayés, ne doivent en aucun cas être pris en compte lors de la détermination de la gravité de la restriction à la concurrence. Des indications sur le comportement lors de l'appel d'offres de l'AIPS ou sur la mise à contribution des titulaires d'autorisation pour s'assurer des recettes s'avèrent donc inappropriées.

15.2.4.14 Les requérantes affirment en outre que leur comportement résulte d'une adaptation aux nouvelles conditions-cadres. Elles auraient voulu, dans l'intérêt de la sécurité des patients, continuer à garantir un standard de qualité élevé. Comme exposé ci-dessus (cf. consid. 9.2.2.13 et C.a.e), les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché étaient de facto tenus, jusqu'en 2011, de publier (contre paiement) les informations destinées aux professionnels et aux patients concernant leurs médicaments dans la banque de données de Documed ou de ywesee. Dans l'ATF 2011/60, le Tribunal administratif fédéral a constaté que Swissmedic n'avait pas le droit d'exiger la publication des informations sur les médicaments dans certains fichiers privés. Une publication par Swissmedic elle-même était autorisée, voire évidente. Swissmedic a alors renoncé à cette pratique, qui durait depuis des années et qui s'est avérée inadmissible, et a décidé d'exploiter sa propre banque de données électronique des informations sur les médicaments, créant ainsi le système d'information sur les médicaments (AIPS) existant de manière équivalente. Ainsi, le domaine réglementé de l'exploitation d'une banque de données sur les médicaments pour la publication des informations sur les médicaments a été pris en charge par l'autorité d'autorisation elle-même, au sens d'une tâche étatique. Avec leurs produits des ~~base~~ de données INDEX et du Compendium, les plaignantes n'étaient donc plus actives que sur le marché en aval de l'affinage des informations sur les médicaments.

15.2.4.15 Le système AIPS prévu par l'Etat et le processus qui y est lié, y compris le contrôle de qualité, se sont toutefois révélés ponctuellement compliqués. De plus, il semble présenter ou avoir présenté des lacunes (cf. consid. 13.8.12 s.). La recourante 2, même si elle a abusé de son pouvoir sur le marché, a fait preuve d'une grande prudence dans sa

nouvelle qua- lité.

B-2597/2017

Le contrôle de qualité peut corriger les erreurs dans la base de données des médicaments et prévenir d'éventuelles erreurs de médication. En tout état de cause, la déficience ponctuelle du système AIPS et du processus qui y est lié ne doit pas lui porter préjudice. En conséquence, il convient de tenir compte, lors de la fixation du montant de base, du fait que le domaine de l'information sur les médicaments était soumis à un environnement réglementaire tout à fait particulier durant la période concernée (cf. dans le même sens : arrêts du TAF B-4014/2013 et B-4019/2013 du 30 octobre *Partenaires de distribution/fournisseurs* 2019, de livres de langue française, consid. 20.3.4.4 ; décision de la Commission du 15 octobre 2008 dans une procédure d'application de l'article du traité⁸¹ CE (COMP/39.188, JO n°2009 C 189/12 - Bananes). Ce contexte réglementaire particulier s'explique notamment par la pratique illicite de Swissmedic pendant des années, à laquelle il a été mis fin suite à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral ATF 2011/60 (cf. consid. 9.2.2.13 et C.a.e). Enfin, pour être complet, il convient de mentionner que l'argument de la garantie de la qualité n'a en revanche aucun effet sur le calcul du montant de base (cf. considérants et suivants 12.4.37).

15.2.4.16 En ce qui concerne la gravité, l'instance précédente a en outre pris en compte de manière négative les agissements au moins éventuellement intentionnels de l'ancien groupe Galenica. Or, la gravité de l'infraction à examiner est une gravité objective, c'est-à-dire indépendante de la faute (AN- DREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zurich no2009, 285 ; cf. aussi DÄH-LER/KRAUSKOPF/STEBLER, op. cit. no 8.122). Par conséquent, les aspects qui relèvent de la problématique de la faute sont sans importance dans ce contexte (cf. toutefois ci-dessous E. 15.2.7). En outre, selon les explications données au point f15.1.16., il faut de toute façon partir du principe qu'il s'agit d'un comportement négligent.

15.2.4.17 Le fait que HCI ait poursuivi son comportement après l'ouverture de l'enquête n'est pas non plus un facteur aggravant. En effet, l'ouverture d'une procédure antitrust n'équivaut pas à une interdiction du comportement économique concerné (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 690). Les recourantes soulignent également à juste titre que cet aspect est déjà pris en compte dans la durée de l'infraction selon l'art. 4 LCR, ce qui augmente la sanction.

15.2.4.18 L'argument selon lequel HCl a cherché à discuter avec le Secrétariat avant l'introduction des contrats doit être abordé dans le cadre de l'examen des circonstances atténuantes (voir ci-dessous E. 15.2.7).

15.2.4.19 Dans l'ensemble, l'instance inférieure a certainement abaissé à juste titre le montant de base dans la décision de 10% à 5% du chiffre d'affaires déterminant par rapport à la demande, même si les considérants eux-mêmes n'ont été que peu adaptés. Le préjudice économique causé par le comportement abusif des recourantes doit être considéré comme moyennement grave. Comme l'instance précédente a tenu compte de la réalisation de plusieurs actes lors de la fixation du montant de base, mais que celui-ci doit être examiné selon la jurisprudence la plus récente dans le cadre des circonstances aggravantes, le montant de base fixé par l'instance précédente à 5% du chiffre d'affaires déterminant doit être réduit en conséquence. Il convient en outre de tenir compte du fait que le domaine des informations sur les médicaments était soumis à un environnement réglementaire particulier durant la période concernée (cf. consid. 15.2.4.14 s.). Il semble donc approprié de fixer le montant de base à 4% du chiffre d'affaires déterminant. Cela correspond à un montant de base de [...] francs.

15.2.5 Prise en compte de la durée de l'infraction

15.2.5.1 Selon l'art. 49a al. 1 LCart, la sanction est également calculée en fonction de la durée du comportement illicite. L'art. 4 LCR concrétise cette augmentation en ce sens que le montant de base doit être augmenté jusqu'à 50% pour une durée comprise entre un et cinq ans et jusqu'à 10% pour chaque année supplémentaire entamée si la durée est supérieure à cinq ans.

15.2.5.2 Le Tribunal administratif fédéral, dans l'arrêt B-7633/2009 du 13 et 14 septembre 2015 dans l'affaire *ADSL II*, le Tribunal fédéral a considéré, en tenant compte du principe de proportionnalité, que dans le cas d'une infraction à la concurrence à caractère durable, à laquelle il convient d'attribuer dès le début, en l'absence de circonstances particulières, des effets essentiellement identiques sur toute la durée de l'infraction, il convient de procéder en principe, pendant les cinq premières années, à une augmentation progressive de 0,8333% par mois ou fraction de mois depuis la mise en œuvre du comportement anticoncurrentiel. Dans la mesure où les effets négatifs ne sont pas répartis uniformément sur l'ensemble du territoire national, en raison de la nature et du contenu des restrictions à la

concurrence, il est possible d'obtenir une réduction de l'amende.

Si l'augmentation de la taxe ne se produisait pas sur toute la durée, mais de manière accrue durant certaines phases, il serait également possible de la fixer de manière variable (arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 755 ; cf. également B-831/2011, *SIX*,

E. 1600). Le Tribunal fédéral a récemment jugé cette augmentation conforme au droit fédéral (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.3). Dans un arrêt antérieur, le Tribunal fédéral a également jugé conforme au droit fédéral l'augmentation progressive de 10% par année entamée pour une durée de un à cinq ans, en tenant compte d'un certain schématisme admissible (arrêt 2C.484/2010, *Publigroupe*, consid. 12.3.4 [considérant non publié dans ATF I 13972]).

15.2.5.3 L'instance inférieure a considéré que les comportements et les effets dommageables pour la concurrence avaient commencé avec la soumission d'offres aux titulaires d'autorisations en septembre 2012. Les effets préjudiciables n'auraient certes déployé leurs effets qu'à partir de 2013, puisque les contrats n'ont été proposés qu'à partir de cette date. Mais les marchés pour les concurrents potentiels ont été fermés dès la présentation de l'offre. En effet, pour les concurrents potentiels, il est devenu évident dès cette date que Documed/e-mediat continuerait à disposer de la possibilité d'un financement croisé. Il faut partir du principe que l'effet est durable, car le comportement a ~~duré~~ ^{été} les titulaires de l'autorisation pendant toute cette période et a tenu les concurrents potentiels à l'écart du marché. Il convient donc d'appliquer un critère linéaire, même si les effets d'éviction ont été particulièrement efficaces lors de l'introduction de l'AIPS.

15.2.5.4 En outre, l'instance inférieure a considéré que les comportements avaient duré jusqu'à la notification de la décision (mi-mai 2016). Par conséquent, il faut partir d'une durée de 44 mois et augmenter le montant de la sanction de 0,8333% par mois entamé, soit un total de 33,333%.

15.2.5.5 Les plaignantes font valoir que les concurrents auraient pu entrer sur le marché au plus tôt à partir du 1er janvier 2013. Par conséquent, il n'y aurait pas de comportement contraire au droit des cartels sur la situation concurrentielle en 2012 et la durée de l'infraction ne serait que de 40 mois à partir du 1er janvier 2013. Mais comme l'instance inférieure a apparemment déjà calculé sur 40 mois, l'augmentation du montant de base de 33,33% semble justifiée.

15.2.5.6 Comme l'a constaté à juste titre l'instance précédente, la

pratique anticoncurrentielle de la vente liée avec la soumission d'offres à
la

La procédure a débuté en septembre 2012 et s'est poursuivie jusqu'à la ~~fin~~ ^{notion} de la décision attaquée en mai 2016. Cela correspond à une durée de 44 mois. Lors du calcul effectif de l'augmentation du montant de base, l'instance inférieure a manifestement commis une erreur de calcul en se basant par erreur sur 40 mois. Cette erreur de calcul doit être ~~notée~~ ^{citée} dans la procédure de recours. En conséquence, le montant de base doit être augmenté de 36,652%, soit du montant de Fr. [...], en raison de la durée du comportement anticoncurrentiel. Comme la sanction dans la procédure de recours n'est finalement pas plus élevée que dans la décision attaquée, il n'y a donc pas non plus de *reformatio in pejus*.

15.2.6 Circonstances aggravantes

15.2.6.1 Selon l'art. 5, al. 1, LCR, le montant de la sanction est augmenté en cas de circonstances aggravantes. L'art. 5 LCRC, 1 trois raisons : (i) l'entreprise a enfreint la loi sur les cartels de manière répétée, (ii) l'entreprise a réalisé un bénéfice particulièrement élevé grâce à l'infraction, selon une évaluation objective, (iii) l'entreprise a refusé de coopérer avec les autorités ou a tenté d'entraver l'enquête de toute autre manière.

15.2.6.2 L'énumération des circonstances aggravantes qui entraînent une augmentation du montant de la sanction n'est pas exhaustive, conformément au libellé de l'art. 5, al. 1, LCR ("notamment").

15.2.6.3 En l'espèce, il convient d'examiner une éventuelle augmentation en raison d'infractions répétées à la loi sur les cartels.

15.2.6.4 L'instance inférieure a considéré qu'en 2008, Documed avait adopté un comportement illicite au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'al. 2. al. 2, let. b, LCart a été valablement constatée. Comme Documed faisait déjà partie du Groupe Galenica à l'époque et qu'elle était destinataire de l'enquête en question jusqu'à sa restructuration, l'entreprise enfreint ici pour la deuxième fois la loi sur les cartels. Dans les deux procédures, des comportements illicites d'une entreprise dominante au sens de l'article 7 LCart ont été constatés. La durée depuis la dernière infraction est courte. Au moment de l'introduction de la nouvelle offre à partir de janvier, y compris 2013 la présentation de l'offre en automne, 2012 moins de cinq ans se sont écoulés depuis la clôture de la procédure relative à la *publication d'informations sur les médicaments*. La courte durée depuis la dernière infraction

Une augmentation de 20% du montant de la sanction est donc appropriée.

15.2.6.5 L'instance précédente a également considéré que le secrétariat avait mené d'autres procédures contre le Groupe Galenica. L'enquête préalable concernant le *Prewholesale - arrêt des livraisons par Alloga SA* n'a pas conduit à la constatation d'un comportement contraire au droit des cartels. Etant donné que l'enquête préalable a été classée sans suite et qu'aucune enquête n'a été ouverte, on ne peut pas en déduire un renforcement supplémentaire des sanctions. Dans l'enquête sur la *liste Hors des médicaments*, il a été constaté que Galexis SA et e-mediat avaient été complices d'accords entre Pfizer SA, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Suisse) SA et les médecins et pharmacies pratiquant l'auto-dispensation, violant ainsi la loi sur les cartels. Comme ce cas n'est pas définitif en raison de la procédure de recours encore en cours, on ne peut pas non plus en déduire une infraction répétée au sens d'une "récidive".

15.2.6.6 Les plaignantes font valoir qu'il n'existe pas de pratique en droit suisse des cartels sur la question de savoir quand il y a un cas de récidive et dans quelle mesure une telle récidive doit être prise en compte pour augmenter la sanction. C'est pourquoi il faut se baser sur la pratique européenne en matière de droit des cartels. Selon cette pratique, le critère décisif est la similitude entre l'infraction constatée dans le passé et la nouvelle pratique à apprécier. En l'espèce, cette similitude fait défaut. D'une part, les situations de marché ne sont pas comparables. Le marché de produits en cause n'a pas été défini de la même manière. La décision de l'année 2013 rendue en 2008 avant le changement de système, lorsque les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché étaient tenus de publier leurs informations sur les médicaments auprès de Documed (ou ywesee) afin de satisfaire à leur obligation légale de publication. Dans la situation actuelle du marché, l'enregistrement dans la banque de données INDEX se fait sur une base volontaire, l'obligation légale de publication étant déjà remplie par le téléchargement des informations sur les médicaments sur AIPS. D'autre part, les comportements ne sont pas non plus similaires. En 2008, il s'agirait d'une pratique illicite au sens de l'article 7, paragraphe 1, en relation avec l'article 7, paragraphe 2, de la loi sur les brevets. al. 2, let. b, LCart, c'est-à-dire une discrimination des partenaires commerciaux. En l'espèce, il s'agit des pratiques illicites de limitation des ventes et de vente liée.

15.2.6.7 En outre, les recourantes reprochent à l'instance inférieure d'attribuer aux entreprises du Groupe Galenica une sorte de tendance générale à ignorer les règles de la loi sur les cartels en faisant référence à l'enquête préalable classée dans l'affaire *Prewholesale - arrêt des livraisons par Alloga SA* et à la décision non exécutoire dans l'affaire *Hors-Liste Médicaments*.

15.2.6.8 Enfin, les recourantes font remarquer que le comportement illicite de Documed, constaté par une décision entrée en force, a été qualifié de "discriminations relativement légères de partenaires commerciaux" avec des conséquences mineures et une importance limitée, ce que montre également la sanction symbolique de 50'000 francs. C'est pourquoi il faudrait - si tant est qu'il y en ait une - procéder tout au plus à une augmentation de 10%.

15.2.6.9 L'instance inférieure oppose à ces arguments que l'art. 5 al. 1 let. a LCR a une autre portée réglementaire que la disposition de l'UE. L'art. 5, al. 1, let. a, LCR ne contient pas de limitation aux infractions identiques ou similaires. L'argument des recourantes selon lequel il ne peut être procédé à une augmentation en raison de l'absence de similitude n'est donc pas pertinent. La similitude est toutefois importante pour le calcul de l'augmentation. En cas d'infraction à l'art. 7 LCart, il faut partir du principe qu'il y a similitude, car la pratique illicite constitue une entrave ou une exploitation par abus de position dominante. Selon la lettre et le sens de la disposition, la manière dont l'infraction a été commise n'est pas pertinente pour déterminer s'il s'agit d'une infraction répétée.

15.2.6.10 Il convient donc d'examiner ci-après si l'instance précédente a conclu à juste titre à l'existence d'une "infraction répétée" et si l'augmentation de 20% du montant de base est appropriée.

15.2.6.11 Selon l'art. 5, al. 1, let. a, LCR, le montant de base est augmenté si l'entreprise a enfreint la loi sur les cartels de manière répétée. Dans le droit suisse des cartels, il existe jusqu'à présent peu de pratique sur les questions de savoir quand il y a récidive dans ce sens et dans quelle mesure une telle récidive doit être prise en compte pour augmenter la sanction.

15.2.6.12 Dans les lignes directrices 2006 de l'UE pour le calcul des amendes [Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article, paragraphe 23, point 2a), du règlement (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02)], il est indiqué²⁸ au point

le montant de base de l'amende peut être augmenté si la Commission constate des circonstances aggravantes, telles que "la poursuite d'une infraction ou la commission d'une nouvelle infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que l'entreprise avait enfreint l'article 81 ou l'article 82 ; dans ce cas, le montant de base est augmenté jusqu'à concurrence de %100 pour chaque infraction constatée".

15.2.6.13 Selon la pratique de l'UE, il n'est pas nécessaire que les infractions aient été commises dans le même secteur de marché pour qu'il y ait infraction aggravée (DANNECKER/BIERMANN, in : Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil Kommentar 2, zum Europäischen Kartellrecht, Aufl. 6., 2019, Art. 23 VO 1/2003, point 190 ; arrêt du TPI du mai 6.T-122/042005 *Outokumpu et Luvata/Commission*, Rec. 2009 II-01135 point 57). Ce qui compte, c'est plutôt la nature de l'infraction et l'identité de l'entreprise (DANNECKER/BIERMANN, précité, point 190 ; arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, T-59/07 *Polimeri Europa/Commission*, Rec. 2011 II-04687, points 298 et suivants). Les lignes directrices font expressément référence à la récidive d'une "infraction identique ou similaire". L'effet aggravant de la récidive est fondé sur le fait que la sanction déjà infligée précédemment n'était pas suffisamment dissuasive et qu'une nouvelle infraction exprime une tendance de l'entreprise concernée à commettre des infractions au droit de la concurrence (DANNECKER/BIERMANN, op. cit., point 190 ; arrêt du TPI du 30 septembre T-203/012003 *Michelin/Commission*, Rec. II-40712003 point 293 ; arrêt du TPI d'octobre 25. T-38/022005 *Groupe Danone/Commission*, Rec. II-044072005 points et 347 suivants ; confirmé par l'arrêt de la CJCE de février 8. C-3/062007 P *Groupe Danone/Commission*, Rec. I-13312007 point 39).

15.2.6.14 La CJCE a également précisé que le principe de proportionnalité exigeait de prendre en compte la dimension temporelle lors de l'évaluation de la propension de l'entreprise à enfreindre les règles de concurrence. Pour déterminer la période pendant laquelle des infractions antérieures peuvent être prises en compte, la jurisprudence de la CJCE considère qu'une période de 10 ans est encore trop courte (DANNECKER/BIERMANN, op. cit., ch. 191 ; arrêt de la CJCE du Arrêt du 17 juin 2010 C-413/08 P *Lafarge/Commission*, Rec. 2010 I-05361, point 70 ; arrêt du Tribunal du 25 octobre 2011 T-348/08 *Aragonesas Industrias y Energía/Commission*, Rec. 2011 II-07583, points 68 et suivants ; arrêt CJUE *Groupe Danone/Commission*, Rec. I-

13312007, point 40).

B-2597/2017

15.2.6.15 Le libellé de l'art. 5 LCR s'écarter de celui de la disposition de l'UE. Il est donc possible de clarifier la question de savoir quand il y a récidive au sens de l'art. 5 LCR,1 on ne peut pas se référer sans autre à la pratique européenne en matière de droit des cartels. Les lignes directrices de l'UE et la jurisprudence correspondante peuvent toutefois être utilisées pour interpréter l'art. 5 al. 1 let. a LCR et fournir des points de repère.

15.2.6.16 Pour les raisons suivantes, il y a lieu d'admettre en l'espèce un cas de récidive. D'une part, contrairement à ce qu'affirment les plaignantes, on ne peut pas partir du principe que les situations de marché doivent être comparables ou que les comportements ont été commis sur le même marché de produits en cause. Une telle règle serait trop courte et la pratique européenne en matière de droit des cartels ne présuppose pas non plus que les infractions aient été commises dans le même secteur de marché.

15.2.6.17 D'autre part, on ne peut pas non plus supposer qu'il s'agit exclusivement d'infractions identiques ou similaires. Une telle restriction est déjà exclue par le libellé de l'art. 5 al. 1 let. a LCR. De plus, cela irait à l'encontre du sens et du but, car l'augmentation en raison d'une récidive repose en particulier sur l'idée que la sanction infligée précédemment n'a pas été suffisamment dissuasive pour empêcher une infraction au droit de la concurrence. Enfin, dans le droit européen de la concurrence, une infraction 2006similaire suffit, selon le libellé du point de la 28directive européenne sur les amendes, pour admettre l'existence d'une récidive passible d'une amende. En l'espèce, une pratique illicite au sens de l'art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 7 let. b LCart a été commise en 2008 concernant Documed. al. b2 LCart, c'est-à-dire une discrimination de partenaires commerciaux. Dans la présente procédure, des ~~comportements~~ illicites au sens de l'art. 7, al. 1, en relation avec l'art. 2, let. e, LCart ont été constatés. LCart, à savoir une restriction des ventes et une vente liée. Il s'agit donc d'un abus répété de pouvoir de marché. De plus, la discrimination de partenaires commerciaux est, tout comme la restriction des ventes, un fait typique d'entrave (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, art. 7 N 62). On ne peut donc pas nier la similitude des infractions. Il s'agit donc d'un cas de récidive qui doit être pris en compte de manière déterminante dans le calcul de la sanction.

15.2.6.18 En ce qui concerne l'enquête préalable dans l'affaire *Prewholesale - arrêt des livraisons Alloga SA* et la procédure dans l'affaire *Hors-Liste Médicaments*, il convient de noter que l'instance précédente les a certes mentionnés dans ses considérants, mais qu'elle n'en a, à juste titre, aucunement tenu compte lors de la mesure de la sanction.

15.2.6.19 L'augmentation du montant de base de 20% en raison de l'existence d'un cas de récidive au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LCR n'est pas contestée. Comme mentionné, les autorités de la concurrence disposent d'une importante marge d'appréciation dans la ~~pré~~ fixation des différents critères de fixation du montant de base (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1593 ; B-3332/2012, *BMW*, consid. 11.2.6 ; B-463/2010, *Gebro*, consid. 13.3.4 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 744). L'instance précédente a démontré de manière compréhensible quels étaient les critères qui l'ont guidée dans le calcul de l'augmentation. Une augmentation de 20% semble également appropriée en comparaison avec les cas d'accords ~~horiz~~ pour lesquels la COMCO avait imposé un supplément en raison d'infractions répétées en cours de procédure (point #13. de la décision de l'instance précédente d'octobre 18. dans l'2010 affaire *Ferrures de construction pour fenêtres et portes-fenêtres* [publiée in : RPW 2010/4 p. 717 ss, 763] ; ch. 978 de la décision de l'instance précédente du 22 avril 2013 dans l'affaire *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [publiée dans : RPW 2013/4 p. 524 ss, 626] ; ch. 1126 ss de la décision de l'instance précédente du 16 décembre 2011 dans l'affaire *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* [publiée dans : RPW 2012/2 p. ss270, 412]).

15.2.6.20 La réalisation de deux comportements ~~atouts~~ différents doit, contrairement à la violation de deux éléments constitutifs par un seul et même acte, conduire à une sanction aggravée (arrêt B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, E. 10.4.6). Comme mentionné ci-dessus au consid. 15.2.4.12, cette circonstance ne doit pas, selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal administratif fédéral, être prise en compte dans la gravité de l'infraction et donc dans le montant de base, mais doit, conformément à l'art. 5 al. let 1. a LASoc, il convient de l'examiner sous les circonstances aggravantes (arrêt B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*, consid. m10.4.6.H.).

15.2.6.21 En l'occurrence, l'ancien Groupe Galenica a, par le biais de HCl, procédé d'une part à un couplage (art. 7, al. 1, en relation avec l'al.

2, let. f, LCart), notamment en regroupant l'enregistrement des informations sur les médicaments dans ses banques de données avec l'assurance qualité et le téléchargement.

sur l'AIPS. D'autre part, par les clauses A et B des contrats conclus avec les éditeurs de logiciels, elle a favorisé les ventes des concurrents au sens de l'art. 7 al. 1

en relation avec l'art. alinéa, lettre 2 e, de la LCart. Ces deux actes ne sont pas indissociablement liés. Il faut donc partir du principe que les événements se sont déroulés en deux actes distincts, ce qui doit être pris en compte comme circonstance aggravante. Une augmentation supplémentaire de 12% du montant de base semble appropriée à cet égard.

15.2.6.22 Le montant intermédiaire (Fr. [...]) établi en tenant compte de la nature et de la gravité ainsi que de la durée de l'infraction doit donc être augmenté au total de 32% (Fr. [...]) en raison de circonstances aggravantes.

15.2.7 Circonstances atténuantes

15.2.7.1 Selon l'art. 6 LCRC, la sanction doit être réduite en présence de circonstances atténuantes. L'art. 6 al. 1 LCR prévoit comme circonstance atténuante la cessation de la restriction à la concurrence au plus tard avant l'ouverture d'une procédure administrative en matière de cartels selon les art. 26-30 LCart. Dans ce contexte, les mesures propres doivent être telles que les actes anticoncurrentiels cessent de leur propre initiative (arrêt 2C_985/2015, *ADSL II*, consid. 9.4). Pour les accords sur les prix et les offres selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, deux autres circonstances atténuantes sont énumérées, à savoir un comportement exclusivement passif et l'absence de mesures de rétorsion convenues (art. al6. LCR1). Cette énumération n'est pas exhaustive, ce qui ressort déjà du libellé de l'art. 6 al. 1 phrase 1 LCR ("en particulier"). Par conséquent, d'autres circonstances atténuantes doivent également être prises en compte lors de la ~~sur~~ d'un comportement anticoncurrentiel selon l'art. 7 LCart. En ce qui concerne les circonstances correspondantes, il faut tenir compte du fait qu'il ne peut pas s'agir d'aspects qui doivent déjà être pris en compte lors de la fixation du montant de base (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1628 ; B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 778).

15.2.7.2 L'instance inférieure est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de circonstances atténuantes. Les comportements n'ont pas cessé et la coopération n'est pas supérieure à la moyenne.

15.2.7.3 En revanche, les plaignantes estiment que la coopération de HCI doit impérativement être prise en compte comme un facteur

atténuant.

B-2597/2017

tion de l'entreprise. Ils ont transmis d'eux-mêmes au secrétariat les projets de contrats avec les titulaires d'autorisation et ont toujours agi de manière transparente vis-à-vis des autorités de la concurrence. Après l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) 2011/60 et l'introduction de l'AIPS, HCI a dû revoir complètement son modèle commercial. A cette occasion, HCI a cherché à discuter avec le secrétariat et a demandé un rendez-vous pour discuter de la conformité du nouveau modèle avec le droit des cartels. Cette réunion a toutefois été annulée par le secrétariat. En outre, ils auraient mené des négociations avec le Secrétariat en vue de conclure un accord à l'amiable et l'auraient invité à venir sur place pour présenter les activités du HCI. Le secrétariat a décliné cette offre et a interrompu les négociations de manière surprenante et abrupte. Dans l'ensemble, ils ont ainsi fait preuve d'un comportement coopératif qui allait au-delà du simple exercice des droits de la défense et ont montré leur volonté et leur disposition à trouver une solution à l'amiable. En déposant leur demande de récusation, ils ont par ailleurs exercé un droit ~~contre~~ L'exercice de droits constitutionnels ne devrait pas être considéré comme "aggravant".

15.2.7.4 Les requérantes font en outre valoir que les conditions-cadres pour la conclusion d'un règlement à l'amiable stipulaient explicitement que la volonté et la disposition à conclure un règlement à l'amiable seraient considérées par le secrétariat comme un comportement coopératif et prises en compte dans le cadre de la demande comme une circonstance réduisant la sanction. Vous aviez un intérêt sérieux à conclure un accord à l'amiable. La rupture des négociations par le secrétariat aurait reposé sur la prémisse, qualifiée d'erronée par la décision, selon laquelle les taxes exigées par les titulaires de l'autorisation étaient contraires à l'art. 7 Le Tribunal fédéral a estimé que la décision de l'autorité de surveillance était fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'article 5, paragraphe 1, lettre 2 c LCart serait contraire à la loi.

15.2.7.5 Enfin, les recourantes font valoir que HCI a modifié son comportement durant l'enquête et l'a adapté aux ~~résultats~~ des discussions avec le secrétariat. HCI aurait par exemple introduit la possibilité de résiliation annuelle des contrats en faveur des titulaires d'autorisation, aurait laissé dans ~~les~~ bases de données les inscriptions mutées des partenaires non contractuels et n'aurait plus utilisé la clause contestée dans les contrats avec les éditeurs de logiciels en vigueur depuis 2015. Les recourantes estiment qu'une réduction de la sanction de 40% au total s'impose.

15.2.7.6 L'instance inférieure constate à ce sujet dans la procédure de consultation que la procédure ne s'est à aucun moment présentée comme particulièrement transparente, mais qu'au contraire, les conditions n'étaient pas transparentes. La procédure a notamment été compliquée par la demande de récusation de collaborateurs du secrétariat et la demande de suspension. Dans le recours rejeté contre la décision du président de la COMCO concernant la demande de récusation, le Tribunal administratif fédéral a également constaté "que la demande de récusation est manifestement infondée et que le recours frise pour le moins la lapalissade au vu de la situation juridique claire".

15.2.7.7 Le fait que les parties aient envoyé des informations au secrétariat, parfois sans les avoir demandées, ne constitue pas une bonne coopération exceptionnelle dépassant le cadre habituel. La communication des nouveaux contrats aurait servi à la défense contre les reproches en suspens. De plus, ce n'est pas le fait d'être prêt à négocier un règlement à l'amiable qui doit être pris en compte pour atténuer la sanction, mais seulement la conclusion d'un règlement à l'amiable. C'est d'ailleurs ce qui a été stipulé dans les conditions générales conclues. Comme l'instance inférieure et les recourantes se sont engagées à ne pas faire valoir comme moyens de preuve les déclarations et points de vue du secrétariat lors des négociations sur un règlement amiable, elle ne prend pas position sur les raisons qui ont conduit à la rupture des négociations.

15.2.7.8 La loi ne prévoit pas explicitement une réduction de la sanction suite à la conclusion d'un accord amiable ou en raison de la volonté et de la disposition de la partie à conclure un accord amiable. L'instance inférieure a toutefois considéré la conclusion d'un accord à l'amiable dans les procédures de sanction précédentes au sens de l'art. 49a al. LCart1 comme une bonne coopération et l'a honorée par une réduction de la sanction. Le montant de la réduction se situait entre et 325% du montant de base (BEURET, DIKE-KG, art. 29 N 44 ; RPW 2010/4 S. 717 ch. marg. et suiv427, *ferrures de construction pour fenêtres et portes-fenêtres* ; ch. marg. de348 la décision de l'instance précédente du mai10. dans l'2010affaire *Composants pour installations de chauffage, de refroidissement et sanitaires* [publiée dans : RPW 2012/3 p. 615ss, 652] ; ch. marg. et303 ss. de la décision de l'instance précédente du 23. février 2015 dans l'affaire *Nettoyage de tunnels* [publiée dans : DPC 2015/2 p. 193 ss, 240 ss] ; ch. 313 ss de la décision de l'autorité inférieure du 10 décembre 2012 dans l'affaire *Accord dans le domaine de la spécialité* [publiée dans : DPC 2013/2 p. ss142, 202 f.] ; ch. marg. et suiv144.

de la décision de l'instance précédente du 6 juillet 2009 dans l'affaire *Elektroinstallations Bern* [publiée dans : RPW 2009/3 p. 196 ss, 217 s.] ; ch. 208 ss de la décision de l'instance précédente de juin 2015 dans l'affaire *Saiteninstrumente [guitares et basses] und Zubehör* [publiée dans : RPW 2016/3

S. ff722., 749] ; n. ff403. de la décision de l'autorité inférieure de décembre 2015 dans l'affaire *Pianos à queue et pianos droits* [publiée dans : RPW 2016/3 p. 652 ff., 711] ; cf. également la notice du Secrétariat de la COMCO : Règlements amiables du 28 février 2018, n. 11). Lors de la fixation du montant de la réduction de la sanction, il est notamment tenu compte de la date de conclusion du règlement amiable. Le montant de la réduction de la sanction dépend de la précocité de l'accord amiable dans la procédure, de la question de savoir si la conclusion de l'accord amiable permet de raccourcir considérablement la durée de la procédure et de réduire de manière déterminante les frais de procédure des autorités de la concurrence (RPW 2014/4 p. 670 ss, 703, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* ; BEURET, DIKE-KG, Art. 29 N 44 ; Merkblatt des Sekretariats der WEKO : einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018, Rz. 11).

15.2.7.9 La plaignante et le secrétariat ont dès le début mené des entretiens et des négociations en vue d'un règlement à l'amiable. Le 10 juillet 2015 le secrétariat a interrompu sans succès les négociations en vue d'un règlement à l'amiable.

15.2.7.10 Le 27 octobre 2014, les conditions cadres pour des négociations en vue d'un règlement à l'amiable ont été signées. Selon le chiffre 7 des conditions-cadres, la plaignante et le secrétariat ont convenu que "la volonté et la disposition de HCI Solutions SA, e-mediat SA et Documed SA à conclure un accord à l'amiable [...] seront considérées par le secrétariat comme un comportement coopératif et seront prises en compte dans le cadre de la demande comme une circonstance réduisant la sanction". Il a également été convenu qu'en cas d'échec des négociations en vue d'un accord amiable ou en cas de non-approbation de l'accord amiable de la COMCO, l'enquête serait menée à son terme selon la procédure ordinaire et que le secrétariat proposerait une sanction en cas d'infraction, "sans tenir compte de l'échec des négociations en vue d'un accord amiable" (cf. instance précédente, act. 1003, ch. 9).

15.2.7.11 Certes, si l'on considère isolément la formule "la volonté et la disposition à conclure un accord à l'amiable", on pourrait en déduire qu'il

s'agit d'un accord de principe.

B-2597/2017

On peut conclure du paragraphe "le règlement est pris en compte comme circonstance réduisant la sanction" qu'une réduction de la sanction a également été convenue en cas d'échec des négociations sur un règlement amiable. Une telle conclusion est toutefois en contradiction avec le point 9 de la condition-cadre convenue. Une telle conclusion ne tient pas non plus compte de la pratique de l'instance inférieure, selon laquelle les accords à l'amiable n'étaient jusqu'à présent pris en compte pour réduire la sanction qu'en cas de succès. A cela s'ajoute le fait que la réduction de la sanction en cas de conclusion d'un règlement amiable est motivée par le raccourcissement ou la simplification (importante) de la procédure. Un tel avantage en termes d'économie de procédure n'existe justement pas en cas d'échec ou de rupture des négociations. C'est donc à juste titre que l'instance précédente n'a pas pris en compte les négociations rompues en vue d'un règlement à l'amiable pour réduire la sanction.

15.2.7.12 Il reste à examiner si, en dehors d'un règlement amiable, il existe une coopération particulièrement bonne qui doit être prise en compte pour atténuer la sanction. Pour que la sanction soit atténuée en raison d'une bonne coopération, le comportement doit aller au-delà de ce qui est habituellement adopté pour exercer les droits de la défense (arrêt B-506/2010, *Gaba*, consid. 14.4.5). Est considéré comme insuffisant un comportement qui est déjà exigé par les obligations de collaborer prévues par la loi (en particulier l'obligation de renseigner selon l'art. 40, cf. également art. 13 al. let 1. b et e PA ; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, art. 49a N 74). Selon l'aide-mémoire du secrétariat de la COMCO du 28 février 2018 concernant les arrangements à l'amiable, une coopération particulièrement bonne doit par exemple entrer en ligne de compte lors de la présentation volontaire de moyens de preuve ou de la reconnaissance des faits. Selon TAGMANN/ZIRLICK, une coopération positive, c'est-à-dire atténuant la sanction, peut consister à fournir des indications et à donner des renseignements que les autorités n'ont pas demandés (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, art. 49a N 75).

15.2.7.13 En droit européen de la concurrence, selon le chiffre 29
4. En vertu du deuxième tiret des lignes directrices, une coopération active de l'entreprise avec la Commission en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de son obligation légale peut être prise en compte pour réduire le montant de l'amende. Par exemple, la fourniture d'éléments de preuve sans lesquels l'infraction n'aurait pas pu être constatée peut être prise en compte pour réduire le montant de l'amende. La valeur des informations fournies pour

l'activité de la Commission doit être prise en compte.

B-2597/2017

dans l'ampleur de la réduction de l'amende (DAN- NECKER/BIERMANN, op. cit., point 213 ; décision 2001/135/CE de la Commission du juillet 5. relative à 2000une procédure d'application de l'article du traité CE81 COMP.F.1.36.516 *Nathan-Bricolux*, JO n°2001 L 54/1, point 134 ; arrêt du TPI d'avril29. T-236/012004 *Tokai Carbon/Commission*, Rec. 2004 II-1181, point 435). Une atténuation entre en ligne de compte lorsque la tâche de la Commission dans l'enquête sur une infraction est facilitée, étant entendu que la simple réponse à une demande de renseignements, la simple non-contestation des griefs ou la fourniture de déclarations contradictoires ne suffisent pas à justifier un allègement (DANNECKER/BIERMANN, précité, point 213 ; arrêt de la CJCE du 16 novembre 2000, C-297/98 P *SCA Holding/Commission*, Rec. 2000 I-10101, point 36 ; décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, point 412 [disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/dec_docs/38233/38233_88_1.pdf {consulté le 28.08.2020}] ; arrêt du Tribunal de juillet 8.T-44/002004 *Mannesmannröhren-Werke/Commission*, Rec. II-22232004, point 271 ; arrêt du Tribunal de juillet 8.T-48/002004 *Corus/Commission*, Rec. II-23252004, point f198).

15.2.7.14 Comme mentionné, les autorités de la concurrence disposent d'une marge d'appréciation considérable (arrêts B-831/2011, *SIX*, consid. 1593 ; B-3332/2012, *BMW*, consid. 11.2.6 ; B-463/2010, *Gebro*, consid. 13.3.4 ; B-7633/2009, *ADSL II*, E. 744). Dans ce contexte, la conclusion de l'instance inférieure selon laquelle il n'y a pas de coopération exceptionnellement bonne dépassant le cadre habituel n'est pas critiquable. Certes, les recourantes ont parfois fait parvenir spontanément des informations au secrétariat, par exemple en remettant les nouveaux contrats avec les titulaires de l'autorisation. Il ne s'agit toutefois pas d'éléments de preuve sans lesquels l'infraction n'aurait pas pu être constatée. Ainsi, l'instance précédente souligne à juste titre que les recourantes savaient que le secrétariat était en contact avec d'autres acteurs du marché et qu'il aurait donc de toute façon connaissance des nouveaux contrats en peu de temps, ce qui a finalement été le cas (cf. instance précédente, act. 62). La demande de conseil invoquée par les recourantes ne permet pas non plus de déduire une ~~réduction~~ sanction au sens d'une coopération exceptionnellement bonne, étant donné que dans le cadre d'une procédure d'enquête en matière de droit des cartels, il n'y a pas de place pour un conseil selon l'art. 23 al. de la LCart2.

15.2.8.2 Pour les sociétés du groupe, tous les chiffres d'affaires des sociétés contrôlées doivent être pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires (art. 5, al. 1, let. a-d, OCE). Les chiffres d'affaires internes au groupe ne doivent pas être pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires total (art. al5. OCE2).

15.2.8.3 L'instance précédente s'est basée sur les exercices 2013-2015 et est arrivée à la conclusion que le chiffre d'affaires consolidé cumulé de l'ancien Groupe Galenica s'élevait à [...] francs (2013 : [...] ; 2014 : [...] ; 2014 : [...]). L'instance inférieure a fixé la sanction maximale admissible à Fr. [...].

15.2.8.4 La fixation de la sanction maximale par l'instance précédente n'est pas critiquée par les recourantes. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a considéré dans sa jurisprudence actuelle qu'il est admissible de renoncer à une détermination précise de la sanction maximale pour des raisons d'économie de procédure, lorsque la sanction est inférieure à la sanction maximale (arrêt B-3332/2012, *BMW*, consid. 11.2.4).

15.2.8.5 In casu, le montant de la sanction est nettement inférieur à la sanction maximale calculée par l'instance précédente, raison pour laquelle on peut renoncer à une détermination précise de la sanction maximale par le Tribunal administratif fédéral.

15.2.9 Montant concret de la sanction

Comme le montre le tableau ci-dessous, le montant de la sanction doit être corrigé de 4 546 123 francs à 3 778 794 francs :

| | |
|---|-----------------|
| Plafond du montant de base (art. LASoc3) | Fr [...] |
| Montant de base tenant compte de la nature et de la gravité (art. LASoc3) | Fr [...] |
| Supplément en raison de la durée de l'infraction (art. LCR4) | Fr [...] |
| Montant selon art. et 3LCR4 | Fr [...] |

| | |
|---|----------|
| Supplément pour circonstances aggravantes (infraction répétée ; art. 5 LASoc) | Fr [...] |
|---|----------|

| | |
|--------------|-----------------------------------|
| Total | Fr. 3'778'794.00 |
|--------------|-----------------------------------|

16. Résultat

16.1 Les requérantes ont demandé l'annulation des chiffres 1 à 5 de la décision attaquée, éventuellement l'abandon d'une sanction et/ou de frais de procédure ou une réduction de la sanction et des frais de procédure.

16.2 Le reproche de comportement anticoncurrentiel constaté par la décision attaquée est entièrement confirmé par le présent jugement. L'ancien Groupe Galenica a abusé, par le biais de HCI, de sa position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, en utilisant des dispositions contractuelles restreignant les ventes dans les contrats avec les fournisseurs de logiciels (art. al7. en1 relation avec l'art. al7. let2. e LCart). En outre, l'ancien Groupe Galenica a abusé, par le biais de HCI, de sa position dominante sur le marché de l'enregistrement et de la réception des données électroniques relatives aux informations sur les médicaments, en proposant aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché l'enregistrement des informations sur les médicaments dans ses banques de données INDEX uniquement avec le contrôle de qualité rédactionnel et technique et le téléchargement (gratuit) optionnel des informations sur les médicaments sur AIPS (art. 7, al. 1 en relation avec l'art. 7, al. 2, let. f LCart).

16.3 La constatation indépendante d'une position dominante dans la décision attaquée est nécessaire au vu de la jurisprudence récente et compte tenu des constatations relatives au comportement anticoncurrentiel selon l'article LCart. 7 LCart dans le dispositif de la décision. Par conséquent, le chiffre 2 du 1dispositif de la décision attaquée doit être annulé. L'annulation n'a toutefois pas d'incidence sur le fond dans la présente procédure.

16.4 Les mesures ordonnées concernant les comportements anticoncurrentiels susmentionnés constatés au chiffre et2 au3 dispositif de la décision attaquée doivent être confirmées en soi. Toutefois, en raison des restructurations, les mesures ne doivent être imposées2 qu'à la partie plaignante.

16.5 Le deuxième chiffre du dispositif 5attaqué, qui rejette les demandes de preuves des recourantes, reste également valable. L'instance précédente n'a violé aucun droit de procédure en rejetant ces demandes de preuves. Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral refuse également, dans la procédure de recours, les auditions des parties demandées, car il estime que les faits sont suffisamment établis.

16.6 C'est à juste titre que l'instance inférieure a infligé aux recourantes une sanction administrative selon l'art. 49a LCart. En admettant partiellement le recours, la sanction doit être réduite de 4'546'123 francs à 3'778'794 francs.

16.7 Le présent arrêt n'a pas d'effet sur le transfert des frais de procédure en première instance et les griefs des recourantes à son encontre ne s'avèrent pas pertinents (cf. infra consid.). 17.1). Le chiffre 6 du dispositif de la décision attaquée est donc maintenu.

16.8 En conclusion, cela signifie qu'outre l'adaptation du dispositif pour des raisons formelles et l'admission partielle du recours suite à la réduction de la sanction, le recours doit être rejeté pour le reste.

17. Frais et indemnisation

17.1 Frais de procédure devant l'instance inférieure

17.1.1 La mise à charge des frais dans la procédure de première instance est régie par l'ordonnance sur les émoluments relatifs à la loi sur les cartels du

25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart, RS 251.2). Selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est assujéti à l'émolument celui qui provoque une procédure administrative ou fait procéder à des expertises ou autres prestations de la COMCO ou du secrétariat. Selon l'art. 3 al. 2 OEmol-LCart, les participants qui ont provoqué une enquête préalable ou une enquête ne sont pas soumis à l'obligation de payer des émoluments, pour autant qu'il n'y ait pas d'indices d'une restriction illicite à la concurrence ou que les indices existants ne se confirment pas et que la procédure soit classée pour cette raison. Conformément à l'art. 4 OEmol-LC, l'émolument est calculé en fonction du temps consacré. Si plusieurs personnes (morales) sont à l'origine d'une décision, elles sont solidairement responsables de l'émolument (art. 1a OEmol-LCart en relation avec l'art. 1b OEmol-LCart). Art. 2 al. de l'ordonnance générale sur les 2émoluments [OGEmol, RS 172.041.1]).

17.1.2 L'instance inférieure a mis à la charge des recourantes un émolument d'un montant de [...] francs. Ce faisant, elle a considéré que, compte tenu de la décision s'écartant de la proposition du secrétariat, il convenait d'accorder une déduction d'un tiers des frais pour les faits qui ne se sont pas aggravés et de les mettre à la charge de la caisse de l'Etat.

17.1.3 Les plaignantes font valoir qu'une enquête n'est soumise à des émoluments que pour les points qui sont confirmés et qui conduisent à une décision. Or, en l'espèce, quatre des six comportements examinés ont été qualifiés de non abusifs et n'ont donné lieu à aucune condamnation, de sorte que ces points ne sont pas soumis à émoluments. Les deux reproches maintenus ne sont que des "points secondaires". Par conséquent, les frais de la procédure de première instance ne devraient être mis à la charge des requérantes qu'à hauteur d'un tiers.

17.1.4 Dans sa réponse, l'instance précédente fait valoir qu'une telle réduction schématique du rapport entre le nombre de reproches initialement examinés et le nombre de reproches étayés ne tient pas compte du fait que, régulièrement - comme dans le cas présent -, le nombre de reproches étayés est inférieur à celui des reproches initialement examinés.

– une part importante du travail est consacrée à l'établissement des faits et à la compréhension du marché. Ces dépenses sont indépendantes du nombre de reproches qui peuvent être corroborés. Par ailleurs, il s'agit d'un jugement de valeur inadmissible entre les différents types de comportement, dans la mesure où les plaignantes qualifient les comportements corroborés de "faits secondaires". Une telle appréciation n'est pas prévue par la loi et l'instance inférieure n'a pas procédé à une telle appréciation.

17.1.5 Le Tribunal administratif fédéral a considéré dans l'arrêt B-506/2010 du

Dans son arrêt des 18 et 19 décembre 2013 dans l'affaire *Gaba*, le Tribunal fédéral a estimé que seule la personne qui a provoqué une enquête au sens de l'art. 2, al. 1, OGE mol-Loi sur les émoluments était tenue de payer des émoluments, et ce uniquement pour les points qui ont pu être confirmés et qui ont conduit à l'adoption d'une décision (art. 3, al. 2, let. c, OGE mol-Loi sur les émoluments). Les émoluments n'ont donc été mis à la charge de la recourante qu'à hauteur d'un tiers, étant donné que la décision contestée n'a été rendue que sur l'un des trois points

(arrêt B-506/2010, *Gaba*, consid. 16.1.3).

B-2597/2017

17.1.6 On ne peut toutefois pas déduire de l'arrêt B-506/2010 de décembre 19. dans 2013 l'affaire *Gaba* que les émoluments doivent être imposés dans tous les cas de manière schématique en fonction du nombre de points confirmés ou non confirmés. Les circonstances du cas concret doivent être prises en compte.

17.1.7 Dans la pratique, il n'est pas toujours possible d'évaluer exactement les dépenses liées aux points qui n'ont pas pu être confirmés et pour lesquels la procédure a été classée. Il peut arriver qu'une part importante des dépenses soit consacrée à l'établissement des faits et à la compréhension du marché, qui ne peut pas être attribuée à des reproches particuliers. L'instance inférieure fait valoir à juste titre que tel était le cas en l'espèce.

17.1.8 En mettant les deux tiers des frais à la charge des recourantes dans cette situation, l'instance inférieure n'a pas violé le droit fédéral, ni outrepassé ou abusé de son pouvoir d'appréciation.

17.2 Coûts et indemnisation devant le Tribunal administratif fédéral

17.2.1 La mise à la charge des frais de procédure, qui se composent de l'émolument judiciaire et des dépens, ainsi que l'octroi d'une indemnité de partie sont régis par les dispositions du Règlement du Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 concernant les frais et indemnités devant le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) ainsi que par les dispositions générales des art. 63 et 64 PA.

17.2.2 L'émolument de décision est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté du litige, de la nature de la conduite du procès et de la situation financière des parties (art. 63, al. 4^{bis}, let. b, PA et art. 2, al. 1, OJCE). L'art. 4 OJAI prévoit, pour les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse est comprise entre 1'000'000 et 5'000'000 de francs, un émolument judiciaire entre 7'000 et 40'000 francs. Si des raisons particulières le justifient, notamment une conduite téméraire du procès ou des dépenses extraordinaires, le tribunal peut aller au-delà de ce montant maximal (art. 2, al. 2, OGE mol). Toutefois, le montant fixé à l'art. 63 al. VwVG^{4bis}, le montant maximal de 50'000 francs ne peut en aucun cas être dépassé (KIENER/RÜT- SCHE/KUHN, op. cit., no 1567 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit.)

17.2.3 Par son ampleur et sa gravité, la présente affaire a exigé un grand investissement pour son traitement approprié. Compte tenu de la sanction contestée d'un montant de 4'546'123 francs, des frais de procédure contestés d'un montant de [...] francs, du volume du dossier, de la procédure d'instruction ainsi que des frais d'examen et d'approfondissement occasionnés, l'émolument judiciaire est fixé à 40'000 francs.

17.2.4 Selon l'art. 63 al. PA1, le Tribunal administratif fédéral doit mettre les frais de procédure à la charge de la partie qui succombe, conformément au principe de la partie perdante. Si une partie ne succombe que partiellement, les frais de procédure sont réduits. Dans ce cas, les frais doivent être répartis sur la base d'un principe général de procédure dans la proportion du gain et de la perte (ATF 132 II 47 consid. 3.3 ; arrêt B-7633/2009, *ADSL II*, consid. 802).

17.2.5 Dans la décision attaquée, les plaignantes ont été condamnées à payer une sanction de 4'546'123 francs plus des frais de [...] francs. La sanction a été réduite de 767'329 francs pour atteindre 3'778'794 francs. Ils ont ainsi obtenu gain de cause à hauteur d'environ 15%. Les frais de procédure de 40'000 francs doivent donc être réduits du montant de 6'000 francs et fixés à 34'000 francs. Après l'entrée en force du jugement, ces frais seront déduits de l'avance de frais de 40'000 francs versée par 2017les ~~recourantes~~ en mai 22.. La différence, d'un montant total de 6'000 francs, doit être versée aux recourantes dans les jours 30 suivant l'entrée en force du jugement, sur le compte qu'elles auront indiqué.

17.2.6 Selon l'art. 64 al.1 PA, une indemnité doit être allouée d'office ou sur demande à la partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause pour les frais nécessaires et proportionnellement élevés qu'elle a engagés (ATF 2010/14 consid. 8.2.1). Font exception à cette règle les autorités fédérales qui, conformément à l'art. 7 al. 3 OJCE, n'ont pas droit à une indemnité de partie.

17.2.7 Les plaignantes, qui ont partiellement obtenu gain de cause, ont déposé une plainte le
Ils ont déposé une note de frais les 15 et 16 novembre 2018. Sur la base d'un tarif horaire de [...] francs par heure et d'une charge de travail de [...] heures, ils font valoir des dépens d'un montant total de 60'821.80 francs pour la procédure devant le Tribunal administratif fédéral. Ce montant comprend des honoraires d'avocat de [...] francs ainsi que des débours de [...] francs.

17.2.8 Les honoraires de l'avocat sont calculés en fonction du temps nécessaire à la représentation (art. 10, al. 1, LTAF). Le taux horaire de l'avocat-e est de 200 francs au minimum et de 400 francs au maximum (art. 10, al. 2, LTAF). Le tribunal fixe les dépens sur la base de l'état de frais déposé ou, à défaut, sur la base du dossier (art. 14 al. 2 VGKE). L'indemnité de partie ne comprend que les frais nécessaires (arrêts du TF 2C_343/2010 et 2C_344/2010 du avril 11.2011

E. 8.3.4). Si, comme dans le cas présent, une partie n'obtient que partiellement gain de cause, l'indemnité de partie doit être réduite en conséquence (art. al7. VGKE2).

17.2.9 Les recourantes énumèrent de manière détaillée et compréhensible la charge de travail de [...] heures qu'elles font valoir. Compte tenu de la charge de travail incontestablement élevée et de la complexité du litige, cette charge de travail n'est pas contestable. Il n'y a pas lieu non plus de contester les frais réclamés, qui s'élèvent à un forfait de 3,5% des honoraires de l'avocat. L'indemnité de partie non réduite pour une victoire complète s'élèverait ainsi à 60'821.80 francs. Compte tenu du fait que les recourantes n'ont obtenu que partiellement gain de cause, il convient d'allouer 9'123.25 à l'instance précédente une indemnité de partie réduite de $\frac{17}{20}$, soit un total de Fr. Ce montant doit être versé par l'instance inférieure à l'une des recourantes après l'entrée en vigueur du présent jugement (art. al64. et1 PA2 en relation avec l'art. al14. de la2 LTAF).

En conséquence, le Tribunal administratif fédéral reconnaît

1.

Le recours contre la décision de la Commission de la concurrence (COMCO) de décembre 19. 2016 est partiellement admis.

2.

Le chiffre du dispositif de la décision 1attaquée est annulé.

3.

Les chiffres du dispositif et2 sont reformulés comme suit 3en ce qui concerne les mesures ordonnées :

"Il est interdit à HCI Solutions AG d'utiliser et d'imposer dans ses contrats avec les éditeurs de logiciels des clauses contractuelles qui prévoient une obligation d'achat exclusif des éditeurs de logiciels pour des partenaires supplémentaires et des données de base de produits auprès de HCI Solutions AG ou une interdiction pour les éditeurs de logiciels d'utiliser autrement les structures des logiciels basés sur la base de données de HCI Solutions AG.

HCI Solutions AG est tenue d'offrir aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché le service d'enregistrement des informations sur les médicaments dans les indices et d'autres services de manière dégroupée. HCI Solutions AG est tenue d'offrir le contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS à des prix basés sur les coûts".

4.

Le chiffre du dispositif de la décision 4attaquée est reformulé comme suit en ce qui concerne la sanction infligée aux requérantes :

"Vifor Pharma SA et HCI Solutions SA sont, en application de l'art. 49a, al1. Art. 7 LCart, un montant de Fr. 3'778'794.- est mis à leur charge pour comportement illicite. Le montant total de Fr. 3'778'794.- est mis à la charge des destinataires de la décision avec responsabilité solidaire".

5.

Le recours est rejeté pour le surplus.

6.

2) Les frais de la présente procédure sont répartis à parts égales entre les requérantes, qui en sont solidairement responsables, à concurrence du

montant suivant

B-2597/2017

La somme de 34'000 francs sera prélevée sur l'avance de frais d'un montant total de 40'000 francs après l'entrée en vigueur du présent jugement. La différence de 6'000 francs sera versée aux recourantes après l'entrée en force du jugement.

7.

L'instance précédente doit verser aux recourantes, après l'entrée en vigueur de ce jugement, une indemnité de partie réduite de 9'123.25 francs.

8.

Le présent arrêt est adressé aux requérantes, à l'instance inférieure et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche.

Pour l'indication des voies de recours, nous vous renvoyons à la page suivante.

La juge qui préside

La greffière :

Vera Marantelli

Corine Knupp

Information sur les voies de recours :

La présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les jours qui suivent sa notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le délai est respecté si le recours est déposé au Tribunal fédéral au plus tard le dernier jour du délai ou s'il est remis à la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et contenir les conclusions, les motifs avec indication des moyens de preuve et la signature. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être annexés dans la mesure où la partie recourante les a en main (art. LTF42).

Expédition : février 16.2022

La livraison est effectuée à :

- les plaignantes (acte judiciaire ; annexe : formulaire de remboursement)
- l'instance inférieure (réf. 32-0249 ; acte judiciaire)
- le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche WBF (acte judiciaire)